La Legislazione Penale

Fondata da Mario Chiavario *e* Tullio Padovani

Anno 2023

Nº 1

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, Daniele Piva, 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, Filippo Venturi

REDAZIONE: Greta Accatino, Oscar Calavita, Antonella Falcone, Benedetta Paterra, 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

B. Piattoli, Udienza predibattimentale nei procedimenti davanti al tribunale in composizione monocratica tra l'obiettivo di una più ordinata sequenza procedimentale e la funzione di tutela delle garanzie 3

A.M. Maugeri, La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre irrisolte questioni 19

G. De Francesco, Verso una lettura piu' articolata del fenomeno concorsuale: tra cause 'fondanti' ed ipotesi di esclusione della responsabilita' dei compartecipi 83

E.M. Florio, Art. 131-bis c.p. E colpa lieve 100

G. De Francesco, Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa 130

B. Paterra, Le modifiche al regime di procedibilità nella riforma cartabia 138

E. Banchi, Le modificazioni apportate alla disciplina della messa alla prova 152

A. Rugani, L'estinzione delle contravvenzioni "alimentari" nella fase delle indagini preliminari: commento delle disposizioni introdotte dall'art. 70 d.lgs. 150/2022 («modifiche alla legge 30 aprile 1962 n. 283») 163

D. Perrone, L'intervento di riforma in materia di pena pecuniaria: l'obiettivo mancato dell'effettività tra vincoli di delega e difficolta' esecutive 181

G. Rotolo, Beni comuni come beni giuridici: una prospettiva critica 198

G. Accatino, I giudici della consulta tornano ad occuparsi della sospensione del procedimento con messa alla prova: riflessioni a margine di c. Cost., 12.7.2022 n. 174 215

G. de Vero, La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme 225

T. Padovani, Parce sepulto. L'art. 633-bis cp nato morto e in attesa di pietosa sepoltura 241

D. Guidi, La riforma delle "pene" sostitutive 245

P. Astorina Marino, Premialita', collaborazione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti per una riforma 274

S. Riccardi, La nuova disciplina dell’art. 131-bis nel quadro della riforma cartabia 289

M. Poggi d'Angelo, L’offesa scalare all’ambiente: contravvenzioni, eco-delitti, ecocidio. Spunti comparatistici con il nuovo reato di mise en danger ambientale 304

M. Di Florio, Calculate criminal law? Criticità nell’uso degli algoritmi di pericolosità sociale 327

J. Della Valentina, Sovranita’ penale e rapporti tra corti nell’epoca del costituzionalismo multilivello 339

M. Schiavo, Le proposte della commissione bricchetti in materia di bancarotta fraudolenta societaria 357

N. Zammarchi, I secret cults nigeriani. Aspetti criminologici e penalistici di un fenomeno in espansione 369

UDIENZA PREDIBATTIMENTALE NEI PROCEDIMENTI DAVANTI AL TRIBUNALE IN COMPOSIZIONE MONOCRATICA TRA L'OBIETTIVO DI UNA PIÙ ORDINATA SEQUENZA PROCEDIMENTALE E LA FUNZIONE DI TUTELA DELLE GARANZIE

di Barbara Piattoli
(*Ricercatrice di diritto processuale penale, Università del Piemonte Orientale*)

Il legislatore, nel disegnare la nuova scansione del rito monocratico a citazione diretta, ha operato un bilanciamento tra le esigenze dell'economia processuale, fondanti gli obiettivi della riforma, con la riduzione complessiva nel 2026 del 25% della durata media del processo penale, e quelle dell'accertamento dei fatti sottoposti alla disamina dell'autorità giudiziaria. Peraltro, l'aver introdotto un vaglio giurisdizionale sulla fondatezza dell'accusa nella nuova udienza di comparizione, sembra una scelta coerente anche alla luce dell'estensione dei casi per i quali l'esercizio dell'azione penale può realizzarsi nelle forme del decreto di citazione diretta, essendo state incluse molteplici fattispecie criminose il cui trattamento sanzionatorio si colloca in un intervallo tra i quattro ed i sei anni di reclusione. In effetti, proprio questo intervento consigliava di non far perdere alla difesa un'occasione per evitare la fase del giudizio, facendo valere i propri argomenti ed elementi a favore.
The new set of rules regarding the "pre-trial hearing" provided by the Italian reform (d.lgs. n. 150/2022) aims at regulating more efficient organisational solutions for less serious crimes. The law is part of an ambitious reform package that should make the Italian judiciary more efficient, reducing the files that arrive in court by 25%, starting from 2026. The pre-trial hearing focuses on the jurisdictional control about the content of the indictment and this option seems to be coherent with the choice of extending the crimes for which the Italian system provides speeded up procedures for prosecution. In fact, the provision of law makes the preliminary hearing an occasion for the defense to ensure effective judicial remedies to avoid the trail.

SOMMARIO: 1. La nuova udienza "filtro" e il delicato bilanciamento tra economia processuale e funzione di tutela delle garanzie. – 2. I riflessi sul principio di parità delle parti e sull'impianto normativo del codice. Qualche notazione sul controllo del giudice in ordine alla corrispondenza dell'imputazione a quanto emerge dagli atti. – 3. Il rimedio correttivo del vizio dell'atto imputativo e l'incompatibilità tra giudice del filtro e giudice del merito: qualche criticità alla luce della giurisprudenza della Corte edu. – 4. Le potenzialità della declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto. – 5. Considerazioni conclusive.

1. L'innovazione introdotta con l'art. 32, d.lgs. 10.10.2022, n. 150[1], interviene strutturalmente sul

[1] Le deleghe previste dalla l. 27 settembre 2021, n. 134, da attuare entro un anno dall'entrata in vigore della legge (19.10.2022), con uno o più decreti legislativi, sono state realizzate con il d.lgs. 10.10.2022, n. 150, «Attuazione della l. 27.9.2021 n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», e con il d.lgs. 10.10.2022, n. 151, «Norme sull'ufficio per il processo in attuazione della l. 26.11.2021 n. 206, e della l. 27.9.2021 n. 134». L'entrata in vigore delle previsioni del d.lgs. 150/2022, superato l'ordinario periodo di *vacatio legis* fissata alla data del 1.11.2022, è stata posticipata dal d.l. 31.10.2022 n. 162, che, all'art. 6, ha modificato il testo del d.lgs. 150/2022 non ancora in vigore, inserendovi un art. 99-*bis*, il quale stabilisce che «il presente decreto entra in vigore il 30.12.2022». In dottrina si è discusso se questo intervento legislativo possa interferire sul raggiungimento degli obiettivi del P.N.R.R., che per il processo penale ha comunque come data finale il 2026 con la riduzione del 25% della durata media del processo penale nei tre gradi di giudizio. Sulla questione, S. Quattrocolo, *Perché il differimento dell'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 è una sconfitta per la giustizia penale*, in www.lalegislazionepenale.eu (2.11.2022); G.L. Gatta, *Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa?* in www.sistemapenale.it (31.10.2022). Peraltro, si segnala che il d.d.l. A.S. n. 274, di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 162/2022, approvato dal Senato il 13 dicembre 2022,

procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica a citazione diretta, introducendo una nuova udienza predibattimentale, che dovrebbe svolgere il ruolo di filtro, per evitare di celebrare dibattimenti inutili di fronte al giudice unico, aspirazione che, nel sistema complessivo del rito, compenserebbe il prezzo di una inevitabile dilatazione dei tempi per lo svolgimento della stessa udienza[2]. Solo nell'ipotesi in cui ci siano i presupposti per il giudizio immediato, il pubblico ministero potrà evitare l'udienza filtro (art. 558-*bis*, co. 2, Cpp), mentre negli altri casi, la sua scelta di trarre a giudizio l'imputato sarà sottoposta ad una verifica imparziale da parte del giudice, sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero e il contributo argomentativo delle parti, assicurando il nuovo disposto un controllo sulla fondatezza dell'azione e sull'accusa formulata[3]. Spetta, altresì, al giudice del predibattimento il compito di esaurire le attività formali prodromiche all'accertamento dibattimentale (attinenti alla costituzione delle parti e alle questioni preliminari), che ne possono rallentare la definizione.

Peraltro, il nuovo modello valorizza anche le ragioni della difesa, che avrebbe un'occasione per evitare la fase del giudizio tramite l'accesso ai riti acceleratori, creando così la nuova udienza un'occasione di premialità[4], con l'eventuale anticipata e più rapida definizione del giudizio. Al giudice del filtro devono, infatti, essere avanzate anche le richieste di rito alternativo, comprese la messa alla prova e la domanda di oblazione.

Il fatto che l'udienza predibattimentale sia un'opzione riservata ad una categoria di reati più ampia, in quanto è stato esteso il catalogo dei procedimenti con citazione diretta davanti al tribunale in composizione monocratica, individuati tra quelli per delitti puniti con pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni (anziché gli attuali quattro anni) anche se congiunta alla multa[5], dovrebbe poi favorire l'obiettivo di deflazione[6]. L'ampliamento dell'area dei reati con citazione

---

prevede l'introduzione nel d.lgs. 150/2022 dell'art. 89-*bis*, recante «Disposizioni transitorie in materia di udienza predibattimentale», il quale prevede che «1. Le disposizioni di cui all'art. 32 co. 1 lett. *d*, relative all'udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta, si applicano nei procedimenti penali nei quali il decreto di citazione a giudizio è emesso in data successiva a quella di entrata in vigore del presente decreto». Sulle linee della riforma della giustizia penale delineate dalla l. delega 134/2021, cfr. G. Canzio, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in www.sistemapenale.it (25.8.2021); G. De Francesco, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in www.lalegislazionepenale.eu (23.8.2021); G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in www.sistemapenale.it (15.10.2021); D. Pulitanò, *Una svolta importante nella politica penale*, in www.lalegislazionepenale.eu (15.6.2021); F. Palazzo, *Pena e processo nelle proposte della Commissione Lattanzi*, in www.lalegislazionepenale.eu (7.7.2021), 4; E.N. La Rocca, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in www.archiviopenale.it, 3/2021, 1.

[2] Cfr. S. Quattrocolo, *Audizione alla Camera dei Deputati (II Commissione)*, nell'ambito dell'indagine conoscitiva in merito all'esame del d.d.l. 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 (A.C. n. 2435), seduta del 5.11.2020. La relazione orale è disponibile *on line* sul sito www.camera.it.

[3] Il giudice predibattimentale, sentite le parti, valuterà la ricorrenza delle situazioni che impongono una immediata pronuncia di proscioglimento, e l'idoneità prognostica del compendio d'accusa a condurre ad una decisione di condanna e pronuncerà sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna, oppure si versa nell'ipotesi di particolare tenuità del fatto. Si tenga presente il mutamento del criterio di giudizio sotteso alla decisione di non luogo a procedere, che coincide in maniera totale con i presupposti della richiesta di archiviazione del pubblico ministero per infondatezza della notizia di reato. Tale criterio di giudizio, già proposto dalla Commissione di studio ministeriale nell'art. 3 dello schema di articolato presentato (v., *infra*, nota n. 7), in cui si è stabilito che il pubblico ministero debba chiedere l'archiviazione quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari «non sono tali da determinare la condanna» dell'imputato (lett. *a*; v. anche la correlata regola prevista nella lett. *i-bis* dello stesso art. 3), è confluito negli emendamenti al d.d.l. A.C. n. 2435 ed accolto dalla l. 134/2021 all'art. 1, co. 9, lett. *a*).

[4] Sui procedimenti speciali, G. Spangher, *I procedimenti speciali*, in Aa.Vv., *Procedura penale*[7],Torino 2021, 523 ss.

[5] Si segnalano, tra questi, l'evasione aggravata da violenza o minaccia (art. 385, co. 2, prima parte, Cp), le contraffazioni di pubblici sigilli (artt. 467 e 468 Cp), l'indebito utilizzo, la falsificazione, la detenzione o la cessione di carte credito (art. 493-*ter* Cp), la truffa aggravata (art. 640 cpv. Cp), la frode in assicurazione (art. 642 Cp), l'appropriazione indebita (art. 646 Cp) e il contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*bis* d.P.R. 23.1.1973, n. 43).

[6] In senso critico, E.N. La Rocca, *op. cit.*, 34 s., che «il filtro preliminare sarà riservato, in via residuale, alle fattispecie più gravi e abolito, invece, per le altre in fase di individuazione. Ma quel filtro scompare per ricomparire, poi, attraverso l'introduzione di un'udienza predibattimentale in camera di consiglio, da celebrare innanzi ad un giudice di tribunale

diretta corrisponde, infatti, a una speculare riduzione dell'area dell'udienza preliminare. Inoltre, il limite edittale delle molteplici fattispecie criminose il cui trattamento sanzionatorio si colloca tra i quattro ed i sei anni di reclusione si aggancia in maniera totale alle eventuali modalità procedimentali speciali della messa alla prova.
Il nuovo schema[7] delineato nell'art. 554-*bis* Cpp rileva, dunque, su un duplice profilo: sul piano dell'efficienza procedimentale interna del rito monocratico, operando una selezione delle cause che richiedono effettivamente una verifica dibattimentale tramite il metodo del contraddittorio nella formazione della prova e a tal fine si attribuisce al giudice del filtro il controllo sull'imputazione, oltre all'esaurimento di quelle attività che sono prodromiche all'instaurazione della fase dibattimentale, come la verifica della costituzione delle parti e la decisione delle questioni preliminari, che non possono essere riproposte al dibattimento (rispettivamente, art. 554-*bis*, co. 2 e co. 3, Cpp). Del resto, il principale obiettivo della riforma, introducendo una nuova udienza di comparizione, è quello di garantire che le indagini preliminari non siano carenti e che l'azione penale sia fondata.
L'udienza assume rilievo anche sul piano complessivo dell'economia processuale della scansione, potendo innervare molteplici percorsi in via preventiva, che naturalmente, per quanto riguarda l'ipotesi dei riti speciali, sono condizionati dalla volontà delle parti, ma che la contestualizzazione in un'udienza *ad hoc* sembra esaltarne la funzionalità, soprattutto se si considerano le istanze di tipo conciliativo, assegnate al giudice, con il contributo argomentativo delle parti. In tale ambito, si colloca l'attivazione della messa alla prova per adulti, l'applicazione della pena su richiesta delle parti, il giudizio abbreviato, l'estinzione del reato per condotte riparatorie, l'oblazione e la verifica, altresì, dell'eventuale disponibilità del querelante a rimettere la querela, nonché l'eventuale sussistenza della causa di non punibilità per tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis* Cp[8].
Quanto agli esiti procedimentali, nel caso in cui non si pronunci sentenza di non luogo a procedere e in assenza di definizioni alternative, il giudice fissa, per la prosecuzione del giudizio, la data dell'udienza dibattimentale davanti ad un giudice diverso e dispone la restituzione del fascicolo del pubblico ministero[9].
Secondo la nuova versione dell'art. 555 Cpp, risultante a seguito delle interpolazioni del d.lgs. 150/2022, le parti, almeno sette giorni prima della data fissata per l'udienza dibattimentale, devono depositare, a pena di inammissibilità, le liste dei testimoni e dei consulenti.
L'eventuale sentenza di non luogo a procedere pronunciata è, comunque, appellabile da parte del pubblico ministero, dell'imputato (salvo che con la sentenza sia stato dichiarato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso) e della persona offesa (solo per omessa notifica della

diverso da quello davanti al quale dovrà eventualmente tenersi il dibattimento».
[7] Per quanto riguarda il dettagliato corpo normativo elaborato dalla Commissione di studio ministeriale istituita con d.m. 16.3.2021 e presieduta dal Presidente emerito della Corte costituzionale, Giorgio Lattanzi (di seguito, «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 d.d.l. A.C. n. 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. La Relazione finale e il testo delle proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. n. 2435 sono consultabili *on line* sul sito www.lalegslazionepenale.eu.
[8] Il decreto di citazione contiene, oltre alla *vocatio* per l'udienza di comparizione predibattimentale, l'avviso per la definizione del giudizio con rito alternativo, previsto dall'art. 552, co. 1, lett. *f*, Cpp, che nella sua nuova versione è indicato come «l'avviso che, qualora ne ricorrano i presupposti, l'imputato, entro il termine di cui all'art. 554-*ter* co. 2 (*ovvero a pena di decadenza, prima della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere*), può presentare le richieste previste dagli artt. 438, 444 e 464–*bis* ovvero presentare domanda di oblazione». Inoltre, l'art. 554-*ter*, co. 2, secondo periodo, prevede che «Entro lo stesso termine, quando l'imputato e il pubblico ministero concordano l'applicazione di una pena sostitutiva di cui all'art. 53 l. 24.11.1981 n. 689, il giudice, se non è possibile decidere immediatamente, sospende il processo e fissa una apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestuale avviso alle parti e all'ufficio di esecuzione penale esterna competente».
[9] Tra la data del provvedimento e la data fissata per l'udienza dibattimentale deve intercorrere un termine non inferiore a venti giorni (art. 554-*ter*, co. 4, Cpp).

citazione a comparire)[10]. Si prevede, inoltre, che la sentenza sia revocabile su richiesta del pubblico ministero se sopravvengono o si scoprono nuove fonti di prova che, sole o unite a quelle già acquisite, possono determinare l'utile svolgimento del giudizio.
Sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza e quando revoca la sentenza di non luogo a procedere, fissa la data dell'udienza dibattimentale per la prosecuzione del giudizio, ai sensi dell'art. 554-*ter*, co. 3 e 4, Cpp, davanti ad un giudice diverso.
Peraltro, la Commissione di studio, che nel condividere la proposta di introdurre, nei procedimenti monocratici a citazione diretta di cui all'art. 550 Cpp, un'udienza "filtro", ha discusso a lungo se affidare questo controllo al giudice per le indagini preliminari ovvero se condividere la scelta del d.d.l. A.C. n. 2435, che lo aveva attribuito ad un giudice del tribunale, in sede predibattimentale, ovviamente diverso da quello che procederà. La scelta è ricaduta sulla seconda opzione, ritenendo che sia arginabile, mediante gli opportuni accorgimenti, l'impatto organizzativo derivante dall'incompatibilità del giudice investito della trattazione dell'udienza filtro con l'eventuale successiva celebrazione del dibattimento. «Considerato, infatti, che si tratta di procedimenti di competenza del giudice monocratico e che, anche nei tribunali di più modeste dimensioni, è sempre assicurata la presenza di almeno tre magistrati addetti al dibattimento (tanti quanti ne occorrono per formare un collegio), alla incompatibilità del giudice della udienza "filtro" potrà ovviarsi sul piano organizzativo, mediante l'adozione di criteri tabellari che stabiliscano – come del resto già oggi accade per le incompatibilità tra giudice per le indagini e giudice dell'udienza preliminare – le regole predeterminate di riassegnazione dei procedimenti»[11].
Tale opzione[12] impone, peraltro, un approfondimento del significato attuale dell'idoneità del giudice investito del processo, intesa come la sua posizione di imparzialità per effettuare legittimamente il compito di giudicare in relazione ad un dato procedimento, esercitando così le funzioni cui è stato chiamato ad adempiere in base a quanto predisposto dall'ordinamento giudiziario[13]. La riflessione potrebbe condurre a compiere difficili bilanci con riferimento alle garanzie che devono assistere l'autorità giurisdizionale chiamata a decidere di una singola controversia, sulle quali – secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo –, possono incidere anche elementi di condizionamento alla libertà di valutazione diversi dall'incompatibilità in senso stretto e, tuttavia, parimenti rilevanti per il rispetto dei principi superiori dell'art. 6 § 1 Cedu e dell'art. 25, co. 1, Cost., quasi a delineare l'imparzialità dei giudici come un valore ulteriore che contribuisce a quei diritti naturali o diritti inviolabili dell'uomo, ai quali fa riferimento, l'art. 2 Cost.[14]. Tale parametro si sostanzia certamente in ogni valutazione contenutistica della consistenza dell'ipotesi accusatoria, la

[10] Il comma 3 dell'art. 554-*quater* Cpp prevede che «Sull'impugnazione la corte di appello decide in camera di consiglio con le forme previste dall'art. 127. In caso di appello del pubblico ministero, la corte, se non conferma la sentenza, fissa la data per l'udienza dibattimentale davanti ad un giudice diverso da quello che ha pronunciato la sentenza o pronuncia sentenza di non luogo a procedere con formula meno favorevole all'imputato. In caso di appello dell'imputato, la corte, se non conferma la sentenza, pronuncia sentenza di non luogo a procedere con formula più favorevole all'imputato». Inoltre, ai sensi dell'art. 554-*quater*, co. 4, Cpp «Contro la sentenza di non luogo a procedere pronunciata in grado di appello possono ricorrere per cassazione l'imputato e il procuratore generale solo per i motivi di cui alle lett. *a*, *b*, *c* del co. 1 dell'art. 606» e il co. 6 dello stesso articolo prevede che sono inappellabili le sentenze di non luogo a procedere relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa.
[11] Così, Relazione finale, *cit*., 31 s. Alla base della scelta è appunto la considerazione che il numero dei giudici per le indagini è minore di quello dei giudici dibattimentali, per cui il numero delle richieste potrà essere distribuito tra questi ultimi più efficientemente che rispetto ai primi.
[12] S. Quattrocolo, *Ancora sull'imparzialità del g.u.p.: la Corte costituzionale non ha dubbi in merito alla "dottrina Battistella"* in *GCos*, 2/2019, 882 ss. C. Santoriello, *Diritto ad un giudice idoneo,* in *I princìpi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma 2016, 144 ss.
[13] V., in particolare, *infra*, § 3.
[14] Cfr. G. Gaeta, *Alla ricerca del giudice penale… più idoneo*, in www.archiviopenale.it, 1/2021, 2, secondo il quale «Che non si possa prescindere dal dovere di escludere ogni fattore di condizionamento alla libertà di valutazione dei magistrati chiamati a giudicare emerge, in maniera netta, dal progresso che ha interessato il concetto di imparzialità, rivisitato nel moderno concetto della "apparenza di imparzialità" grazie al formante giurisprudenziale europeo».

quale si traduca in una delibazione non formale, ma di contenuto delle risultanze delle indagini[15].

2. L'impianto complessivo dell'intervento di riforma sul rito monocratico a citazione diretta non sembrerebbe avere riflessi sul principio di parità delle parti processuali, determinante in dibattimento, ma non nella sede predibattimentale, dove le parti conservano quella diversità di posizioni, legata alle differenti facoltà di cui dispongono nella fase delle indagini preliminari.
La novità di prospettiva risiede nella circostanza che questa udienza, che si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'imputato (art. 554-*bis*, co. 1, Cpp), non sembrerebbe consumare il potere dell'organo dell'accusa, che ha scelto di esercitare l'azione penale, di valutare *ex novo* il disvalore del fatto stesso, potere, che in generale negli atti preliminari al dibattimento, trasferisce in capo al giudice. D'altro canto, può apparire improbabile che il pubblico ministero, non avendo richiesto l'archiviazione per particolare tenuità del fatto *ex* art. 411 Cpp, «muti la propria impostazione», in assenza di elementi diversi da quelli già valutati in esito alle indagini preliminari[16]. Questa considerazione, che vale anche nei procedimenti ordinari, avrebbe un solido ancoraggio nel rito a citazione diretta a giudizio, ove l'ufficio del pubblico ministero è rappresentato in udienza dal viceprocuratore onorario (VPO)[17], il quale, verosimilmente, come si riscontra di frequente nella pratica giudiziaria, tende a non discostarsi dall'orientamento del titolare dell'indagine.
La fase predibattimentale ha tra le sue funzioni quella di ampliare l'ambito dei controlli giurisdizionali, cristallizzando il tema d'accusa e riducendo ad *extrema ratio* la regressione del procedimento, in ossequio – nella visione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione[18] – a canoni

[15] Costituisce insegnamento costante della giurisprudenza costituzionale italiana il principio per cui non basta che il giudice sia imparziale, occorrendo altresì, che egli appaia imparziale agli occhi dei consociati (C. cost., 24.4.1996, n. 131, su www.cortecostituzionale.it), secondo il brocardo inglese «*justice must not only be done: it must also be seen be done*», che, peraltro, costituisce enunciazione costante della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, per cui, la garanzia dell'art. 6 Cedu, può essere declinata in positivo, con riguardo alle condizioni che devono esistere nell'ordinamento nazionale a tutela dell'indipendenza, e in negativo, in riferimento all'assenza di pressioni indebite o condizionamenti di sorta, per cui essere imparziale, in senso oggettivo, significa essere in grado di offrire garanzie sufficienti per escludere qualsiasi dubbio legittimo in tal senso (C. eur., 20.5.1998, *Gautrin e altri c. Francia*; C. eur, 24.2.1993, *Fey c. Austria*; C. eur., 22.12.2009, *Parlov-Tkalcic c. Croazia*, § 86; C. eur., 31.7.2012, *Daktaras c. Lituania*, § 36; C. eur., 9.10.2008, *Moiseyev c. Russia*, § 184). V., sul punto, *infra*, § 3. Sul tema, nella prospettiva sovranazionale, cfr., M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, *Le garanzie fondamentali*, Milano 1984, 43; A. Gaito, F. Giunchedi, *Il giudice più idoneo tra prospettive sovranazionali e giustizia interna*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di A. Gaito, Torino 2006, 29; G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano 2000, 23, nonché, di recente, F.R. Dinacci, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in www.archiviopenale.it, 3/2017. Sul tema dei valori costituzionali, R. Romboli, *Giudice naturale*, in *ED*, *Agg.* II, 1998, 365; G. Dean, *I princìpi costituzionali di terzietà ed imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di G. Cerquetti, C. Fiorio, Padova 2002, 3 ss.; F. Dinacci, *Giurisdizionale penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova 2002, 6 ss.; O. Mazza, *Indipendenza e imparzialità del giudice*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario, E. Marzaduri, *Protagonisti e comprimari del processo penale*, Torino 1995, 38, nonché F. Giunchedi, *Cultura dell'"equo processo" europeo e giustizia interna*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, cit., 77 ss.

[16] Occorre considerare la particolarità di questa udienza rispetto al modello dell'udienza preliminare, dal momento che non è prevista la possibilità di acquisire elementi di prova. Peraltro, nel testo della proposta della Commissione di studio per quanto riguarda l'ipotesi del giudizio abbreviato si faceva esclusivamente riferimento all'ipotesi del rito semplice, escludendo la possibilità di una richiesta condizionata all'integrazione probatoria (v. art. 6, co. 1, lett. *a-bis*, della proposta di articolato).

[17] L'art. 72 Og e l'art. 162 NAttCpp prevedono che nei procedimenti nei quali il tribunale giudica in composizione monocratica, le funzioni di pubblico ministero possono essere svolte per delega nominativa del procuratore, da soggetti riconducibili a categorie specificamente individuate (uditori, viceprocuratori onorari, personale in quiescenza di polizia giudiziaria).

[18] V. Cass., S.U., 20.12.2007, n. 5037, Battistella, in *CP* 2008, 2310 ss. Con riferimento all'udienza preliminare, le S.U. della Corte di Cassazione hanno da tempo ritenuto che, in caso di riscontrata genericità, il giudice dell'udienza preliminare debba, in prima battuta, invitare il pubblico ministero a modificare l'imputazione alla luce delle esigenze di concentrazione e di ragionevole durata del processo. Solo nel caso in cui il rappresentante della pubblica accusa non

di economia e concentrazione processuale. A tal fine, prima dell'udienza, il giudice riceve il fascicolo completo della *res iudicanda*[19] e se il fatto non è enunciato in modo chiaro e preciso con l'indicazione della definizione giuridica, le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, (ovvero in caso di violazione della disposizione di cui all'art. 552, co. 1, lett. *c*, Cpp), il giudice, anche d'ufficio, sentite le parti, invita il pubblico ministero a riformulare l'imputazione o a modificarla; nell'ipotesi di inerzia dell'organo d'accusa, il giudice dichiara, con ordinanza, la nullità dell'imputazione, e dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero. Nel caso di modifica dell'imputazione, questa è inserita nel verbale di udienza e notificata all'imputato non presente[20]. Se la nuova imputazione esorbita le competenze del tribunale monocratico, o prevede l'udienza preliminare, la questione deve essere sollevata dalle parti, o rilevata dal giudice, immediatamente dopo la nuova contestazione, o alla prima udienza successiva alla notifica del verbale per l'imputato assente.

Di fatto, si riconosce al giudice un ruolo di co-gestione sul contenuto dell'atto imputativo, secondo modelli ampiamente affermati nella prassi, che legittimano ripartizioni in tal senso funzionali fra pubblico ministero e giudice[21].

Piuttosto, questa commistione di ruoli tra accusa e organo giudicante potrebbe generare dubbi sull'imparzialità di quest'ultimo[22], anche se non sembrerebbe inficiare la libertà operativa del magistrato di accusa che può aderire o no all'invito ricevuto[23]. In ogni caso, laddove quest'ultimo rimanga inerte, il giudice dichiara, anche d'ufficio, la nullità e restituisce gli atti al pubblico ministero, in qualità di titolare esclusivo del potere di formulazione dell'accusa *ex* art. 112 Cost., senza, peraltro, alcuna violazione del principio d'irretrattabilità dell'azione penale.

La delega disegna, così, una duplice articolazione procedurale, nell'attribuire al giudice il potere-dovere di verificare l'adempimento, da parte dell'organo di accusa, dell'obbligo di procedere, nell'atto di esercizio dell'azione penale, all'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto, offrendo piena effettività al principio di necessaria aderenza del fatto storico all'imputazione formulata. In prima battuta, infatti, dovrebbe operare il meccanismo di adeguamento delle imputazioni, che ricalca la disciplina di cui all'art. 423 Cpp, per la diversità del fatto e ritenuta idonea a «sanare» l'erroneità o l'incompletezza originaria dell'imputazione; successivamente, nel caso in cui codesto rimedio non funzioni, il giudice ricorrerà alla dichiarazione di nullità e restituirà gli atti al pubblico ministero, tramite lo schema regressivo del procedimento.

I due moduli sono, dunque, consecutivi, il primo dei quali pone il p.m. in condizione di adeguare l'imputazione contestata in modo generico o insufficiente, o relativa alla contestazione di un fatto puntualmente determinato, ma diverso, e il secondo rappresenta la soluzione più radicale, che elimina l'atto imputativo attraverso la declaratoria di nullità, con il diretto intervento del giudice sul profilo dell'imputazione.

Peraltro, la sanzione è già espressamente prevista dall'art. 552, co. 2, Cpp, che stabilisce la nullità del decreto di citazione a giudizio, per il difetto di determinatezza o l'insufficienza dell'atto imputativo.

---

aderisca all'invito, il giudice può ricorrere al rimedio della trasmissione degli atti al pubblico ministero, in applicazione analogica dell'art. 521, co. 2, Cpp. Successivamente le S.U. hanno ritenuto di applicare questa disciplina anche a situazioni di ritenuta diversità del fatto. V. Cass., S.U., 20.12.2007, n. 5037, Battistella, cit.

[19] In particolare, l'interpolazione dell'art. 553 Cpp ad opera del d.lgs. 150/2022 prevede che il pubblico ministero dopo la notificazione del decreto di citazione, formi il fascicolo per lo svolgimento dell'udienza predibattimentale che sarà costituito dal fascicolo del dibattimento unitamente al fascicolo del pubblico ministero. Questo *dossier* sarà messo a disposizione delle parti presso la cancelleria del giudice della comparizione predibattimentale.

[20] Il processo resta sospeso e la nuova udienza non può celebrarsi prima che siano decorsi dieci giorni da quando l'imputato ha ricevuto il verbale con la nuova imputazione.

[21] Sul tema, v. F. Cassibba, *Udienza preliminare e controlli sull'enunciato d'accusa a trent'anni dal codice di procedura penale*, in *AP*, 3/2019, 2 ss.

[22] V., *infra*, § 3.

[23] Sul ruolo di supplenza da parte dell'organo giudicante rispetto alla funzione di accusa del pubblico ministero, S. Quattrocolo, *Ancora sull'imparzialità del g.u.p.: la Corte costituzionale non ha dubbi in merito alla "dottrina Battistella"*, cit., 896.

Nel contesto delle novità normative introdotte dalla riforma, la sollecitazione interlocutoria del giudice al titolare dell'azione penale, risulta onnicomprensiva sia dell'ipotesi richiamata dall'art. 1, co. 12, lett. *b*, l. 134/2021, che riguarda la genericità del medesimo[24] – sia della diversità del fatto. La lettura combinata della lett. *b* e della lett. *c* dell'art. 1, co. 12, l. 134/2021[25], consentirebbe, infatti, di ritenere che il giudice debba procedere in entrambe le ipotesi (di genericità e diversità), configurandosi la nuova udienza come un momento processuale di controllo in ordine al *thema decidendum*, in modo che abbia ad oggetto un'imputazione riscontrabile negli atti processuali, supportata da specifiche fonti di prova in ordine ai fatti storici contestati con chiarezza e precisione, anziché un'imputazione priva di concreto contenuto materiale, inidonea a reggere l'urto della verifica di validità nella fase del dibattimento.
L'intervento giurisdizionale costituisce, dunque, un atto doveroso a garanzia del diritto di difesa dell'imputato e dell'effettività del contraddittorio. Del resto, l'insufficienza della contestazione o la sua imperfezione e inadeguatezza per difetto di chiarezza e precisione dei fatti storici contestati, condiziona le determinazioni negoziali per la celebrazione dei riti alternativi, scelti dall'imputato, soprattutto, in ragione della precedente opera di precisazione della contestazione e degli elementi che la fondano.
Naturalmente, il giudice sarà tenuto a rappresentare, tramite un'ordinanza motivata e interlocutoria, gli elementi di fatto e le ragioni giuridiche del vizio d'imputazione, richiedendo al pubblico ministero di provvedere, di conseguenza, alle opportune precisazioni e integrazioni. La differenza rispetto allo schema già utilizzato in udienza preliminare è che in quella sede l'invito all'organo di accusa avviene di solito alla conclusione dell'udienza, in seguito ad un'eventuale attività di integrazione probatoria, in questo nuovo contesto, invece, si avrebbe solo sulla base di una riconsiderazione delle carte contenute nel fascicolo che sarà costituito dal fascicolo del dibattimento unitamente al fascicolo del pubblico ministero.
In caso di mancata adesione dell'organo di accusa alla richiesta correttiva, integrativa o modificativa nei termini indicati dall'ordinanza interlocutoria del giudice, si prevede il ricorso a un provvedimento di restituzione degli atti, che necessita di una previa dichiarazione di nullità e che determina la retrocessione del procedimento, sulla falsariga di quanto disposto dall'art. 521, co. 2, Cpp, onde consentire l'esercizio dell'azione penale in modo aderente alle effettive risultanze d'indagine.
La soluzione restitutoria, che comporta la regressione del procedimento, deve, comunque, ricondursi ad una ipotesi eccezionale, prefigurandosi come *extrema ratio*, in linea con le esigenze di economia e di ragionevole durata del processo, le quali, richiedono una razionalizzazione dei tempi e dell'organizzazione del processo, insieme all'effettività della giurisdizione penale a fronte delle legittime aspettative della collettività di fronte al delitto.
Peraltro, sembrerebbe necessario, a garanzia dell'imputato, che a seguito dell'accoglimento della richiesta correttiva, venga prevista la concessione di un termine a difesa, e la notifica del verbale contenente la contestazione come riformulata, con avviso della data della eventuale nuova udienza. In effetti, nell'attuazione della delega, si è previsto all'art. 32 d.lgs. 150/2022 che quando il pubblico ministero modifica l'imputazione, procede alla relativa contestazione e la modifica dell'imputazione è inserita nel verbale di udienza, ma se l'imputato non è presente in aula, neppure mediante collegamento a distanza, il giudice sospende il processo, rinvia a una nuova udienza e dispone che il verbale sia notificato all'imputato entro un termine non inferiore a dieci giorni dalla data della nuova udienza.
Un'ultima modifica, di mero coordinamento si rinviene nel caso di prosecuzione dell'*iter* nella sede propriamente dibattimentale, in relazione al quale si è adeguata la disciplina relativa alla presentazione della cd. lista *ex* art. 468 Cpp, tramite un'interpolazione dell'art. 553 Cpp da parte del d.lgs. 150/2022.

[24] Cui sottintende il rinvio della delega all'art. 552, co. 1, lett. *c*, Cpp, il quale prevede, appunto, il rispetto dei canoni di chiarezza e precisione per la descrizione del fatto contenuta nel decreto di citazione a giudizio.
[25] Tale scelta è stata attuata dall'art. 32, d.lgs. 150/2022, tramite l'introduzione dell'art. 554-*bis*, co. 5 e 6, Cpp.

Nessun riferimento, viceversa, compare all'esigenza di atti urgenti, nei casi previsti dall'art. 392 Cpp, per l'assunzione, a richiesta di parte, delle prove non rinviabili, osservando le forme stabilite per il dibattimento.
In sede di attuazione della l. 134/2021, sono stati, infine, chiariti i profili procedurali inerenti alla *vocatio in iudicium*. Si trattava di definire se il decreto di citazione potesse già contenere, oltre alla citazione stessa (che si desume *ex* artt. 550 e 552 Cpp), anche l'avviso relativo alla *vocatio* che si riferisce all'udienza "filtro", con l'indicazione che l'imputato ha la facoltà di presentare richieste di definizioni alternative del processo, in ordine alle quali il giudice deciderà sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. L'opzione del d.lgs. 150/2022 è stata nel senso di prevedere una nuova rimodulazione della disciplina inerente al decreto di citazione a giudizio, fornendo all'udienza predibattimentale una sua totale autonomia. In particolare, il d.lgs. 150/2022 ha stabilito due scansioni temporali dilatorie per l'inizio della fase propriamente dedicata all'istruttoria dibattimentale: la prima, che interviene tra la data della notifica all'imputato, al suo difensore ed alla persona offesa del decreto di citazione a giudizio e la data dell'udienza predibattimentale, per cui deve intercorrere, a pena di nullità, un termine non inferiore a 60 giorni, che può essere ridotto a 45 giorni nei casi di urgenza (ma le ragioni devono però essere espressamente motivate); la seconda, prevista tra la data dell'udienza predibattimentale in cui si dispone la trasmissione del fascicolo al giudice della trattazione istruttoria e quella fissata per l'inizio del dibattimento, per cui deve intercorrere un termine non inferiore a 20 giorni[26].
Tale impostazione conferma che la nuova udienza non è un'udienza a richiesta, bensì un passaggio obbligato di controllo sull'attività svolta, che impone una disciplina "ibrida", la quale, in parte, si ricollega a quella prevista per gli atti preliminari al dibattimento nel giudizio ordinario e, in parte, all'udienza preliminare.

3. Il controllo «strategico» sulla validità dell'imputazione formulata dal pubblico ministero e sulla sua rispondenza agli atti contenuti nel fascicolo a disposizione del giudice, non pone problemi su un piano strutturale, ma in questa sede si ritiene utile considerare se la norma si armonizzi con il diritto dell'imputato ad un giudice idoneo, ovvero con la posizione e le garanzie che devono assistere l'autorità giurisdizionale chiamata a decidere di una singola controversia[27]. Si tratta del profilo, particolarmente delicato, che incrocia la tematica dei contorni dell'incompatibilità dovuta al compimento di precedenti atti all'interno dello stesso grado del procedimento.
Per il quadro probatorio a disposizione del giudice, e per il potenziamento dei poteri a lui riconosciuti sull'imputazione, è senza dubbio stimolata la valutazione nel «merito» dell'accusa. Il meccanismo integrativo del giudice sembrerebbe, infatti, non potersi atteggiare unicamente nell'ambito concettuale della funzione di direzione e controllo dell'udienza medesima.
La giurisprudenza costituzionale, da tempo impegnata sul terreno dell'idoneità a *ius dicere*, si è fatta carico di tracciare la fisionomia del pregiudizio alla base dell'incompatibilità del giudice, la quale nasce dalla tensione dialettica tra una sede pregiudicante, da cui promana il rischio di *pre iudicium*, e una sede pregiudicata, su cui la forza della prevenzione, sul piano tanto dell'essere quanto

[26] Del resto, il legislatore aveva indicato già nella delega (art. 1, co. 12, lett. *e*), un termine di 20 giorni, non prima del quale si deve tenere la nuova udienza (per l'apertura e la celebrazione del dibattimento). Solleva qualche dubbio, E.N. La Rocca, *op. cit.*, 35, secondo la quale, «L'eventuale esito con decisione di non luogo a procedere, basata su criterio di giudizio della ragionevole previsione di condanna, costituirebbe l'alternativa a un non ben definito, né individuato nella delega, provvedimento di fissazione della data per una nuova udienza, da tenersi non prima di venti giorni di fronte a un altro giudice, per l'apertura e la celebrazione del dibattimento».
[27] Cfr. G. Di Chiara, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, Torino 2000, 87 ss.; O. Mazza, *I protagonisti del processo*, in Aa.Vv., *Procedura penale*, Torino 2018, 76 ss.; S. Quattrocolo, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli 2011, 56 ss.; Ead., *Riqualificazione del fatto: una parola ma non conclusiva, della corte costituzionale*, in *LP*, 3/2010, 337; Ead., *Ancora sull'imparzialità del g.u.p.: la Corte costituzionale non ha dubbi in merito alla "dottrina Battistella*", cit., 887; E. Sacchetto, *Ancora su incompatibilità del gup e applicazione della* "*dottrina Battistella*", in www.lalegislazionepenale.eu (28.10.2019). V., altresì, A. Pasta, *Poteri del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione, incompatibilità, e non prevedibili privilegi*, in *CP*, 7-8/2017, 2940 ss.

dell'apparire, può rivelarsi in grado di dispiegare i suoi effetti[28]. Tale risvolto si avrebbe se la decisione sul merito possa essere o apparire condizionata dalla naturale tendenza a confermare una decisione già presa o a mantenere un atteggiamento già assunto, che scaturisce da valutazioni cui il giudice sia stato precedentemente chiamato in ordine alla medesima *res judicanda*.

A questo proposito, la Corte edu ha sottolineato come anche le apparenze possano avere una certa importanza, in quanto «non si deve fare solo giustizia, ma si deve anche vedere che essa è fatta», perché in una società democratica i giudici devono ispirare fiducia nella comunità, a cominciare dalle parti del processo.

In particolare, secondo l'interpretazione offerta dalla consolidata giurisprudenza della Corte edu, ai fini del rispetto del principio dell'art. 6 § 1 Cedu[29], il tribunale deve essere imparziale soggettivamente e oggettivamente. Sotto il primo profilo (criterio soggettivo), nessun componente del tribunale deve avere pregiudizi personali verso l'imputato o un interesse personale a giudicare il singolo caso: tale imparzialità si presume fino a prova contraria. Sotto il secondo profilo (criterio oggettivo), occorre escludere ogni legittimo dubbio sull'imparzialità del giudice, anche apparente e non dipendente dalla sua condotta personale.

La mera conoscenza degli atti d'indagine non può dirsi, di per sé, in termini di prevedibilità, causa efficiente del rischio di *pre iudicium*. La Corte edu ha, infatti, chiarito che il solo fatto che il giudice penale investito del processo abbia assunto, nell'ambito del medesimo procedimento, decisioni sul caso, il cui merito è poi chiamato a giudicare, comprese decisioni riguardanti la custodia cautelare, non comporta un difetto di imparzialità. Tuttavia, la natura e la portata di tali decisioni non sono irrilevanti, giacché nelle ipotesi in cui le stesse richiedano un «elevato grado di chiarezza» in ordine al tema della responsabilità dell'imputato, ovvero vi sia coincidenza tra il profilo contenutistico della decisione preprocessuale e il merito della causa, l'imparzialità deve ritenersi minata.

In virtù dell'importanza assunta dalle apparenze, si deve ravvisare, in altri termini, una violazione del principio di imparzialità, ogniqualvolta le attività poste in essere anteriormente dal giudice – non importa se nella stessa o in altra fase processuale, diversamente da quanto accade nel nostro ordinamento – siano tali da comportare una sostanziale anticipazione del giudizio, sia per l'estensione dei poteri affidati, sia per l'approfondita conoscenza degli elementi di prova su cui, poi, sarà chiamato a rendere la sua decisione nel merito[30].

Nell'ipotesi del testo di riforma, sembrerebbe non cogliersi un'antinomia con la norma contenuta nella Cedu riguardo al profilo oggettivo dell'imparzialità; né il difetto risulterebbe di natura funzionale, essendo quest'ultimo escluso espressamente dalla regola di incompatibilità prevista dall'art. 1, co. 12, lett. *a*, l. 134/2021. Tale disposto, infatti, rende alla radice superfluo l'accertamento sul grado di ampiezza contenutistica della delibazione del merito della medesima regiudicanda, insita nel provvedimento adottato dal giudice della udienza filtro, e sul correlato rischio che potrebbe comportare in ordine alla valutazione conclusiva sulla responsabilità dell'imputato, che possa o no apparire condizionata dalla propensione del giudice a confermare una propria precedente decisione[31].

Occorre, però, tener conto che per realizzare il processo giusto è necessario un particolare assetto del sistema che riguarda il giudice, come indicato anche nella direttiva UE sulla presunzione di

---

[28] V., di recente, C. cost., 23.1.2019, n. 66, su www.cortecostituzionale.it, sulla quale cfr. E. Sacchetto, *Ancora su incompatibilità del gup e applicazione della* "*dottrina Battistella*", cit.

[29] L'art. 6 § 1 Cedu stabilisce che «[o]gni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] da un tribunale [...] imparziale». Cfr. M. Chiavario, sub *Art. 6 Conv. eur. dir. uomo*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova 2001, 184; O. Mazza, *Indipendenza e imparzialità del giudice*, in *Protagonisti e comprimari del processo penale*, a cura di M. Chiavario, *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario, E. Marzaduri, Torino 1995, 38.

[30] C. eur., 15.1.2015, *Dragojević c. Croazia*; C. eur., 11.7.2013, *Rudnichenko c. Ucraina*; C. eur., 25.7.2000, *Tierce e altri c. San Marino*; C. eur., 26.10.1984, *De Cubber c. Belgio*.

[31] Situazione nella quale – alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo – l'imparzialità del giudice deve ritenersi compromessa, indipendentemente dal fatto che la decisione sia intervenuta nella medesima o in altra fase processuale.

innocenza[32], per cui qualora l'organo giurisdizionale abbia espresso un vero e proprio pregiudizio e non un semplice sospetto, devono ritenersi fondati i dubbi sulla sua oggettiva imparzialità.
Ora, l'incompatibilità funzionale del giudice dell'udienza predibattimentale rispetto alla fase dibattimentale alla stregua dell'art. 34 CPP, mette – come è stato detto – al riparo dall'ipotesi in cui il giudice sia considerato "inidoneo a giudicare". La criticità sembrerebbe, comunque, appuntarsi sullo svolgimento dei riti alternativi. L'invito a modificare l'imputazione rappresenta, infatti, un rimedio «endofasico»[33]: dalla sua formulazione non deriva, di per sé, un'incompatibilità del giudice all'ulteriore trattazione della medesima fase. Ma questo vale nella misura in cui il giudice dell'udienza filtro si limiti a decidere – in conformità alla funzione istituzionale di tale udienza – se l'imputato debba essere, o no, giudicato nell'udienza dibattimentale (ossia se debba essere giudicato da un «tribunale imparziale»), senza affatto pronunciarsi sulla sua innocenza o colpevolezza[34].
Viceversa, le riserve si appuntano sull'ipotesi in cui siano stati richiesti riti alternativi (giudizio abbreviato o "patteggiamento"), perché l'instaurazione di percorsi speciali conferisce all'organo giudicante il potere di pronunciarsi sul merito delle accuse.
La valutazione del giudice, secondo modalità di destinazione, non si limiterebbe in questi casi all'alternativa fra sentenza di non luogo a procedere e decreto che dispone il giudizio, ma si estenderebbe al merito della responsabilità dell'imputato, anche in senso afflittivo. E il giudice[35] si troverebbe ad intervenire, dopo aver invitato il pubblico ministero a modificare l'imputazione per

[32] Dir. (UE) n. 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio 9.3.2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, che intende rafforzare il diritto a un equo processo nei procedimenti penali, stabilendo norme minime comuni relative ad alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo. L'implementazione da parte dell'Italia della dir. UE n. 2016/343, per la quale è stata conferita delega al Governo (l. 22.4.2021, n. 53 recante «Delega al Governo per il recepimento delle direttive e l'attuazione degli altri atti dell'Unione europea– Legge di delegazione europea 2019-2020»), ha condotto all'emanazione del d.lgs. 8.11.2021, n. 188, il cui art. 2 introduce il divieto, per le autorità pubbliche, di presentare all'opinione pubblica l'indagato o l'imputato in un procedimento penale come «colpevole», prima che sia intervenuto un provvedimento definitivo di condanna (co. 1). La violazione del divieto, al netto di eventuali sanzioni penali o disciplinari, e dell'eventuale obbligo di risarcimento del danno, comporta il diritto dell'indagato/imputato di chiedere all'autorità di rettificare la dichiarazione resa (co. 2), l'obbligo per l'autorità, che ritenga fondata la richiesta, di procedere alla rettifica entro 48 ore, con le stesse modalità della dichiarazione originaria o, se ciò non è possibile, con modalità tali da garantire alla rettifica il medesimo rilievo e la medesima diffusione avuti dalla dichiarazione. Della rettifica dovrà essere avvisato l'interessato (co. 3 e 4).
[33] Cfr. C. cost., 24 gennaio 2017, n. 18, su www.cortecostituzionale.it.
[34] Il tema, particolarmente delicato, è stato esaminato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 66/2019, cit., escludendo, però, l'incostituzionalità della norma che non prevede l'incompatibilità per il giudice dell'udienza preliminare, il quale suggerisce al pubblico ministero la contestazione di un fatto diverso. Con ordinanza del 12.5.2017, il G.u.p. del Tribunale di Napoli aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, co. 2, Cpp in riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 6 § 1 Cedu, sostenendo il contrasto della disposizione con la Costituzione nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di G.u.p. del giudice che, avendo ravvisato, nel corso della stessa udienza preliminare, un fatto diverso da quello contestato, abbia invitato il pubblico ministero a procedere alla modifica dell'imputazione nei confronti dell'imputato, invito cui il pubblico ministero abbia aderito.
Si noti che nella sent. n. 18/2017, la Corte Costituzionale, pur dichiarando la questione non fondata, aveva riconosciuto che, sollecitando il pubblico ministero a modificare l'imputazione per diversità del fatto, il giudice effettua comunque, una penetrante delibazione sul merito della regiudicanda, non dissimile da quella che, in mancanza di una valutazione della diversità del fatto, conduce alla definizione con sentenza del giudizio di merito. Malgrado ciò, la Corte in quell'occasione aveva rigettato la questione, in quanto, la valutazione contenutistica sulla medesima regiudicanda non si colloca in una fase precedente e distinta dal procedimento – come invece nel caso della trasmissione degli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 521, co. 2, Cpp, che determina la regressione del procedimento – ma nella medesima fase. Sulla questione, v. le osservazioni Di E. Sacchetto, *Ancora su incompatibilità del gup e applicazione della* "*dottrina Battistella*", cit.
[35] Si tenga, poi, presente l'assegnazione dei magistrati onorari per la trattazione di affari penali, rientranti nella competenza dei giudici monocratici. Tale assegnazione, secondo i limiti indicati dall'art. 11, d.lgs. 13.7.2017, n. 116, include, nella materia penale, i procedimenti previsti dall'art. 550 Cpp. È, inoltre, da dimostrare sul piano pratico che dai moduli organizzativi della magistratura onoraria, che comporta necessariamente un'interazione fra professionalità diversificate, possano derivare non solo una maggiore efficienza complessiva, bensì anche un innalzamento qualitativo del lavoro dei giudici.

genericità e/o diversità del fatto, ovvero dopo aver esternato un convincimento sul merito della regiudicanda, espresso, peraltro, formalmente in un'ordinanza interlocutoria.
L'incompatibilità, quindi, avrebbe rilievo solo rispetto al "giudizio", ovvero alla decisione sul merito della regiudicanda, e non rispetto a decisioni assunte ad altri fini per una prognosi sul dibattimento.
Questa idea sembrerebbe rafforzata dalla scelta operata dalla riforma secondo cui, dopo la notificazione del decreto di citazione, il pubblico ministero formerà il fascicolo per lo svolgimento dell'udienza predibattimentale, il quale sarà costituito dal fascicolo del dibattimento insieme a quello del pubblico ministero. Il materiale così onnicomprensivo sarà messo a disposizione delle parti presso la cancelleria del giudice della comparizione predibattimentale. Laddove non si addivenga alla pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere ed in assenza di definizioni alternative, il giudice disporrà la prosecuzione del giudizio dinanzi ad un diverso giudice e, di conseguenza, la restituzione del fascicolo del pubblico ministero, determinando la separazione dei due *dossier*.
Del resto, una volta pronunciatosi sul contenuto degli atti investigativi inclusi nel fascicolo del pubblico ministero, egli potrebbe perdere quella posizione di terzietà che deve connotarlo. La Corte costituzionale ha, peraltro, avuto modo di precisare, per il caso di negato accesso al patteggiamento e l'«idoneità pregiudicante» del provvedimento assunto[36], come non sia la «mera conoscenza» degli atti a creare in capo al giudice la «forza della prevenzione», capace di determinarne l'incompatibilità. Tale effetto discenderebbe, invece, da una valutazione di merito circa l'idoneità delle risultanze delle indagini preliminari, a fondare un giudizio di responsabilità dell'imputato.
Quindi, la questione resterebbe priva di rilievo laddove la predetta evenienza dei riti alternativi non si verifichi in concreto. Viceversa, si potrebbe avere una mancanza di imparzialità oggettiva, quando la valutazione richiesta al giudice, o eventualmente anche le espressioni da quest'ultimo concretamente utilizzate, implichino una sostanziale anticipazione di giudizio[37].
Peraltro, l'invito alla *mutatio libelli* verrebbe impartito in questa sede in assenza di un'eventuale attività di integrazione probatoria.
Essendosi pronunciato sugli elementi costitutivi dell'illecito, tale presa di posizione autorizzerebbe a pensare che il giudice si sia già fatta un'idea sull'esistenza del delitto e sulla colpevolezza dell'imputato, potendone inficiare l'imparzialità, come intesa dalla Corte di Strasburgo, la cui tutela rafforzata trova adesso un ulteriore ancoraggio nel testo della direttiva sulla presunzione di innocenza[38], indipendentemente dal fatto che la delibazione sia stata effettuata nella stessa fase processuale, anziché in una fase precedente e distinta.
Nella interpretazione consolidata della Corte edu si dovrebbe, infatti, tener conto, esclusivamente della natura e della portata della decisione incidentale adottata dal giudice, e non del momento in cui essa viene resa[39]. La preesistenza di una valutazione sulla medesima regiudicanda, anche quando sia compiuta nella stessa fase, renderebbe attuale e concreto il rischio che la valutazione conclusiva sulla

[36] In tema, H. Belluta, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie* ex officio, Torino 2006, 28 ss.
[37] In questo senso, cfr., tra le altre, C. eur., 22.4.2004, *Cianetti c. Italia*; C. eur., 25.7.2002, *Perote Pellon c. Spagna*; C. eur., 24.6.2010, *Mancel e Branquart c. Francia*; C. eur., 22.7.2008, *Gomez de Liaño y Botella c. Spagna*.
[38] L'art. 4, d.lgs. 188/2021 introduce nel Cpp, dopo l'art. 115 Cpp, un art. 115-*bis* Cpp, in cui si prevede che «nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, la persona sottoposta a indagini o l'imputato non possono essere indicati come colpevoli fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili (…). 2. Nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, che presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza, l'autorità giudiziaria limita i riferimenti alla colpevolezza della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato alle sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento». Si prevede, in caso di violazione, la possibilità di presentare istanza per le relative correzioni del caso.
[39] La giurisprudenza della Corte costituzionale ha adottato un orientamento che si discosta dalla posizione della Corte europea in quanto ritiene che affinché possa configurarsi una situazione di incompatibilità, è necessario che la valutazione "contenutistica" sulla medesima regiudicanda si collochi in una precedente e distinta fase del procedimento, rispetto a quella della quale il giudice è attualmente investito; diversamente, se non si preservasse l'esigenza di continuità endofasica, si verrebbe a determinare «una assurda frammentazione del procedimento, che implicherebbe la necessità di disporre di tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere». Così, C. cost., sent. n. 18/2017, cit.

responsabilità sia, o possa apparire, condizionata dalla propensione del giudice a confermare una precedente decisione: ipotesi nella quale la Corte edu presumerebbe, «*iuris et de iure*», la sussistenza del pregiudizio.
Peraltro, la stessa Corte cost., nella sent. n. 16/2022, inserendosi coerentemente nel solco delle numerose declaratorie di illegittimità costituzionale aventi ad oggetto il secondo comma dell'art. 34 Cpp, sembrerebbe aver aggiunto un ulteriore tassello che è certamente rilevante al fine di intensificare la garanzia dell'imparzialità del giudicante e, quindi, il principio del giusto processo, lasciando la possibilità per l'interprete di ravvisare ulteriori spazi per interventi integrativi del contenuto dell'art. 34, co. 2, Cpp da parte della Corte costituzionale[40]. La Corte ha, infatti, osservato che, sebbene fosse chiaro nel caso di specie che il giudice *a quo* avesse desunto la sussistenza della circostanza aggravante dagli atti di indagine, non si può escludere che il provvedimento di rigetto del decreto penale di condanna implichi, comunque, una valutazione contenutistica sulla *res iudicanda*[41].
Le pronunce della Corte mettono in luce i limiti del principio di tassatività che caratterizza il dettato del codice di rito in questa materia, e questa nuova dimensione induce a chiedersi se il quadro formatosi a seguito delle integrazioni della Consulta consenta di delineare una categoria generale ed organica di incompatibilità[42], cui l'interprete possa ricondurre, anche ricorrendo all'interpretazione analogica, le più diverse situazioni pregiudizievoli connaturate al precedente esercizio di valutazioni "di merito" idonee ad esplicare la propria efficacia pregiudicante. Allo stato, tuttavia, tale operazione non sembra essere consentita, data l'impossibilità di superare la casistica tassativa caratterizzante l'art. 34, co. 2, Cpp, se non attraverso un auspicabile intervento del legislatore.
Quanto, poi, specificamente ai limiti contenutistici delle valutazioni di merito, atteso che nella prospettiva convenzionale non tutti gli apprezzamenti incidentali sono idonei a compromettere l'imparzialità del giudice, ma solo quelli analoghi, nei contenuti, alle valutazioni richieste per la definizione del merito della causa, non vi sarebbe una sistematica frammentazione del procedimento nell'ipotesi esaminata della riforma dell'udienza predibattimentale, dal momento che non si tratterebbe di disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere, ma tale esigenza verrebbe in considerazione solo con riferimento agli atti fonte di pregiudizio.
Analoghe valutazioni di incompatibilità potrebbero, inoltre, svilupparsi in tema di udienza predibattimentale con riferimento all'ipotesi in cui il giudice, che si è espresso in senso negativo sulla richiesta di sospensione con messa alla prova *ex* art. 168-*bis* Cp, sia chiamato, poi, a decidere in ordine al giudizio abbreviato[43]. In questo caso, la decisione sull'istanza di sospensione, contenendo

[40] Cfr. C. cost., 21.1.2022, n. 16 su www.cortecostituzionale.it, nella quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, co. 2, Cpp, nella parte in cui non prevede che il giudice per le indagini preliminari, che ha rigettato la richiesta di decreto penale di condanna per mancata contestazione di una circostanza aggravante, sia incompatibile a pronunciare sulla nuova richiesta di decreto penale formulata dal pubblico ministero in conformità ai rilievi del giudice stesso.
[41] Nel caso di specie, il G.i.p. presso il Tribunale di Macerata riceveva una richiesta, da parte della locale Procura, di emissione di un decreto penale di condanna nei confronti di una persona imputata del reato di guida in stato di ebbrezza, *ex* art. 186, d.lgs. 20.4.1992, n. 285 (Nuovo codice della strada, C.d.s.). Il giudice rigettava tale richiesta sul rilievo della mancata contestazione della circostanza aggravante "dell'aver provocato un incidente stradale", prevista dal citato art. 186, co. 2-*bis*, C.d.s. Tale rigetto era giustificato dal fatto che la sussistenza della predetta aggravante era desumibile da una nota dei Carabinieri, nella quale si riferiva la responsabilità del sinistro ad entrambi i conducenti, tra cui l'imputato. In seguito a ciò, la Procura, contestata l'aggravante in questione, formulava una nuova richiesta di decreto penale di condanna, investendo così della domanda il medesimo giudice.
[42] In dottrina, cfr. O. Mazza, *La proliferazione delle incompatibilità è giunta al capolinea?*, in *DPP*, 8/1996, 975 ss. Sul tema della tassatività delle cause di incompatibilità, cfr. P.P. Rivello, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano 1996, 401 ss.; G. Di Chiara, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, cit., 198 ss.
[43] In proposito, un dubbio di legittimità costituzionale era già emerso, sfociando in una pronuncia di manifesta inammissibilità della relativa questione. Quest'ultima era stata sollevata in ordine all'art. 34, co. 2, Cpp, «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice del dibattimento, o del giudizio abbreviato, del giudice che abbia respinto la richiesta dell'imputato» di sospensione del procedimento con messa alla prova, in base ai parametri di cui all'art. 133 Cp. La decisione della Corte era derivata essenzialmente da ragioni procedurali e, in particolare, dalla

inevitabilmente un giudizio di idoneità del programma di trattamento assunto anche a seguito di valutazioni sulla gravità del reato, non limitate alla sola imputazione, ma prese in base al fascicolo del pubblico ministero[44], potrebbe condizionare la successiva celebrazione del giudizio abbreviato da parte dello stesso giudice[45]. Peraltro, per incentivare l'applicazione dell'istituto, nella legge delega si prevede che la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, possa essere proposta anche dal pubblico ministero.
Sembrerebbe opportuno qualche aggiustamento in tema di incompatibilità, in modo da armonizzare appieno la disciplina dell'udienza predibattimentale al diritto dell'imputato ad un giudice idoneo, secondo il concetto che emerge dalle fonti internazionali, e collocando così la scelta italiana nel quadro del sistema europeo di garanzie per il processo penale.

4. L'obiettivo di favorire la definizione anticipata del processo, cui tende la previsione della nuova udienza, può essere realizzato con particolare riguardo alla soluzione alternativa rappresentata dalla pronuncia che concerne la tenuità del fatto[46].
Il favore per la contestualizzazione di questa scelta nell'ambito dell'udienza filtro, prima dell'avvio del dibattimento, trova giustificazione nei più ampi spazi operativi che ha la declaratoria per la piattaforma degli elementi di conoscenza di cui può disporre il giudice, rispetto all'originaria disciplina dell'udienza di comparizione *ex* art. 555 Cpp, nella versione precedente all'interpolazione ad opera del d.lgs. 150/2022, a seguito della citazione diretta a dibattimento[47]. In quest'ultima ipotesi, infatti, egli valutava gli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento, i quali potevano rivelarsi insufficienti per esaminare i presupposti della particolare tenuità del fatto. Il giudice doveva, infatti, procedere al vaglio dell'esiguità del danno, della modalità della condotta e della non abitualità del comportamento solo in base alla formulazione dell'imputazione, al certificato del casellario giudiziale e, al più, alle dichiarazioni della persona offesa[48].
È vero che le parti, dopo la dichiarazione di apertura *ex* art. 555, co. 4, Cpp, possono concordare l'acquisizione al fascicolo di atti contenuti nel *dossier* del pubblico ministero, o di documenti relativi alle indagini difensive, ai sensi dell'art. 431, co. 2, Cpp.
Tuttavia, l'applicabilità della declaratoria nell'udienza predibattimentale garantisce una più rapida scansione temporale, dal momento che in tale sede il giudice dispone direttamente di tutti gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, con il vantaggio di evitare l'instaurazione del giudizio[49]; si rende, così, superflua l'esigenza di integrare gli atti, dal momento che il giudice ha una completa cognizione nel merito della vicenda.

---

circostanza che il rimettente aveva mancato di motivare adeguatamente la propria ordinanza. V., C. cost., ord. 24.1.2017 n. 19, su www.cortecostituzionale.it; al riguardo, E. Andolfatto, *Profili di incompatibilità del giudice al vaglio della Consulta: questioni in tema di udienza preliminare e di messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it (8.3.2017).

[44] L'incompatibilità si colloca in seno a procedimenti nei quali il giudice, per potersi esprimere, valuta il fatto sulla base dell'intero fascicolo e non solamente dell'imputazione.

[45] Cfr. C. cost., sent. 24.1.2017, n. 18, su www.cortecostituzionale.it; C. cost., ord. 24.1.2017, n. 19, cit.

[46] Cfr. V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in www.lalegislazionepenale.eu (15.6.2021), 16 ss.; E.A.A. Dei Cas, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell'ambito della legge delega Cartabia*, in *AP*, 3/2021, 13.

[47] Sul tema della non punibilità per tenuità del fatto, v. E. Marzaduri, *L'ennesimo compito arduo (…ma non impossibile) per l'interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp*, in *AP*, 1/2015, 7; M. Guerra, A. Pompei, *Il decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28 in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Depenalizzazione e particolare tenuità del fatto. I reati abrogati, i nuovi illeciti amministrativi e i primi orientamenti della giurisprudenza*, a cura di D. Carcano, Milano 2016, 167; A. Mangiaracina, *La tenuità del fatto ex art. 131 bis Cp: vuoti normativi e ricadute applicative*, in www.penalecontemporaneo.it (28.5.2015).

[48] V., al riguardo, le considerazioni già espresse su questa eventualità da P. Spagnolo, *Gli epiloghi processuali della "particolare tenuità del fatto"*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattroccolo, Torino 2015, 72 s.

[49] Con riferimento alle criticità in ordine all'applicabilità dell'art. 469, co. 1-*bis*, Cpp, F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *DPenCont*, 2/2015, 98.

Piuttosto, sarebbe, forse, opportuno richiamare la disposizione dell'art. 431, co. 2, Cpp, in sede predibattimentale, in modo da offrire alle parti la possibilità di far confluire i risultati delle investigazioni difensive.
La logica deflattiva si unisce, dunque, ad una valorizzazione delle funzioni di controllo assegnate al giudice in questa fase sulle determinazioni del pubblico ministero in tema di esercizio dell'azione penale, nel rispetto dei limiti che l'ordinamento processuale gli impone.
L'applicazione in tale sede della causa di non punibilità per particolare tenuità presuppone, naturalmente, l'instaurazione del contraddittorio con l'imputato, l'avvio del quale potrebbe proprio far emergere l'opportunità della scelta di definizione anticipata del processo, che trova le proprie radici nella caratterizzazione dialogica della nuova udienza, nell'ambito della quale si ravvede il legittimo esercizio del potere di controllo del giudice e di valutazione della fattispecie nei suoi aspetti fattuali.
Piuttosto, nell'ipotesi di conclusioni difformi[50], potrebbero rilevare considerazioni analoghe a quelle espresse in merito ai risvolti sul piano dell'incompatibilità del giudice con riferimento al provvedimento di diniego della richiesta di sospensione con messa alla prova *ex* art. 168-*bis* Cp, le quali sembrano valere anche per l'esito difforme rispetto alla declaratoria di non punibilità[51], in quanto la verifica giudiziale è da intendersi collegata ad una valutazione di merito sulla consistenza degli elementi di prova in ordine alla lesività dell'illecito e presuppone la conoscenza necessaria della vicenda.
Si tratta di un giudizio sull'effettivo disvalore del comportamento antigiuridico, presupposto di applicabilità dell'istituto, che comporta l'esame del grado maggiore o minore di aggressione del bene giuridico protetto e della complessiva manifestazione dell'attività criminosa, al fine di riscontrare se, attraverso una ponderazione quantitativa, rapportata al disvalore di azione, a quello di evento, nonché al grado di colpevolezza, l'incidenza lesiva, insita nel fatto rientrante nel tipo legale di illecito, sia talmente esigua da non meritare punizione.
Pertanto, non entra in gioco unicamente il potere di qualificazione giuridica del fatto, che è connaturale all'esercizio della giurisdizione ed è prerogativa che compete al giudice in tutte le fasi ed in tutti i gradi del processo. Il controllo non può essere considerato in senso restrittivo, come individuazione del solo *nomen iuris* da attribuire al fatto, in quanto investe anche gli elementi accidentali e la concreta punibilità del soggetto imputato, tramite l'accertamento della illiceità[52] e della sua riferibilità a quest'ultimo. A tale riguardo, potrebbe, peraltro, ravvisarsi la necessità di approfondimenti istruttori, ai quali, però, nell'udienza predibattimentale non si può dar seguito.
Sotto il profilo sistematico, poi, analogamente a quanto avviene in merito alla sentenza predibattimentale (art. 469, co. 1-*bis*, Cpp), dovrebbe ritenersi che la decisione possa essere pronunciata soltanto se il pubblico ministero e l'imputato non si oppongano, per la garanzia del diritto all'equo processo sancito nell'art. 6 § 2 Cedu, nelle sue declinazioni sostanziali.
In caso di opposizione, la sentenza potrà essere appellata da chi ha espresso contrarietà. Nell'ipotesi in cui il giudice ritenga di emettere sentenza di non punibilità dovrà essere, comunque, sentita la persona offesa, la cui eventuale opposizione non è ritenuta rilevante.
Quanto agli interessi sottesi alla prosecuzione del processo in dibattimento, essi sono nettamente differenziati. Senza dubbio, però, quello dell'imputato sembrerebbe oggi non trovare più fondamento nell'esigenza di evitare l'iscrizione nel casellario giudiziale della sentenza, essendo il provvedimento applicativo della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto ora escluso dalla suddetta iscrizione. In forza dell'art. 4 d.lgs. 2.10.2018 n. 122 («Disposizioni per la revisione della disciplina del casellario giudiziale, in attuazione della delega di cui all'art. 1 co. 18 e 19 l. 23.6.2017 n. 103»), il legislatore è intervenuto sul contenuto del certificato dei carichi pendenti rilasciati su richiesta dell'interessato (*ex* art. 27 d.P.R. 14.11.2002 n. 313), nel cui contenuto è previsto che non figurino i

[50] Nel caso di un'opposizione.
[51] Con eventualmente instaurazione di giudizio abbreviato.
[52] Si consideri la rilevanza dell'elemento soggettivo sub specie di valutazione della intensità del dolo o del grado della colpa ai sensi dell'art. 133, co. 1, Cp con riferimento alle modalità della condotta.

provvedimenti giudiziari che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-*bis* Cp e i provvedimenti concernenti l'istituto della messa alla prova (ordinanza di sospensione della messa alla prova e sentenza che dichiara l'estinzione del reato per esito positivo della stessa)[53]. Attraverso, poi, l'abrogazione degli artt. 23, 25, 26 e la riformulazione dell'art. 24 del citato d.P.R., l'intervento normativo del 2018 ha fatto venir meno la distinzione tra i certificati «generale», «civile» e «penale», confluiti in un'unica tipologia di certificato rilasciabile dietro istanza dell'interessato, contenente ogni iscrizione esistente nel casellario giudiziale a carico di un determinato soggetto.
Quanto all'opposizione del pubblico ministero, essa potrebbe trovare origine da un diverso «giudizio di valore sul *quantum* dell'offesa», dal momento che la sentenza accoglie, in parte, l'ipotesi dell'accusa, quantomeno riguardo alla sussistenza del fatto e alla riferibilità al suo autore.
Peraltro, l'interesse della parte pubblica all'apertura del dibattimento non potrebbe fondarsi sull'esigenza di un approfondimento valutativo in ordine alla regiudicanda. Questa, infatti, si configura piuttosto come una verifica riservata al giudice.

5. La nuova udienza predibattimentale, evitando dibattimenti inutili, protegge senza dubbio l'efficienza del sistema[54], impedendo un impiego superfluo delle risorse e realizzando una più ordinata sequenza procedimentale. Inoltre, nella prospettiva dell'imputato, può fare da volano virtuoso per lo sviluppo di un nuovo paradigma di giustizia, soprattutto nell'ottica riparativa, sollecitando un più consapevole contraddittorio da parte della difesa, di fronte al giudice con l'eventuale alleggerimento complessivo del carico gravante sul dibattimento [55]. L'udienza filtro può anche salvaguardare le ragioni della vittima, nella misura in cui, non consentendo il giudizio a causa della mancanza di solidi elementi a carico, impedisce che l'imputato colpevole fruisca di un proscioglimento dibattimentale, il quale, peraltro, una volta divenuto definitivo, non potrebbe essere revocato, garantendogli l'impunità.
Preziosa, tuttavia, è l'indagine sui necessari "distinguo" in merito all'ampiezza del contraddittorio nel contesto della nuova udienza, che essendo plasmata nel solco della semplificazione ha fatto proprio un contraddittorio di tipo argomentativo, nel delicato rapporto tra organizzazione/efficienza processuale e sistema di garanzie dell'imputato. Il segnale contenuto nella Relazione della Commissione di studio e confermato nell'attuazione della delega, ha, infatti, escluso uno spazio istruttorio nella fase predibattimentale, consentendo un controllo sull'imputazione formulata e sulla sua rispondenza agli atti, per il tramite del fascicolo del pubblico ministero.
Sembra, comunque, opportuno sperimentare in maniera decisa e fino in fondo la nuova leva organizzativa, valorizzando l'oralità dell'udienza e il contributo argomentativo che può fornire la difesa, cui viene riconosciuta un'occasione di approfondimento, grazie alla quale il giudice valuterà le questioni devolute alla sua attenzione al fine di evitare il giudizio.
Del resto, il legislatore, nel disegnare la nuova scansione, ha operato un bilanciamento tra le esigenze dell'economia processuale, fondanti gli obiettivi della riforma, con la riduzione complessiva nel 2026 del 25% della durata media del processo penale, e quelle dell'accertamento dei fatti sottoposti alla

[53] Sul tema, V. Gramuglia, *Revisione della disciplina del casellario giudiziale: le nuove disposizioni introdotte dal d.lgs. 2.10.2018 n. 122*, in www.penalecontemporaneo.it (10.1.2019).
[54] Nella *Relazione finale*, cit., della Commissione di studio si dà conto (a p. 30) dell'elevatissimo numero di esiti assolutori che si registra nei procedimenti in questione (l'incidenza delle condanne sui definiti, negli anni 2015-2019, è pari in media al 41% del totale).
[55] Sottolinea la circolare emanata dal Capo del Dipartimento per gli Affari di giustizia, il 20 ottobre 2022, in merito all'udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta, a p. 8 come «Questa udienza, che sembrerebbe evocare per similitudine l'udienza preliminare e contraddire apparentemente la scelta acceleratoria perseguita attraverso l'ampliamento dello *spatium operandi* della citazione diretta a giudizio, in realtà è stata immaginata con lo spirito di *liberare* la fase di cognizione istruttoria da tutte le cause di rallentamento e di stasi che ostacolano spesso la rapida definizione dell'accertamento dibattimentale. È, quindi, un'udienza destinata a fare ordine, selezione e filtro su ciò che richiede effettivamente una verifica dibattimentale mediante il ricorso alla *cross examination* nella formazione della prova. Resta ferma e preliminare ad assicurare la funzionalità della nuova disciplina la cura che il pubblico ministero saprà comunque assicurare nell'operare la sua selezione tra le scelte di azione e quelle di archiviazione».

disamina dell'autorità giudiziaria.
Peraltro, l'aver introdotto un vaglio giurisdizionale sulla fondatezza dell'accusa sembra una scelta coerente anche alla luce dell'estensione dei casi per i quali l'esercizio dell'azione penale può realizzarsi nelle forme del decreto di citazione diretta, essendo state incluse molteplici fattispecie criminose il cui trattamento sanzionatorio si colloca in un intervallo tra i quattro ed i sei anni di reclusione. In effetti, proprio questo intervento consigliava di non far perdere alla difesa un'occasione per evitare la fase del giudizio, facendo valere i propri argomenti ed elementi a favore.
Agendo sui tempi e sulla quantità dei procedimenti, l'opera di ristrutturazione del rito monocratico a citazione diretta sembra, così, un dato persuasivo per l'effettività della riforma del rito penale, l'obiettivo della ragionevole durata e al contempo il rispetto delle garanzie individuali, fornendo un risultato condivisibile da parte della comunità.

LA NOZIONE DI PROFITTO CONFISCABILE E LA NATURA DELLA CONFISCA: DUE INESTRICABILI E SEMPRE IRRISOLTE QUESTIONI

di Anna Maria Maugeri
(*Professoressa ordinaria di diritto penale, Università di Catania*)

La polisemica nozione di profitto confiscabile continua a rappresentare l'oggetto di vivaci contrasti giurisprudenziali che si riverberano anche nella determinazione della natura della forma di confisca in considerazione; contrasti che mettono a dura prova il principio di legalità e di proporzionalità, e che finiscono per stravolgere la stessa finalità politico criminale della misura di volta in volta in questione. L'articolo affronta le questioni cruciali in materia attraverso l'esame dei più recenti orientamenti giurisprudenziali: dalla delimitazione della nozione di profitto direttamente confiscabile e della natura della confisca diretta e per equivalente – anche alla luce della riforma Cartabia –, alle questioni concernenti l'ammissibilità della confisca del profitto risparmio, il carattere lordo o netto del profitto, la confisca del denaro, nonché il profitto confiscabile nel caso di "confusione" nel patrimonio di un'impresa. Il tutto nel tentativo di fornire un'interpretazione, anche alla luce del diritto comparato, conforme ai suddetti principi di legalità e di proporzionalità.
The polysemous concept of confiscable profit is still the object of huge conflicts in the jurisprudence, with effects also on the nature of the form of confiscation at issue. These conflicts result in the violation of the principle of legality and proportionality and end up distorting the political-criminal purpose itself of the measure from time to time in question. Through an analysis of the most recent case law the article deals with some crucial issues in this matter, in particular: the definition of the scope of directly confiscable profit; the nature of direct and equivalent confiscation, also in the light of the Cartabia reform; the admissibility of the confiscation of savings; the gross or net nature of the profit; the confiscation of money; the profit that can be confiscated in case of "confusion" in the assets of a corporation. By this way the Author elaborates an interpretation in compliance with the aforementioned principles of legality and proportionality, also in the light of comparative law.

SOMMARIO: 1. Premessa. La natura della confisca. – 1.2. La confisca per equivalente e la sua natura "surrogatoria/ripristinatoria/non punitiva". – 1.3. La recente riforma Cartabia in tema di esecuzione della confisca per equivalente: verso la natura punitiva. – 2. La nozione di profitto (surrogati e utilità). – 3. Profitto futuro e immateriale. – 4. Profitto lordo o netto. – 4.1. Le soluzioni adottate nel diritto comparato. – 4.2. Le opinioni contrarie all'adozione del principio del lordo. – 4.3. Le argomentazioni a favore del principio del lordo. – 4.4. Il principio del lordo moderato. – 4.5. La giurisprudenza italiana: il principio del lordo moderato. – 5. Profitto risparmio. – 5.1. Il risparmio come profitto illecito confiscabile nel diritto comparato. – 6. La confisca del denaro. – 7. Il profitto confiscabile nel caso di "confusione" nel patrimonio di un'impresa.

1. La nozione di profitto confiscabile è stata definita polisemica e la sua determinazione rappresenta un profilo delicato a causa delle divergenze che caratterizzano la giurisprudenza in materia, che tende talora a dilatare a dismisura tale nozione, mettendo a dura prova il principio di legalità.
Si dimentica che la confisca anche laddove non sia considerata una pena la cui applicazione deve rispettare l'art. 25 Cost., l'art. 7 Cedu e l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rappresenta, in ogni caso, un'ingerenza nel diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1 del I Protocollo CEDU, che deve essere prevista dalla legge (e applicata nei limiti previsti dalla legge) e

deve essere proporzionata allo scopo[1]; le interpretazioni estensive a dismisura, se non analogiche, del concetto di profitto finiscono per rendere non solo non tassativa l'applicazione della confisca, ma anche non "prevedibile" – nell'accezione "convenzionale" – e anche non proporzionata allo scopo, stravolgendo la stessa ratio e finalità politico criminale della misura di volta in volta in questione.

La nozione di profitto, infatti, deve essere determinata con riferimento alle differenti forme di confisca presenti nel nostro ordinamento, salvo poi circoscriverla ulteriormente in considerazione della precipua funzione di politica criminale perseguita dalla specifica forma di confisca in considerazione.

Tale definizione è fondamentale anche ai fini della determinazione dell'oggetto della confisca per equivalente, perché, come sottolineato dalle S.U. nella sentenza Miragliotta[2], ciò che rientra nell'originaria nozione di profitto confiscabile *ex* art. 240 Cp, o in base alle forme speciali di confisca diretta, non sarà oggetto di confisca per equivalente; la questione assume un particolare rilievo poiché nel nostro ordinamento non è ancora stata introdotta una disciplina generale della confisca per equivalente, che continua a essere prevista solo in relazione a specifiche – anche se ormai sempre più numerose – fattispecie.

La determinazione della nozione di profitto della confisca diretta dipende chiaramente anche dalla natura che si attribuisce a tale forma di confisca.

Al di là di tutte le diverse posizioni assunte in dottrina e in giurisprudenza in materia, anche in considerazione della qualificazione della confisca facoltativa del profitto *ex* art. 240 Cp come misura di sicurezza e della circostanza che le forme speciali di confisca del profitto assumono carattere obbligatorio, con la conseguenza che la dottrina ne evidenzia il carattere punitivo, si ritiene che la confisca del prodotto o del profitto del reato, laddove correttamente applicata, piuttosto che perseguire una finalità repressiva[3], risponde ad una finalità di compensazione o di riequilibrio dell'ordine economico violato, riportando la situazione patrimoniale del reo nelle condizioni in cui si trovava prima della consumazione del reato e così impedendo al reo di godere del frutto della sua attività in base al principio fondamentale che il crimine non rappresenta in uno Stato di diritto un legittimo titolo di acquisto di beni; la sottrazione del profitto accertato del reato non svolge, allora, una funzione afflittiva/repressiva, perché non comporta un sacrificio patrimoniale o una limitazione del diritto di proprietà per il reo[4]. Sarebbe una sorta di corrispondente penalistico dell'istituto civilistico dell'arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 Cc[5]. In questa direzione si sono pronunciate le Sezioni Unite nel caso Fisia Italimpianti, nonché Gubert[6] e Lucci[7], attribuendo alla

---

[1] Cfr. A.M. Maugeri, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della corte europea in tema di confisca*, in *Sequestro e confisca nel sistema penale*, a cura di M. Montagna, Torino 2017, 4 ss.

[2] **Cass. S.U. 6.3.2008 n. 10280, Miragliotta,** in *CEDCass*, m. **23870**; **cfr.** Cass. 14.6.2007 n. 30966, Puliga, in *CEDCass.* m. 236984.

[3] A. Alessandri, voce *Confisca nel diritto penale,* in *DigDPen*, vol. III, Torino 1989, 50; G. Grasso, *art. 240 Cp*, in M. Romano-G.Grasso-T.Padovani (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano 2011, 608; A. Melchionda, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di confisca*, in *RIDPP* 1977, 334; G. Sabatini, *La confisca nel diritto processuale penale*, Napoli 1943, 3; S. Ardizzone, *Appunti in tema di confisca*, in *Riv. dir. pub*. 1942, I, 246, 396.

[4] A.M. Maugeri, Voce *Confisca (Diritto Penale)*, in *ED*, vol. Annali VIII, Milano 2015, 191 ss.; Ead., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, 449 ss. In tale direzione nell'ordinamento spagnolo T. Aguado Correa, *El comiso*, Madrid 2000, 79 ss.; I. Blanco Cordero, *El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?*, in LA LEY 15.2.2011, 7.

[5] G. Wolters, *Die Neufassung der strafrechtlichen Verfallsvorschrift*, Baden-Baden 1995, 65 ss.; Cass. 4.6.2013 n. 24277.

[6] Cass. S.U. 5.3.2014 n. 10561, Gubert: "La confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto (che è diretta e non di valore) non ha una funzione sanzionatoria, ma quella di ripristinare l'ordine economico violato dal reato".

[7] Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci, in *CEDCass*, m. 264436, § 9, in particolare in relazione alla confisca del prezzo "9. Alla stregua di tali criteri può pervenirsi alla conclusione che la confisca del prezzo del reato non presenti connotazioni di tipo punitivo, dal momento che il patrimonio dell'imputato non viene intaccato in misura eccedente il pretium sceleris, direttamente desunto dal fatto illecito, e rispetto al quale l'interessato non avrebbe neppure titolo civilistico alla ripetizione, essendo frutto di un negozio contrario a norme imperative. Al provvedimento di ablazione fa dunque difetto una finalità tipicamente repressiva, dal momento che l'acquisizione all'erario finisce per riguardare una res che l'ordinamento ritiene – secondo un apprezzamento legalmente tipizzato – non possa essere trattenuta dal suo avente causa,

confisca del profitto una funzione di riequilibrio dello *status quo* economico antecedente alla consumazione del reato[8], natura confermata anche dalla disciplina dell'art. 6, comma 5, d.lgs. 231/2001 che sancisce che «è comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente», nell'ipotesi in cui l'ente non risulti responsabile; ciò in applicazione della clausola di esonero prevista dallo stesso art. 6 al comma 1, laddove l'ente riesce a dimostrare che il soggetto apicale ha agito nel suo esclusivo interesse, eludendo fraudolentemente i modelli organizzativi, pur in presenza dell'attività di controllo dell'organismo di vigilanza. La possibilità di applicare la confisca in mancanza della responsabilità dell'ente riflette chiaramente la natura non punitiva della confisca del profitto accertato; la confisca può essere applicata indipendentemente dalla responsabilità dell'ente proprio perché viene considerata come uno strumento di compensazione dell'equilibrio economico violato, limitandosi a garantire la restituzione di quanto non si ha diritto a detenere e non assume, quindi, un carattere punitivo[9].

---

in quanto, per un verso, rappresentando la retribuzione per l'illecito, non è mai legalmente entrata a far parte del patrimonio del reo, mentre, sotto altro e corrispondente profilo, proprio per la specìfica illiceità della causa negoziale da cui essa origina, assume i connotati della pericolosità intrinseca, non diversa dalle cose di cui è in ogni caso imposta la confisca, a norma dell'art. 240 Cp, comma 2, n. 2. Il fulcro della confisca del prezzo del reato sembra dunque da individuare proprio nelle caratteristiche del periculum che costituisce il nucleo delle misure di sicurezza, nel senso che, a differenza di quelle personali, la misura reale prende in considerazione una dimensione dinamica e relazionale del pericolo, attraverso un meccanismo che finisce per correlare fra loro la persona, la cosa ed il vincolo di pertinenzialità tra questa e lo specifico reato che viene in considerazione. Il connotato riparatorio, per stare al lessico della Corte EDU, e le finalità non repressive ma semmai preventive che orientano la confisca di ciò che ab origine non poteva entrare nel patrimonio dell'imputato, convincono del fatto che risulterebbe del tutto improprio affiancare una simile forma di confisca a quelle figure che una antica tradizione storica configurava come "punizione patrimoniale", conseguente – ma non correlata, quanto a derivazione "pertinenziale" – alla commissione di certi reati." In tale direzione Cass. S.U. 27.5.2021, n. 42415, Coppola, in *CP* 2022, n. 2, 555: "Ebbene, come innanzi ricostruita, la confisca diretta dei proventi monetari del reato non ha carattere afflittivo e, tantomeno, sanzionatorio. A tale riguardo, in effetti, non ha tanto rilievo la sua formale collocazione tra le misure di sicurezza, quanto il fatto che essa assolve unicamente una finalità ripristinatoria. L'ablazione ha ad oggetto, infatti, solo l'effettivo accrescimento monetario direttamente prodotto nel patrimonio del reo dal dimostrato conseguimento da parte sua del prezzo o profitto del reato consistente in una somma di denaro", con nota critica di F. Compagna, *La confisca diretta dei valori numerari, dalla progressiva erosione della legalità all'esplicita negazione dei diritti fondamentali*, in *CP* 2022, v. 63, n. 2, 555 ss.

[8] Cass. S.U. 27.3.2008, n. 26654, Fisia Italimpianti; cfr. anche Cass. 2.2.2012, n. 6248. Le Sezioni Unite della Suprema Corte, poi, nella sentenza Fisia sottolineano in maniera interessante non solo la finalità riparatoria del sistema sanzionatorio di cui al d.lgs. 231/2001 – evidenziando il disegno sotteso alle condotte riparatorie di cui all'art. 17, quale emerge anche dalla Relazione al decreto –, ma anche il ruolo svolto in tale contesto dalla messa a disposizione del profitto da parte dell'ente: «La *ratio* della disposizione è trasparente: visto che il profitto costituisce, di regola, il movente che ispira la consumazione dei reati, l'inapplicabilità della sanzione interdittiva postula inevitabilmente che si rinunci ad esso e lo si metta a disposizione dell'autorità procedente … In definitiva le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa».

[9] Cass. S.U. 27.3.2008 n. 26654, Fisia Italimpianti, che continua precisando: «In questa ipotesi, riesce difficile cogliere la natura sanzionatoria della misura ablativa, che si differenzia strutturalmente da quella di cui all'art. 19, proprio perché difetta una responsabilità dell'ente. Una parte della dottrina ha ritenuto di ravvisare in tale tipo di confisca una finalità squisitamente preventiva, collegata alla pericolosità del profitto di provenienza criminale. Ritiene la Corte che, in questo specifico caso, dovendosi – di norma – escludere un necessario profilo di intrinseca pericolosità della res oggetto di espropriazione, la confisca assume più semplicemente la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti, appunto economici, sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire (sia pure incolpevolmente) un profitto geneticamente illecito ... Ciò è tanto vero che, in relazione alla confisca di cui all'art. 6/5 c., non può disporsi il sequestro preventivo, considerato che a tale norma non fa riferimento l'art. 53 del decreto, che richiama esclusivamente l'art. 19»; Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci, cit., § 9: «D'altra parte, la sottrazione del prezzo del reato non pare lontana da quelle figure di tipo ripristinatorio che tendono a sterilizzare le accumulazioni di origine illecita, anche nelle ipotesi in cui faccia difetto una condotta colpevole. È il caso, ad esempio, della particolare figura di confisca prevista, per gli enti, dal d.lgs. 231/2001, art. 6, comma 5, per il quale, anche nei casi in cui l'ente non è chiamato a rispondere dell'illecito dipendente da reato, per aver posto in essere i cosiddetti compliance programs, "è comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente"». Con riferimento a quest'ipotesi, parla di forma di riequilibrio economico

Le Sezioni Unite hanno recentissimamente ribadito che "la confisca diretta dei proventi monetari del reato non ha carattere afflittivo e, tantomeno, sanzionatorio. A tale riguardo, in effetti, non ha tanto rilievo la sua formale collocazione tra le misure di sicurezza, quanto il fatto che essa assolve unicamente una finalità ripristinatoria. L'ablazione ha ad oggetto, infatti, solo l'effettivo accrescimento monetario direttamente prodotto nel patrimonio del reo dal dimostrato conseguimento da parte sua del prezzo o profitto del reato consistente in una somma di denaro"[10].
Ciò non toglie che tale scopo ripristinatorio supporta la finalità general e specialpreventiva della pena, perché la mancata sottrazione del profitto del reato frusterebbe la stessa finalità deterrente e rieducativa della pena, garantendo al reo nella peggiore delle ipotesi – anche in seguito all'espiazione di una pena detentiva – di godere del provento del reato; e, quindi, la confisca del profitto finisce per svolgere anche un'indubbia finalità specialpreventiva[11]. In tale direzione recentemente la Suprema Corte nel porsi il problema dell'ammissibilità dell'applicazione della confisca facoltativa del profitto anche in caso di prescrizione (pur facente seguito a condanna di primo grado), come previsto dalla giurisprudenza consolidata per le forme di confisca obbligatoria, evidenzia "una finalità comune a tali forme di confisca, costituita dalla volontà del legislatore (evincibile dalle sempre più numerose

A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 156; Ead., *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *RTrimDPenEc* 2013, 686 s.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Milano 1992, 876; R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova 2002, 168; Cass. 14.6.2006 n. 31989. Cfr. O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Milano 2010, 96, la quale ritiene che «questa confisca vive in una dimensione squisitamente preventiva e si lega al concetto di pericolosità reale, a sua volta desunta dalla provenienza criminale della cosa»; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna 2007, 328, cfr. 325 ss. la quale, invece, parla di «funzione *lato sensu* sanzionatoria»; A. Bernasconi, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità, in Responsabilità amministrativa delle società e degli enti* (La) 2011, n. 3, 219; G. Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato*, Torino 2005, 81. Altra parte della dottrina ritiene che l'applicazione della forma di confisca in questione dimostrerebbe come nonostante l'ente riesca a provare le condizioni di cui all'art. 6 l'esonero di responsabilità sia solo parziale, o comunque dimostrerebbe che la clausola di esonero inciderebbe solo sulla sanzione e non sulla responsabilità (D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *RIDPP* 2002, 429; Id.*; Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche,* in *ED Agg*., VI, 2002, 960; *contra* definisce la clausola di esonero come una scusante G. De Vero, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova 2002, 14; G. De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 107; C. Piergallini, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda-S. Seminara, Padova 2002, 76; cfr. G. Cocco, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *RIDPP* 2004, 101 ss.); G. Forti, *Uno sguardo ai piani nobili del d.lgs. 231/2001*, in *RIDPP* 2012, 1267 che parla di "forma di responsabilità per fatto incolpevole" riferendosi alla confisca *ex* art. 6, comma 5; conforme S. Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2017, nn. 1 – 2, 61. Tale interpretazione, pur possibile, sembra discutibile se vuole fondare una valutazione di responsabilità dell'ente sul presunto carattere punitivo di una tale forma di confisca (chiaramente un'interpretazione ampia della nozione di profitto rischierebbe, invece, di fondare una simile interpretazione).

[10] Cass. S.U. 27.5.2021 n. 42415, Coppola, con nota di F. Colaianni-D. Colombo, *Quando i soldi sono infetti. Una nuova pronuncia delle Sezioni Unite ribadisce che la confisca del denaro rinvenuto nel patrimonio del reo è sempre "diretta"*, in *www.sistemapenale.it* 8.7.2022.

[11] Cfr. S. Moccia, *La confisca come mezzo di contrasto al crimine organizzato*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. Patalano, Torino 2003, 381, sugli «interessanti contenuti di prevenzione speciale positiva» emergenti dalla «riscoperta della funzione riparatoria dei provvedimenti ablativi, sul modello dell'obbligo alla restituzione ed al risarcimento di cui all'art. 185 Cp»; A.M. Maugeri, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001*, Torino 2022, 132; F. Sbisà, E. Spinelli, *Responsabilità amministrativa degli enti*, Milano 2020.

ipotesi di confisca obbligatoria) di sterilizzare in chiave specialpreventiva ogni vantaggio economico conseguito attraverso la commissione di reati"[12].
E fin d'ora sembra necessario chiarire anche la natura della confisca di valore o per equivalente, che influenza chiaramente la portata della nozione del profitto confiscabile per equivalente.

1.2. In base ad un orientamento assolutamente prevalente della Suprema Corte e della Corte Costituzionale si attribuisce natura punitiva alla confisca per equivalente[13], in ragione della mancanza di pericolosità dei beni che ne costituiscono oggetto, unitamente all'assenza di un "rapporto di pertinenzialità" (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato ed i beni; si attribuisce, quindi, "una connotazione prevalentemente afflittiva e, dunque, una natura 'eminentemente

[12] "Tale finalità renderebbe irrilevante, ai fini del rapporto con una pronuncia prescrizionale, ogni distinzione tra confisca facoltativa e obbligatoria", così Cass. 12.2.2020, n. 7881 (caso Telecom-Sismi).
[13] C. cost., 2.4.2009 n. 97; C. cost., 20.11.2009 n. 301 ("Mentre quest'ultimo strumento, reagendo alla pericolosità indotta nel reo dalla disponibilità di tali beni, assolve a una funzione essenzialmente preventiva, la confisca per equivalente, che raggiunge beni di altra natura, «palesa una connotazione prevalentemente afflittiva ed ha, dunque, una natura "eminentemente sanzionatoria"); C. cost., 7.4.2017 n. 68 ("È infatti noto che il mero effetto ablativo connesso all'istituto della confisca non vale di per sé a segnare la natura giuridica della misura, perché «la confisca non si presenta sempre di eguale natura e in unica configurazione, ma assume, in dipendenza delle diverse finalità che la legge le attribuisce, diverso carattere, che può essere di pena come anche di misura non penale» (sentenza n. 46 del 19649"); C. cost., 5.12.2018 n. 223; C. cost., 10.5.2019 n. 112, in *GD* 2019 (26), 64 ("La confisca per equivalente prevista dall'art. 187-sexies impugnato condivide il tratto essenziale proprio delle altre ipotesi di confisca di valore finora vagliate dalla giurisprudenza di legittimità e anche da questa Corte (ordinanze n. 301 e n. 97 del 2009), con specifico riferimento al caso regolato dall'art. 322-ter del codice penale. Essa si applica a beni che non sono collegati al reato da un nesso diretto, attuale e strumentale, cosicché la privazione imposta al reo risponde a una finalità di carattere punitivo, e non preventivo. Del resto lo stesso legislatore si mostra consapevole del tratto afflittivo e punitivo proprio della confisca per equivalente, al punto da non prevederne la retroattività per i fatti che continuano a costituire reato (art. 187 del d.lgs. n. 58 del 1998)"); Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci (la confisca per equivalente è "connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza"); Cass. S.U. 5.3.2014 n. 10561, Gubert; l'Ufficio del Massimario - Settore Penale della Corte di cassazione, nella Relazione n. 41/14 del 17.6.2014; Cass. 16.10.2018 n. 46973, in *CP* 2018, nega la violazione dell'art. 27, comma 3, Cost. che sarebbe determinata dall'applicare una misura punitiva perché "la confisca per equivalente deriverebbe dal disvalore insito nella condotta delittuosa commessa dal legale rappresentante in seno alla società"; Cass. 19.2.2020 n.16103; Cass. 26.5.2010 n. 29724; Trib. Milano 20.4.2011, G.i.p. D'Arcangelo, n. 6733/10 R.G.N.R. – n. 7453/10 R.G.Gip.; Cass. 28.2.2012 n. 11768, B., in *RP* 2012 (7-8), 754; Cass. 23.10.2013, n. 45951; in relazione alla confisca in materia di reati tributari Cass. 4.7.2013, n. 36927. In tale direzione A. Alessandri, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. Dolcini-C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Milano 2006, 2108; Id., *La confisca*, cit., 107; G. Grasso, sub *art. 240*, cit., 613; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale – Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche*, Bologna 2007, 118; R. Acquaroli, *L'estensione dell'art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la pubblica amministrazione*, in *DPP* 2008, 251; A. Perini, *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *GI* 2009, 2075; S. Fùrfaro, *voce Confisca*, in *DigDPen Agg*., Tomo I, Torino 2005, 208 ss.; Id., *La confisca per equivalente tra norma e prassi*, in *GI* 2009, 2083; O. Mazza, *La confisca per equivalente fra reati tributari e responsabilità dell'ente (in margine al caso Unicredit),* in *www.penalecontemporaneo.it* 23.1.2012; G. Corso, *La confisca per equivalente non è "retroattiva"*, in *Corr. Trib*. 2009, 1775; M. Amisano, voce *La confisca per equivalente*, in *DDP Agg*., Tomo I, Torino 2008, 204; P. Auriemma, *La confisca per equivalente*, in *AP* (1) 2014, 14 s.; A. Bargi, *La rarefazione delle garanzie costituzionali nella disciplina della confisca per equivalente*, in *GI* 2009, 2071; Id., *"Processo al patrimonio" e principi del giusto processo: regole probatorie e regole decisorie nella confisca penale*, in A. Bargi-A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, I, Torino 2011, 41 s.; C. Benussi, *I delitti contro la Pubblica amministrazione – I. I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale parte* speciale, diretto da G. Marinucci-E. Dolcini), II ed., Padova 2013, 1395 ss.; G. Cocco, *Breviario delle confische speciali dei beni degli autori dei delitti contro la P.A. previsti nel Capo I del Titolo II*, in *Resp. civ. prev.* 2013, 729; F. Lasalvia, *Brevi riflessioni sulle "confische moderne"*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 12.2.2020; F. Mazzacuva, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in *CP* 2009, 3423; M. Pelissero, *Commento alla L. 29.9.2000 n. 300*, in *LP* 2001, 1026 e 1030; C. Santoriello, *La confisca del profitto del reato nel sistema punitivo nei confronti degli enti collettivi e delle persone giuridiche*, in *GI* 2009, 2090; F. Vergine, *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova 2012, 199 ss..

sanzionatoria' a tale forma di confisca, tale da impedire l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale della retroattività delle misure di sicurezza, sancito dall'art. 200 Cp"[14].
L'attribuzione di tale natura punitiva ha comportato una in qualche modo "coerente" applicazione di tale forma di confisca in chiave punitiva, al di là del rispetto del dettato normativo e, quindi, del principio di legalità.
Proprio in base a tale natura "punitiva" la Suprema Corte, anche a sezioni unite, con una notevole disinvoltura nell'ipotesi di concorso di persone ha applicato, infatti, tale forma di confisca *per intero* nei confronti di ciascun concorrente[15]; oppure ritiene che il sequestro e poi anche la confisca può attingere uno *qualsiasi* dei concorrenti, pur se l'intero importo del ritenuto prezzo o profitto dello stesso reato sorgente non sia affatto transitato, o sia transitato in minima parte, nel patrimonio del concorrente onerato dalla confisca, anche se poi la confisca complessivamente disposta non può eccedere l'ammontare del profitto[16] (magari in virtù del principio solidaristico che implica

[14] C. cost., 2.4.2009 n. 97; C. cost., 20.11.2009 n. 301.
[15] Cass. 28.7.2009 n. 33409, Alloum, in *CP* 2009, 3102: "*in caso di concorso di persone nel reato, la confisca "per equivalente" prevista dall'art. 648 quater può essere disposta per ciascun concorrente per l'intera entità del profitto*", "*non essendo esso ricollegato all'arricchimento personale di ciascuno dei correi, ma alla corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito*"; conforme Cass. 13.5.2010 n. 21027. Contra Cass. 20.1.2021 n. 4727 "in tema di corruzione, la confisca per equivalente prevista dall'art. 322-ter, comma 2, Cp, avendo natura sanzionatoria, non può coinvolgere indifferentemente ciascuno dei concorrenti del reato per l'intera entità del profitto accertato, ma deve essere commisurata al grado di partecipazione di ciascun concorrente al profitto, che può essere desunta, in assenza di elementi diversi, anche da criteri sintomatici idonei a corroborare il giudizio di responsabilità, fermo restando che, ove non risulti possibile utilizzare un criterio attendibile di riparto, è legittima la suddivisione dell'importo pro-quota. (Fattispecie in cui, a fronte del versamento al pubblico ufficiale della complessiva somma di trentamila euro da parte di due imputati, separatamente giudicati, la confisca è stata limitata all'importo da ciascuno esborsato)"; "la confisca per equivalente, che ha natura afflittiva e sanzionatoria (Sez. U. n. 31617 del 26/6/2015, Lucci, *CEDCass*, 264435) non può eccedere la concreta entità del grado di responsabilità del singolo concorrente, potendosi altrimenti prospettare una sanzione sproporzionata, non conforme neppure alla sfera dei principi convenzionalmente rilevanti, come desumibili dall'art. 7 C.E.D.U. e dall'art. 1 del Protocollo n. 1 della C.E.D.U., come interpretato dalla Corte di Strasburgo (si rinvia all'analisi del tema da parte di Corte E.D.U. Grande Camera, 28/6/2018, G.I.E.M. e altri contro Italia)". Cfr. Cour de cassation (2e ch., E) 11.9.2013, P.13.0505.F., in Rev. *Dr. Pén. Crim*. 2014, 131. Cfr. criticamente A.M. Maugeri, *La confisca per equivalente – ex art. 322 ter tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *RIDPP* 2011, 826 ss.; T. Epidendio, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Padova 2011, 102.
[16] Cass. S.U. 27.3.2008 n. 26654, Fisia Italimpianti; Cass. 25.10.2017 n. 49003, con nota critica di Sanfilippo, *Riciclaggio e profitto confiscabile: la "solidarietà nella pena" nel concorso di persone*, in *GI* 2018 (2), 447. Tra le altre Cass. 26.2.2020, n. 19091, che afferma: "2.1 Può ormai dirsi consolidato, invero, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui la confisca per equivalente ed il sequestro preventivo ad essa finalizzato possono interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, indipendentemente dalla quota del medesimo riferibile ad ognuno di loro, ed anche qualora il singolo correo non sia entrato nella disponibilità di alcuna parte del provento illecito. Tale soluzione applicativa si ritiene coerente con il principio solidaristico che ispira la disciplina del concorso di persone e che, di conseguenza, implica l'imputazione dell'intera azione delittuosa in capo a ciascun concorrente, nonché con la natura della confisca per equivalente, a cui va riconosciuto carattere eminentemente sanzionatorio (*ex multis* Sez. 6, n. 26621 del 10/04/2018, Ahmed, *CEDCass*, 273256; Sez. 2, Sentenza n. 5553 del 09/01/2014, Clerici, in *CEDCass*, m. 258342; Sez. 2, n. 45389 del 06/11/2008, Perino Gelsomino, *CEDCass*, m. 241974; Cass. 21.2.2007 n. 9786, Alfieri ed altri, in *CEDCass*, m. 235842). 2.2 Si tratta dunque di principi coerenti con la finalità anche dissuasiva e deterrente riferibile alla confisca di valore in considerazione della sua ormai pacifica qualificazione come sanzione (Sez. U., n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, in *CEDCass*, m. 264435), ed in linea con lo scopo di sottrarre alla disponibilità del reo qualsivoglia vantaggio economico derivante dalla commissione dell'illecito, anche quando non sia esperibile la confisca diretta. È dunque irrilevante quale sia la "quota" di profitto eventualmente incamerata dall'indagato o anche solo se egli abbia effettivamente ricavato una parte dello stesso a seguito della consumazione in concorso con altri del reato. Ciò che conta è solo che il suddetto profitto sia effettivamente conseguito e che lo stesso non sia più (in tutto o in parte) acquisibile nella sua identità fisica "storica" o in quella che gli autori del reato gli hanno impresso procedendo alla sua trasformazione". Ancora Cass. 1.8.2019, n. 37120; Cass. 10.4.2018 n. 26621; Cass. 5.12.2017 n. 56451; Cass. 14.11.2017 n. 1999; Cass. 16.11.2012 n. 8740; Cass. 6.7.2012 n. 35999; Cass. 31.5.2012 n. 20976; Cass. 16.5.2012 n. 30140, De Ferrari; Cass. 10.1.2012 n. 13562, Bocci; Cass. 12.10.2011 n. 1893, Manfellotto, *CEDCass*, 251797; Cass. 24.2.2011 n. 11969, Rossetti, in *CEDCass*, 249760, in *Riv. dir. trib*. 2011, 106; Cass. 24.1.2011 n. 13277, Farioli, *CEDCass*, 249839; Cass. 3.2.2010, n. 10810, Perrottelli, *CEDCass*, 246364. Cfr. D. Potetti, *Confisca per equivalente ex art. 322 ter Cp, sequestro preventivo e reato plurisoggettivo*, in *Riv. pen*. 2013, 608; Bianchi, *Sequestro*

l'imputazione dell'intera azione e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente[17]). O, ancora, la Suprema Corte ha applicato il sequestro per intero nei confronti di *ciascun* concorrente[18], anche laddove ritiene che la confisca si debba contenere nei limiti del profitto conseguito, o, in applicazione del principio di solidarietà passiva, applica il sequestro per intero contemporaneamente nei confronti dell'ente e delle persone fisiche responsabili del reato, in una sorta di "concorso di persone" tra persone fisiche e persone giuridiche, senza verificare a chi sia pervenuto il profitto e quindi delimitare il sequestro in tali limiti[19] (fermo restando che, laddove possibile, la Corte applica la confisca *ex* art. 322-ter nei confronti della persona fisica ed *ex* art. 19 e 53 d.lgs. 231/2001 nei confronti dell'ente[20]). O, ancora, si fa rientrare nel profitto confiscabile con la confisca per equivalente anche l'ammontare della sanzione irrogata per l'illecito tributario[21] o si ritiene applicabile anche se il profitto non è stato conseguito, perché reato di pericolo[22]; o si individua un profitto confiscabile per equivalente anche in relazione alla fattispecie di cui all'art. 10, d.lgs. 74/2000

---

preventivo funzionale alla confisca per equivalente del reato, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti* (La) 2012, n. 4, 149; *contra* V. Tutinelli, *Solidarietà fra ente e persona fisica in tema di sequestro per equivalente*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti* (La) 2009, 96; A. Buccisano, G. Ingrao, *Confisca per equivalente e reati tributari: limiti di applicazione e coinvolgimento del professionista*, in *Dialoghi Tributari* 2012, n. 4, 429 ss.; A.M. Maugeri, *Relazione introduttiva. I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato,* in *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano 2008, 16 ss.; V. Manes, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *CP* 2010, 117; L. Della Ragione, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *www.penalecontemporaneo.it* 13.11.2010.

Contra Cass. 9.7.2021 n. 38034, che stabilisce che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca può essere disposto nei confronti di ciascuno dei concorrenti nel reato non per l'intero importo del profitto, ma in relazione a quanto materialmente conseguito da ognuno; in questa direzione Cass. 10.6.2022, n. 33757, salvo il caso di "impossibilità di attribuire a ciascun concorrente la sua quota di profitto" in cui si ammette che "il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente può essere disposto per l'intero importo della quota di profitto".

[17] "e pertanto, una volta perduta l'individualità storica del profitto illecito, la sua confisca e il sequestro preventivo ad essa finalizzato possono interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, ma l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel "quantum" l'ammontare complessivo dello stesso; è dunque irrilevante quale sia la quota di profitto eventualmente incamerata dall'imputato o anche solo se egli abbia effettivamente ricavato una parte dello stesso a seguito della consumazione in concorso con altri", così Cass. 10.4.2018 n. 26621.

[18] Cass. 21.10.2020 n. 6607; Cass. 26.2.2020 n. 19091; Cass. 26.4.2018 n. 29395; Cass. 20.9. – 9.11.2007 n. 41499.

[19] Cass. 10.5.2018 n. 46973; Cass. 12.4 - 20.6.2018, n. 28437, in *GD* (33) 2018, 16; Cass. 12.7.2012 n. 10567, in *GD* (15) 2013, 55; Cass. 31.5.2012 n. 20976; Cass. 20.4.2012, A.S., in *www.leggiditalia.it*. *Contra* Furfaro, *Confisca per equivalente, responsabilità enti e parametri operativi*, in *GI*, 2007, 973, il quale sostiene che in base al rapporto di specialità che legherebbe la confisca prevista dall'art. 322-ter Cp e quella prevista nel d.lgs. 231/2001, è necessaria la preventiva escussione del patrimonio dell'ente e si giustifica un intervento nei confronti dei beni dell'autore diretto solo in caso di esito negativo di questo primo provvedimento.

[20] Cass. 10.5.2018 n. 46973: "In particolare, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente sui beni della persona fisica non richiede, per la sua legittimità, la preventiva escussione del patrimonio della persona giuridica nell'interesse della quale il reato è stato commesso (Sez. 3, 27/1/2011 n. 7138 *CEDCass*, 249398; Sez. 2, 20/12/2006 n. 10838/2007 *CEDCass*, 235827). Ed infatti, nessuna norma impone di perseguire il patrimonio della persona giuridica beneficiaria dell'utile determinato dal reato, prima di aggredire il patrimonio del soggetto concorrente nel reato medesimo".

[21] Cass. 4.7.2012 n. 11836; Cass. 23.10.2012 n. 45849, C., in *GD* (1) 2013, 81; Cass. 19 2012, n. 1256 e Cass. 10.11.2011 n. 1843, Mazzieri, in *CEDCass*, n. 253480. *Contra* Cass. 6.7.2021 n. 32897: "Con riferimento al reato di cui all'art. 2 d.lg. n. 74 del 2000, il profitto del reato dichiarativo di frode fiscale, suscettibile di confisca diretta o per equivalente, è costituito dal risparmio economico derivante dalla sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale e non può avere ad oggetto le sanzioni dovute a seguito dell'accertamento del debito, che rappresentano, invece, il costo del reato stesso, derivante dalla sua commissione. Tranne chiaramente nell'ipotesi di cui all'art. 11, c. 1, d.lgs. 74/2000 *Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, in cui il profitto si configura sempre come risparmio di imposta (sui redditi o sul valore aggiunto), ma anche come risparmio degli interessi o delle sanzioni amministrative relativi a dette imposte, essendo la condotta finalizzata a «sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a dette imposte di ammontare complessivo superiore ad euro cinquantamila».

[22] Cass. 3.7.2012 n. 25677. Cfr. A.M. Maugeri, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 710 ss. e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata.

(Occultamento e distruzione di scritture contabili), allorquando l'importo dell'evasione sia stato *aliunde* determinato[23]. O, ancora, si trasforma la confisca del profitto *ex* art. 322-ter, comma 2, Cp in una pena patrimoniale commisurata alla tangente che "non presuppone necessariamente il conseguimento, da parte del corruttore, di un profitto, stante la natura sanzionatoria della misura"[24]. In questi casi si viola il principio di legalità laddove si applica la confisca in casi non previsti e disciplinati dal legislatore, in mancanza di un "profitto" o considerando profitto ciò che non è tale; si finisce per violare il principio di colpevolezza, perché se la confisca di beni acquista carattere punitivo dovrebbe rientrare nella più ampia commisurazione della pena alla colpevolezza per il fatto; si viola il principio di proporzione perché la confisca-pena, che si cumula con le altre pene previste, rischia di determinare un sacrificio non proporzionato. Non solo, ma l'attribuzione di natura punitiva a tale forma di confisca porta alla coerente ma disfunzionale conseguenza per cui "l'esito positivo della messa alla prova … è incompatibile con la confisca per equivalente"[25], comportando che il reo potrà conservare il profitto del reato.

Tale orientamento sembra, in realtà, discutibile perché la confisca per equivalente, pur rappresentando il primo fondamentale modello che consente di sottrarre i profitti illeciti senza dover accertare il nesso di pertinenzialità con uno specifico reato, dovrebbe costituire una mera modalità di realizzazione della confisca del profitto accertato, connesso al reato[26], rimanendo una forma di riequilibrio economico [27]. Non ha la capacità di infliggere un *quid pluris* di afflittivo, o meglio punitivo e cioè una limitazione di un interesse, diritto, bene del destinatario della misura, laddove si limita a privare, anche se in forma equivalente, di quanto illecitamente conseguito attraverso il reato, e, quindi, di qualcosa che non si ha diritto a detenere, non essendo il reato un legittimo titolo di acquisto di beni[28] – ferma restando l'opportunità di garantire l'irretroattività della disciplina –; e, in ogni caso, dovrebbe assumere la stessa natura della confisca che consente di applicare nella forma equivalente[29]. Si tratta di un mero espediente tecnico che consente di sottrarre in forma diversa il

---

[23] Cass. 7.1.2020 n. 166. Assolutamente critico V. Maiello, *La confiscabilità del profitto nel delitto di cui all'art. 10, D.Lgs. n. 74/2000*, in *GI* (5) 2020, 1211 ss.

[24] Cass. 13.5.2010 n. 21027; contra Cass. 21.1.2016 n. 8044.

[25] Cass. 2.10.2019 n. 47104; Cass. 12.9.2019 n. 47101; *contra* Cass. 23.9.2020 n. 35738.

[26] Cass. 16.1.2004 n. 15455, Napolitano G.; Cass. 3.7.2002 n. 32797, Silletti.

[27] A.M. Maugeri, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *RTrimDPenEc* 2007, 489 ss.; Ead., *La confisca per equivalente* - ex *art. 322* ter, cit., 489 ss..

[28] In tale direzione Cass. S.U. 2.7.2008 n. 26654, Fisia Italimpianti.

[29] Cfr. A.M. Maugeri, *La lotta contro l'accumulazione*, cit., 489 ss..; Ead., *La confisca per equivalente*, cit., 826 ss.; conforme V. Mongillo, *Art. 322-ter*, in *Codice penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano 2010, 256; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione – I delitti dei pubblici ufficiali*, *Commentario sistematico*, II ed., Milano 2006, 254, parla di misura che mira «ad attuare un riequilibrio compensativo a favore della collettività», pur riconoscendo che l'aspetto (generalpreventivo-) repressivo già presente nella confisca tradizionale, si chiarisce e si accentua con l'espressa previsione della confisca di valore (p. 248). Cfr. M. Amisano, *op. cit*., 198 ss. sul significato di "equivalenza" anche attraverso il confronto con il diritto civile; V. Tutinelli, *Solidarietà fra ente e persona fisica*, cit., 96 il quale accentua l'obbligo restitutorio imposto con la confisca *ex* art. 19 d.lgs. 231/2001, equiparata alla sanzione civile *ex* artt. 185-187 Cp. Ancora critici rispetto alla presunta natura punitiva della confisca per equivalente T. Epidendio, *La confisca nel diritto penale*, cit., 86 ss. il quale precisa che «ritenere che la forma applicativa (per equivalente) di una confisca […] sia da sola sufficiente a determinare addirittura una trasformazione della "natura" dell'ablazione coattiva, è una tesi che suscita perplessità, posto che si farebbero dipendere garanzie fondamentali […] da una circostanza accidentale, quale l'impossibilità di procedere a confisca diretta o, peggio, la scelta inevitabilmente arbitraria di procedere ad una forma di confisca (diretta o per equivalente) piuttosto che all'altra»; F. Mucciarelli "*Profili generali*", in T. Epidendio-G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, Milano 2018, 105 - 129; E. Nicosia, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino 2012, 151; V. Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *RIDPP* 2015, 724; L. Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova 1997, 107; T. Trinchera, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino 2020, 390 ss. in base alla costruzione dogmatica autonoma della natura della confisca della ricchezza illecita, parla – ma non solo per la confisca diretta e per equivalente, ma anche allargata e preventiva - di un "carattere ripristinatorio o di neutralizzazione dell'arricchimento illecito", che non significa che a questa misura debba essere negato un ruolo *complementare* rispetto alla sanzione penale.

profitto del reato e di garantirne la sottrazione nonostante gli sforzi del reo di evitare e frustrare la confisca. Chiaramente tutto ciò presuppone che venga correttamente applicata.
D'altronde si osserva correttamente in dottrina che quand'anche si accolga la teoria che individua un concorso di persone tra l'ente e la persona fisica, o tra più persone giuridiche, la confisca dovrebbe essere strettamente commisurata alla misura del profitto effettivamente conseguito dal destinatario della misura o alla quota di profitto personalmente conseguita da ciascun concorrente, altrimenti la finalità di riequilibrio economico e di prevenzione generale della confisca verrebbe compromessa in quanto l'effettivo percettore del profitto illecito potrebbe continuare ad usufruirne[30], tranne che si applichi per intero nei confronti di ciascun concorrente assumendo la natura di una pena patrimoniale. Tanto è vero che la confisca per equivalente non può colpire con una ablazione parziale dei beni di valore superiore a quello del profitto qualora i beni non siano separabili senza diminuirne il valore complessivo, anche perché la disciplina delle diverse forme di confisca di valore previste nel nostro ordinamento, dall'art. 322-ter Cp all'art. 19, comma 2, d.lgs. 231/2001, non prevede la possibilità di infliggere al soggetto passivo un sacrificio ulteriore, come invece accadrebbe in caso di deprezzamento dell'intero dopo la suddivisione necessaria per separare il bene ovvero in caso di provvedimento ablativo che colpisse beni di valore superiore[31]. In tal senso appare più corretto quell'orientamento della Suprema Corte che sottolinea che nel sequestro ai fini della confisca l'importo non deve eccedere il valore del profitto, per evitare un'ingiustificata compressione dei diritti già nella fase cautelare[32]; il vincolo cautelare d'indisponibilità non dovrebbe essere esorbitante, eccedendo il valore del profitto, e non dovrebbe determinare ingiustificate duplicazioni, in quanto "dall'unicità del reato non può che derivare l'unicità del profitto"[33].
Sembra emergere, poi, una sorta di contraddizione nella giurisprudenza in esame: da una parte si tratta la confisca come se fosse una pena affermando il principio della solidarietà correale in base al quale la pena deve affliggere per intero ciascuno dei concorrenti proprio per realizzare la sua finalità afflittiva, dall'altra si applica il principio della solidarietà passiva tra i concorrenti e tra ente e persone fisiche, proprio delle misure riparatorie e affermato per le sanzioni amministrative (art. 6 l. 689/1981) e civilistiche[34]: "*Mentre il principio di solidarietà nell'obbligazione è diretto essenzialmente ad ottenere che l'infrazione (nella sua entità oggettiva) non resti (oggettivamente) impunita, senza che per questo rilevi l'effettiva incidenza della pena su ciascuno degli autori della lesione e soprattutto senza possibilità di modificare l'entità unitaria della pena, moltiplicandola per il numero dei colpevoli, in termini del tutto antitetici, la regola della responsabilità correale ha di mira l'afflizione dei soggetti cui la violazione è giuridicamente imputabile, afflizione che, proprio perché prescinde da una, corrispettiva, soddisfazione del soggetto leso, non può considerarsi come un quid astrattamente ed unitariamente individuato. Per cui la solvenza di uno dei trasgressori è di per sé in grado di far venir meno l'obbligazione degli altri, sebbene deve inderogabilmente colpire, in tutta la sua portata, ciascuno dei responsabili dell'illecito*"[35].

[30] C. Santoriello, *La confisca e la criminalità d'impresa*, in A. Bargi-A. Cisterna, *La giustizia patrimoniale penale*, cit., 863.
[31] Cfr. T. Epidendio, *Sequestro preventivo* speciale e confisca, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti* (La) 2006, n. 3, 97; C. Santoriello, *Sul sequestro per equivalente dei beni per i reati tributari della persona giuridica commessi nel suo interesse*, in *Il Fisco* 2011, 875.
[32] Cass. 17.3.2009, Paggiaro; Cass. 6.2.2009, Ramponi e altro; Cass. 7.12.2011, Valsecchi; Cass. 23.1.2013, Piccolo, n. 7078.
[33] E. Amati, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione* - Nota a Corte Costituzionale (sent.), ud. 5.11.2012 (dep. 15.11.2012), n. 252, in *DPenCont* 2013, n. 2, 151.
[34] Cfr. V. Tutinelli, *Solidarietà fra ente e persona fisica*, cit., 89 ss.; Cfr. A. Gaito, *Nuovi modelli di intervento penale: sequestro e confisca per equivalente*, in *GI* 2009, 2068 il quale evidenzia che si applicano così in materia penale le categorie civilistiche: si fa confusione tra l'obbligazione solidale di contenuto restitutorio e risarcitorio (art. 185 Cp) di "ristoro del danno" di stampo civilistico, e la confisca quale misura ablatoria tesa ad assicurare al patrimonio dello Stato il prezzo-profitto del delitto. In materia critico nei confronti della natura punitiva della confisca cfr. N. Raggi, *La pace con il Fisco blocca il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente?*, in *Corriere Tributario* 2012, n. 40, 3130.
[35] M.A. Sandulli, voce *Sanzioni Amministrative*, in *ED,* Roma 1992, vol. XXVIII, 1 ss.

Tale contraddizione è stata messa in evidenza dalla stessa giurisprudenza – minoritaria – della Suprema Corte laddove, pur salvando il principio della solidarietà passiva, ha sostanzialmente messo in discussione la natura sanzionatoria della confisca per equivalente precisando che non si può "affatto … trasferire la misura patrimoniale della confisca per equivalente nel panorama delle pene propriamente intese", innanzitutto per la sua "natura surrogatoria" rispetto alla confisca di proprietà essendo applicabile solo nella sfera giuridico patrimoniale dell'indagata laddove non sia stato "rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o il profitto del reato per cui si proceda, ma di cui sia ovviamente certa l'esistenza": "*non può certo presupporsi una sorta di novatio della misura, tale da trasformare il provvedimento ablatorio in una vera e propria pena patrimoniale.* È del tutto evidente, infatti, che *risulterebbe a dir poco eccentrica rispetto al sistema ed alla stessa tavola dei valori costituzionali, la possibilità di far discendere l'applicazione di una pena dalla semplice e casuale eventualità rappresentata dalla impossibilità di rinvenire* – e conseguentemente aggredire – il profitto o il prezzo del reato" (corsivo agg.). Non solo, ma evidenzia ancora la Suprema Corte che "ove il legislatore avesse davvero inteso imprimere alla confisca per equivalente le *stigmate* della sanzione criminale, non *si spiegherebbe la previsione della irretroattività sancita dal richiamato L. n. 300 del 2000, art. 15, bastando a tal fine il generale precetto sancito dall'art. 25, comma 2, della Carta Fondamentale*" (corsivo aggiunto)[36]. La Suprema Corte – in base a questo orientamento assolutamente minoritario –, insomma, nega espressamente la riconducibilità della confisca per equivalente alla categoria delle pene.

In diverse sentenze la Suprema Corte evidenzia, in realtà, che la confisca per equivalente si può applicare solo laddove non sia possibile la confisca diretta, come una sorta di suo *surrogato*, e nella *misura strettamente corrispondente al profitto accertato*[37]. La confisca per equivalente, implicando una "modificazione dinamica e non meramente ipotetica del patrimonio del soggetto agente" come emerge anche dalla Relazione al d.lgs. 231/2001, è azionabile solo nei casi d'impossibilità sopravvenuta di procedere alla confisca o al sequestro di proprietà, evitando che «l'ente riesca comunque a godere illegittimamente dei proventi del reato *ormai indisponibili* per un'apprensione con le forme della confisca ordinaria»[38]. Si precisa, ancora, che «per disporre la confisca per equivalente devono ricorrere i seguenti presupposti: a) l'impossibilità di procedere alla confisca diretta del prezzo o del profitto; b) l'equivalenza di valore tra i beni confiscati e il prezzo o il profitto derivante dal reato. … Si tratta comunque di una forma di confisca che trova il suo fondamento e limite nel vantaggio tratto dal reato e prescinde dalla pericolosità derivante dalla res, in quanto *non è commisurata né alla colpevolezza dell'autore del reato, né alla gravità della condotta* (corsivo aggiunto), avendo come obiettivo quello di impedire al colpevole di garantirsi le utilità ottenute attraverso la sua condotta criminosa. *Scopo di questo istituto è quello di superare le angustie della confisca "tradizionale"* (corsivo aggiunto), rispetto alla quale si pone in un rapporto di alternatività-sussidiarietà, per la sua attitudine a costituire un rimedio alle difficoltà di apprensione dei beni coinvolti nella vicenda criminale, cioè a supplire agli ostacoli connessi alla individuazione del bene in cui si incorpora il profitto e di consentire la confisca anche nel caso in cui l'apprensione del prezzo o del profitto derivante dal reato non sia più possibile in conseguenza dell'avvenuta cessione a terzi oppure a causa di forme di occultamento o, semplicemente, perché i beni sono stati consumati. … In sostanza, caratteristica comune della confisca per equivalente, nelle varie ipotesi previste, è che *"può" essere adottata solo se, per una qualsivoglia ragione, i proventi dell'attività illecita, di cui pure sia certa l'esistenza, non siano rinvenuti nella sfera giuridico-patrimoniale dell'autore del*

[36] Cass. 6.7.2006, n. 30729, Carere; Cass. Sez. VI, 10.1.2013, n. 19051, su *Guida dir*., 2013, 22, 67, con nota di G. Amato; Cass. Pen., Sez. II, 6.11.2012, n. 46295, Baldecchi. Cfr. A.M. Maugeri, voce *Confisca (diritto penale)*, cit., 201 ss.; Ead., *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 695 ss.; M. Romano, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *RIDPP* 2015, 1692 ss. cfr. D. Potetti, *Confisca per equivalente*, cit., 612.

[37] Cass. 11.5.2011, Gargiulo ed altri, in *CedCass*, m. 235356.

[38] Cass. 2.2.2012 n. 6248; Cass. 6.11.2012, n. 46295, Baldecchi, in *GD* 2013 (7), 63.

reato, perché consumati, confusi o trasformati, in tali casi intervenendo l'ablazione su beni svincolati dal collegamento fisico con il reato stesso» (corsivo aggiunto)[39].
Tali precisazioni della Suprema Corte sul carattere residuale e sussidiario della confisca per equivalente appaiono assolutamente importanti per prevenire quell'uso spregiudicato, prima esaminato, di tale strumento, quale *escamotage* per applicare sostanzialmente una pena patrimoniale ai concorrenti o quale *escamotage* utilizzata dall'accusa per sottrarre un presunto profitto in mancanza di un previo e valido accertamento – che dovrebbe avvenire in base ad uno standard penalistico – dell'originario profitto. *Una misura surrogatoria dovrebbe avere la stessa natura della confisca diretta, di proprietà, di cui assume carattere sussidiario*; laddove, allora, si attribuisce carattere di riequilibrio economico alla confisca di proprietà del profitto accertato si ritiene che possa essere attribuita una corrispondente natura alla confisca per equivalente.
L'opinione prevalente della dottrina e soprattutto della giurisprudenza di legittimità e costituzionale, come ricordato, è di contrario avviso, anche se poi continuano ad emergere dei segnali di incoerenza dell'ordinamento laddove, nonostante la presunta natura punitiva della confisca di valore, il legislatore ne prevede l'applicazione anche nei confronti del proposto *ex* art. 25 d.lgs. 159/2011 (disciplina introdotta già con le riforme introdotte dal d.l. 92/2008 e dalla l. 94/2009 nell'art. 2-ter l. 575/1965); come si può applicare una pena a un soggetto non condannato e di cui non sia accertata la colpevolezza? O ancora il legislatore consente da ultimo di applicare la confisca di valore *ex* art. 322-ter Cp, comma 2, anche in caso di prescrizione estendendo l'ambito di applicazione dell'art. 578-bis Cpp a tale forma di confisca con la l. 3/2019 (la Corte Costituzionale ammette l'applicazione in caso di prescrizione anche della confisca urbanistica, considerata pena dalla Corte Edu nel caso Sud Fondi[40]), in contrasto con quello stesso orientamento della Suprema Corte che aveva sempre escluso l'applicazione della confisca di valore in caso di prescrizione proprio in virtù della sua natura punitiva (per tutte S.U. Lucci, 2015)[41].
Tanto è vero che per giustificare la confisca di valore anche in caso di prescrizione *ex* art. 578-bis Cpp la Suprema Corte incomincia a parlare di "natura solo 'parzialmente sanzionatoria' della confisca di valore – in quanto connotata piuttosto da una funzione ripristinatoria diretta al riallineamento degli squilibri patrimoniali generati dall'illecito"[42] (fermo restando che il problema è risolto in radice con la riforma *in peius* dei termini prescrizionali introdotta nell'art. 159 Cp ad opera della l. 3/2019, salva l'introduzione della disciplina dell'improcedibilità e il nuovo art. 578-ter Cpp – introdotto con il d.lgs. 17.10.2022, n. 150, art. 33, n. 1, lett. *c* – che non consente l'applicazione della confisca, – tranne nell'ipotesi di cui all'art. 240, comma 2, n. 2, come emerge dalla relazione illustrativa –, ma rinvia alla disciplina della confisca di prevenzione[43]). Il tutto aggravato in un primo momento

[39] Cass. 10.1.2013 n. 19051, su *GD* 2013 (22), 67, con nota di G. Amato, *Non serve dimostrare il "nesso di pertinenzialità" tra reato e cose da sottoporre alla misura ablatoria*; conforme Cass. 6.11.2012 n. 46295, Baldecchi, in *GD* 2013, 7, 63. Cass. 28.3.2018, n. 46709: "Il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, non basandosi sul nesso di pertinenzialità della 'res' rispetto al reato, è legittimo soltanto se i proventi dell'illecito non sono rinvenuti nella sfera giuridico - patrimoniale dell'indagato o, nel caso di reati tributari commessi dal legale rappresentante di una persona giuridica, non sono rinvenuti nella sfera patrimoniale dell'ente nel cui interesse il reato tributario è stato commesso, dovendo farsi ricorso a questo istituto solo quando non sia possibile procedere al sequestro diretto del profitto, del prodotto o del prezzo del reato"; Cass., 27.5.2020 n. 25609: "La confisca di valore è possibile solo se il tentativo di aggressione diretta del profitto si sia rivelato infruttuoso per l'indisponibilità materiale di beni da apprendere".
[40] Purché sia pronunciata una condanna in primo grado e la valutazione di responsabilità sia confermata, ai soli fini della confisca, nei gradi successivi
[41] Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci, cit.; conformi Cass. 25.1.2013 n. 21192; Cass. 6.12.2012 n. 18799.
[42] Cass. 2.4.2021 n. 19645.
[43] Cfr. F. Menditto, *La riforma penale (l. n. 134/2021): le disposizioni in materia di sequestro e confisca dello schema di decreto delegato presentato dal governo*, in www.sistemapenale.it 14.9.2022, 4 ss. «Art. 578-ter (Decisione sulla confisca e provvedimenti sui beni in sequestro nel caso di improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione). - 1. Il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare l'azione penale improcedibile ai sensi dell'articolo 344-bis, dispongono la confisca nei casi in cui la legge la prevede obbligatoriamente anche quando non è stata pronunciata condanna. 2. Fuori dai casi di cui al comma 1, se vi sono beni in sequestro di cui è stata disposta confisca, il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare l'azione penale improcedibile ai sensi

dall'applicazione retroattiva dell'art. 578-bis Cpp perché considerata "norma di natura processuale, come tale soggetta al principio '*tempus regit actum*'"[44]; le Sezioni Unite, però, sono intervenute riconoscendo che l'**art. 578-bis Cpp non** *sia* **applicabile retroattivamente** *in ipotesi di confisca per equivalente,* «*trattandosi di disposizione di* ***natura anche sostanziale*** *soggetta al* ***divieto di retroattività*** *della norma* **in malam partem** *ex art. 25 Cost.*»[45].

Ritornando alla questione della natura della confisca di valore, si deve ricordare, ancora, che in realtà un'espressione ambigua, quasi un *obiter dictum*, si trova nella sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2019 che afferma che "In presenza, insomma, di una ragionevole presunzione che il bene, di cui il soggetto risulti titolare o abbia la materiale disponibilità, sia stato acquistato attraverso una condotta illecita – presunzione a sua volta fondata sul puntuale riscontro, da parte del giudice, dei requisiti dettati dalla normativa in esame –, o a fortiori in presenza di prove dirette di tale origine illecita, il sequestro e la confisca del bene medesimo non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta; bensì, più semplicemente, quello di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all'ordinamento giuridico, o comunque di far sì (eventualmente attraverso la confisca per equivalente) che venga neutralizzato quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non potrebbe godere". La Corte sembra far rientrare anche la confisca per equivalente nella categoria della confisca di carattere ripristinatorio, in cui fa rientrare anche la confisca allargata *ex* art. 240-bis Cp e la confisca di prevenzione *ex* art. 24 e 34 d.lgs. 159/2011.

In generale e in prospettiva *de iure condendo*, si ritiene che, da una parte, il legislatore italiano dovrebbe prevedere l'introduzione del carattere obbligatorio della confisca del profitto e del prodotto come previsto nell'art. 4 della Direttiva n. 42/2014, piuttosto che continuare a prevedere il carattere obbligatorio solo della confisca del prezzo, mantenendo questa obsoleta distinzione tra prezzo e profitto; dall'altra parte, si dovrebbe introdurre una disciplina generale della confisca per equivalente nell'ambito dell'art. 240 Cp come forma surrogatoria della confisca diretta del profitto (che presuppone l'accertamento del profitto e del suo ammontare), ponendo fine tra l'altro alle problematiche in materia di successione di leggi determinate dalla successiva introduzione di sempre nuove forme di confisca di valore, o a forzature interpretative del concetto di profitto, connesse alla mancata previsione di tale forma di confisca per talune fattispecie, come si esaminerà.

In tale direzione non solo l'art. 4, Direttiva n. 42/2014 prevede il carattere obbligatorio della confisca per equivalente per i c.d. Eurocrimes, ma il carattere obbligatorio della confisca di valore era già previsto dalla decisione quadro 500/2001 e dall'art. 2 della Decisione quadro 212/2005, che rimane in vigore anche dopo l'entrata in vigore della direttiva, per tutti i reati puniti con pena detentiva superiore a un anno. Il nostro legislatore con il d.lgs. 202/2016 ha proceduto ad estendere alle fattispecie considerate dalla Direttiva l'applicazione della confisca di valore (e della confisca allargata *ex* art. 12-sexies, d.l. 306/1992, ora art. 240-*bis* Cp), perlomeno laddove non fosse già prevista[46], introducendo, tra l'altro, all'interno dell'art. 240 Cp la confisca obbligatoria del profitto e del prodotto, anche nella forma per equivalente, solo in relazione ai c.d. reati informatici espressamente rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva, determinando l'anomalia incomprensibile per cui in una norma che contiene la disciplina generale della confisca, viene inserita una forma speciale di confisca di valore.

---

dell'articolo 344-bis, dispongono con ordinanza la trasmissione degli atti al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto o al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo competenti a proporre le misure patrimoniali di cui al titolo II del Libro I del decreto legislativo 6.9. 2011, n. 159. 3. Il sequestro disposto nel procedimento penale cessa di avere effetto se, entro novanta giorni dalla ordinanza di cui al comma 2, non è disposto il sequestro ai sensi dell'articolo 20 o 22 del decreto legislativo 6.9. 2011, n. 159.».

[44] Cass. 2.4.2021 n. 19645.

[45] Cass. S.U. **ud. 29.9. 2022, informazione provvisoria n. 15/2022.**

[46] T. Trinchera, *Introdotte nuove ipotesi speciali di confisca per dare attuazione alla direttiva 2014/42/UE. D.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202,* in www.penalecontemporaneo.it 1.12.2016; A.M. Maugeri, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis Cp: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018),* in *AP Speciale Riforme (Web)* e cartaceo, ss.

Si deve ricordare a tal proposito che nel considerando n. 14 della Direttiva si precisa che la confisca per equivalente può essere concepita come: sanzione sussidiaria alla confisca diretta, e quindi applicabile solo laddove, pur avendo accertato la sussistenza del profitto e il suo ammontare, non è più possibile sottrarlo direttamente; oppure come misura alternativa, una sorta di confisca autonoma che può consentire di colpire anche delle forme di profitto che non potrebbero essere oggetto della confisca diretta, come ad esempio il profitto immateriale o il profitto risparmio.
Molti ordinamenti stranieri prevedono già da molti anni il carattere obbligatorio della confisca dei profitti e della confisca di valore con una disciplina di carattere generale che si applica a tutti i reati. E anche in Italia la legge comunitaria 2007 (l. 34/2008), un decreto legislativo cui non è stata data attuazione, prevedeva già l'introduzione di una serie di principi direttivi per adeguare la disciplina interna alle indicazioni dell'art. 2 della Decisione quadro 212/2005, sia in relazione alla confisca degli strumenti sia in relazione alla confisca dei profitti del reato (all'art. 31). Si prevedeva, ad esempio, nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti la necessità di garantire l'obbligatorietà della confisca del prodotto e del prezzo del reato, nonché del profitto, derivato direttamente o indirettamente dal reato, e del suo impiego, nella parte in cui non debbano essere restituiti al danneggiato; si introduceva, inoltre, l'obbligatorietà della confisca per equivalente del prezzo, del prodotto o del profitto del reato, con eccezione dei beni impignorabili ai sensi dell'art. 514 Cpc.[47].

1.3. Fermo restando tutto ciò, da ultimo, però la recentissima riforma Cartabia in materia di esecuzione della confisca di valore sembra ispirata proprio dall'accoglimento della natura punitiva di tale forma di confisca.
L'art. 1, comma 14, lett. *a*, prima parte, l. 134/2021 prevede, nell'esercizio della delega prevista dal comma 1, modifiche al codice di procedura penale e alle relative norme di attuazione, di coordinamento e transitorie, al fine di disciplinare la «esecuzione della confisca per equivalente, quando non ha a oggetto beni mobili o immobili già sottoposti a sequestro…con le modalità di esecuzione delle pene pecuniarie». In attuazione della legge delega, l'art. 41, lett. *i*, n. 2, del decreto inserisce all'art. 86 disp. att. Cpp il comma 1-bis, secondo cui «Qualora sia stata disposta una confisca per equivalente di beni non sottoposti a sequestro o, comunque, non specificamente individuati nel provvedimento che dispone la confisca, l'esecuzione si svolge con le modalità previste per l'esecuzione delle pene pecuniarie, ferma la possibilità per il pubblico ministero di dare esecuzione al provvedimento su beni individuati successivamente al provvedimento di confisca». Per evitare incertezze la disposizione precisa che la regolamentazione riguarda ogni caso in cui i beni non siano «specificamente individuati nel provvedimento che dispone la confisca».
Vi rientrano tutte "le ipotesi possibili in cui manchi il previo sequestro di beni (ad esempio, di aziende o quote sociali, con i corrispondenti beni aziendali, pur consentito dall'art. 104 disp. att. Cpp e di frequente applicazione), ovvero il provvedimento di confisca non precisi i beni che devono intendersi confiscati perché individuati nel corso del processo e non sottoposti a sequestro"[48].
Si deve ricordare a tal proposito che il sequestro per equivalente può essere disposto – normalmente dal gip – nei limiti del *quantum* corrispondente al profitto/prezzo del reato, senza necessità di individuare i beni da apprendere, attività riservato alla fase esecutiva demandata al pubblico ministero. Il giudice della cognizione, nel disporre la confisca, in assenza di previo sequestro, indica solo l'importo complessivo da apprendere, spettando al pubblico ministero l'individuazione dei beni nella fase esecutiva, dopo la confisca definitiva; altrimenti sarà il giudice dell'esecuzione, stante la natura obbligatoria della confisca, a disporla sempre con la sola indicazione del quantum in fase esecutiva, qualora il giudice della cognizione non vi abbia proceduto.
L'esecuzione di tale forma di confisca con le modalità previste per le pene pecuniarie, e, quindi, con l'art. 660 Cpp, è stata già adottata dall'art. 735-bis Cpp, in cui manca il previo sequestro, per

[47] A.M. Maugeri, *La lotta contro l'accumulazione*, cit., 777.
[48] F. Menditto, *op. cit.*, 23.

l'esecuzione di provvedimenti resi da Autorità straniere. Tale scelta di regolamentare l'esecuzione della confisca per equivalente con le modalità della pena pecuniaria è stata valutata positivamente da chi evidenzia che "la confisca per equivalente, come per le condanne a pena pecuniaria, comporta, per il destinatario l'obbligo di corrispondere un importo pecuniario, e per lo Stato consiste in un titolo esecutivo per quel medesimo importo"[49].
Ne consegue che in materia si dovrà applicare il procedimento disciplinato dal nuovo testo dell'art. 660 Cpp, introdotto dall'art. 38, comma 1, lett. *c,* dello schema, in applicazione dell'art. 1, comma 16 della l. n. 134/2021, con la conseguenza che "si potrà giungere, dunque, accertato il mancato pagamento alla conversione prevista dai nuovi testi degli artt. 660 Cpp, 102, 103 l. n. 689/1989, anche nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo ovvero, se il condannato si oppone, nella detenzione domiciliare sostitutiva".
Una simile disciplina rappresenta *una chiara presa di posizione del legislatore a favore della natura punitiva di tale forma di confisca, perché le sanzioni sostitutive sono compatibili solo con una simile natura,* finendo per far prevalere legislativamente quest'interpretazione consolidata nella prassi giurisprudenziale che però, come esaminato, comporta delle *derive punitive* nell'uso di tale strumento, nonché delle forzature interpretative, con esiti incoerenti e piuttosto irrazionali; interpretazione che non è coerente con la mera natura surrogatoria o, meglio, con la preminente mera finalità di carattere ripristinatorio di tale forma di confisca.
Del resto la relazione illustrativa conferma l'impressione che alla base di tale disciplina ci sia una precisa scelta di politica criminale a favore della natura punitiva di tale forma di confisca, laddove richiama l'art. 1 comma 16 della l. n. 134/2021, che delega il Governo a modificare la disciplina in materia di esecuzione e conversione delle pene pecuniarie: "In attuazione della legge delega, pertanto, la nuova disciplina dell'esecuzione della pena pecuniaria troverà applicazione, in quanto compatibile, anche per l'esecuzione della confisca per equivalente. *Ciò è coerente con la natura di sanzione penale riconosciuta come propria di tale forma di confisca dalla giurisprudenza e dalla dottrina. La conversione della confisca per equivalente in una pena sostitutiva,* finalizzata alla coercizione dell'adempimento, ove possibile, è d'altra parte misura già prevista in altri ordinamenti europei e giudicata compatibile con il diritto UE (cfr. Corte di Giustizia, Prima Sezione, 10 gennaio 2019, Causa C-97/18 ET). Essa è d'altra già prevista dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, richiamata dal citato art. 735 bis c.p.p.» (corsivo aggiunto)[50].
Proprio tale possibilità di conversione è stato uno degli argomenti utilizzati dalla Corte Edu per ricondurre alla nozione di *punishment* il *confiscation* britannico nel caso Welch[51]. La Corte europea aveva affermato la natura penale di questa forma di confisca in base ad una serie di aspetti dai quali sarebbe emerso il suo carattere punitivo, accanto a quello preventivo; ciò in considerazione della nozione sostanziale di pena espressa dalla giurisprudenza della Corte europea e, quindi, alla luce dei c.d. criteri Engel, che consentono di "*looking behind appearances at the realities of the situation*"[52]: la possibilità di applicare una pena detentiva in caso di insolvenza del condannato è uno degli elementi che, ad avviso della Corte, forniscono un'indicazione forte di un regime punitivo[53].

[49] Idem.
[50] Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, 178; cfr. in materia G. Pestelli, *Brevi note critiche sull'esecuzione della confisca per equivalente non preceduta da sequestro preventivo nel nuovo decreto delegato di riforma del processo penale*, in www.sistemapenale.it 21.10.2022.
[51] C. eur., 9.2.1995 (1/1994/448/527), *Welch v. United Kingdom*, n. 17440/90, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1995, Série A, vol. 307, 1 ss., § 27 ss. - 34 (*LP* 1995, 522).; C. eur., 12.12.2001, Phillips, n. 41087/98.
[52] C. eur., *Welch*, cit..
[53] C. eur., *Welch*, cit., § 29 ss. Si osserva, innanzitutto, che il *confiscation* è connesso con un reato e presuppone, infatti, una condanna per traffico di stupefacenti. In relazione alla natura e allo scopo della misura si evidenzia che la sanzione in esame è stata introdotta con l'*Act* del 1986 per superare l'inadeguatezza dei precedenti strumenti di *forfeiture*, consentendo alle corti di sottrarre i profitti che erano stati convertiti in altri beni patrimoniali; una legislazione che attribuisce così ampi poteri di confisca persegue anche lo scopo di punire il reo. Gli scopi preventivi e riparativi possono coesistere con quello punitivo e possono essere considerati come elementi di una vera e propria pena. In diverse sentenze

Tale scelta legislativa sembra assolutamente discutibile e finisce anche per compromettere l'efficienza della confisca di valore, strumento che potrà funzionare solo nella misura in cui si procederà al diretto sequestro e confisca di valori, sia nella forma del denaro sia nella forma di altri beni; proprio tale diretta modalità di esecuzione ha determinato negli ultimi decenni il successo della confisca rispetto alle tradizionali sanzioni, compresa quella pecuniaria. Legare l'esecuzione di tale misura alla disciplina della pena pecuniaria non sembra una scelta vincente, considerando i ben noti problemi di inefficienza di tale sanzione nel nostro ordinamento, come evidenziato anche dalla Corte Costituzionale[54]. Come correttamente rilevato, la procedura prevista finirà per svuotare di efficacia lo strumento in esame in quanto "È evidente infatti che, se prima di procedere alla confisca di un bene, il P.M. debba intimare preventivamente al condannato di pagare e, solo in caso negativo, decorsi infruttuosamente i termini dilatori previsti dalla norma, possa procedere in tal senso, anche il più sprovveduto dei criminali potrà eludere con facilità l'azione esecutiva e disfarsi rapidamente dei propri beni, occultandoli ovvero intestandoli a prestanome, avendo tutto il tempo e il modo di farlo comodamente"; a parte l'irrazionalità del sistema che ne deriva rispetto all'ipotesi in cui la confisca per equivalente sia proceduta dal sequestro di beni specifici o di denaro[55]. L'unica ancora di salvezza è rappresentata dalla seconda parte della disposizione in esame, che fa salva la possibilità del P.M. di procedere alla confisca su beni individuati successivamente («ferma la possibilità per il pubblico ministero di dare esecuzione al provvedimento su beni individuati successivamente»), per quanto contraddittoria con la precedente disciplina che rimanda alla disciplina di esecuzione della pena pecuniaria, l'auspicio è che – salvi interventi normativi correttivi – tale eccezione continui a rappresentare la regola[56].

In realtà altri ordinamenti hanno una disciplina simile laddove, ad esempio, nell'ordinamento francese la dottrina ritiene che la confisca di valore agirebbe come un'ammenda supplementare[57], dall'evidente carattere di pena pecuniaria[58], qualora la cosa da confiscare non possa più essere sequestrata ("*saise ou représentée*"). Nell'ordinamento britannico, come accennato, già a partire dal *Drug Trafficking Offences Act 1986* il *confiscation* – una forma di confisca allargata del profitto del reato, che colpisce tutto il patrimonio del reo accumulato nei sei anni precedenti la realizzazione del fatto, in base alla presunzione che tutto ciò che appartiene al reo è profitto del reato – costituisce un provvedimento *in personam* e non *in rem*, nel senso che il reo viene condannato al pagamento di una somma di denaro di valore corrispondente ai presunti profitti illeciti (si tratta di una confisca di valore, che costituisce una sorta di sanzione pecuniaria commisurata all'ammontare dei profitti del reato)[59]. Tale disciplina si ritrova anche nel Proceeds of Crime Act 2002[60] e successive riforme ("confiscation order" is an order made personally against a defendant to pay a sum of money equivalent to some or all of their benefit from crime, depending on the assets available to the defendant. The defendant is

---

dei tribunali inglesi si considera tale sanzione come una pena, anche se questo criterio non è considerato decisivo, così come la gravità della sanzione. Aspetti decisivi sono: le presunzioni che tutti i beni acquistati nei sei anni precedenti il procedimento rappresentano il provento del traffico di droga a meno che il reo provi il contrario; il fatto che il provvedimento di confisca sia diretto contro i profitti coinvolti nel traffico di stupefacenti e non è limitato all'attuale arricchimento o profitto; la discrezionalità del giudice, nel fissare l'ammontare del provvedimento, di prendere in considerazione il grado di colpevolezza dell'accusato; e, come ricordato, la possibilità di applicare una pena detentiva in caso di insolvenza.

[54] C. cost., 20.12.2019, n. 279.

[55] G. Pestelli, *op. cit.*, 7.

[56] Cfr. *Idem*.

[57] Cfr. J. Pradel, *Le nouveau Code pénal — Partie générale*, Paris 1994, p. 148; Id., *Droit pénal*, *op. cit.*, 1995, p. 672; H. Leclerc, *Le nouveau Code pénal*, Paris 1994, p. 65; H. Matsopoulou, *La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal*, in *Rev. sc. crim.* 1995, 312; G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Droit pénal général*, Paris 1992, 419.

[58] Cfr. F. Desportes, F. Le Gunehec, *Le nouveau droit penal*, Tome I, *Droit pénal général*, Paris 1996, 614.

[59] A. Mitchell Hinton & S. Taylor, *on Confiscation And The Proceeds of Crime*, First Edition, London 1992; First supplement to the First Edition, London 1995; Second Edition, London 1997, 125.

[60] POCA 2002 6. Making an order.

If the court decides under subsection (4)(b) or (c) that the defendant has benefited from the conduct referred to it must—(a)decide the recoverable amount, and (b)make an order (a confiscation order) requiring him to pay that amount.

not obliged to realise any particular asset to satisfy the order, as long as the sum of money is paid"). In base a tale disciplina, inoltre, quando emette l'ordine di confisca, la *Crown Court* deve stabilire anche la misura di pena detentiva da scontare in caso di mancato pagamento; la scelta della pena detentiva viene determinata in base agli stessi parametri applicati per le pene pecuniarie, per le quali è predisposta una tabella che indica quanti giorni di pena detentiva corrispondono ad una determinata pena pecuniaria[61]. Il reo può scegliere se pagare o se subire l'ulteriore periodo di detenzione[62]; in tal modo si fa assumere al *confiscation order* un carattere punitivo. Come evidenziato, però, dalla "Law Commission Reforming the law" nel suo *final report* del 9 novembre 2022[63], proprio il fatto che il provvedimento di confisca è inteso come un'obbligazione a pagare una somma di denaro corrispondente al valore dei profitti rende il sistema complesso e inefficace: "A confiscation debt running into the billions of pounds has led to a perception that the current confiscation regime is ineffective. As of 31st March 2021, the outstanding debt of unrecovered confiscation orders amounts to more than £2 billion. There is strong consensus that the current regime is inefficient, complex and ineffective – with weak enforcement mechanisms restricting its ability to consistently recover criminal funds". Per reagire a tale inefficienza la Commissione propone, tra l'altro, di rafforzare i poteri della Corte di emettere "*restraint orders*" sui beni[64].

Nell'ordinamento tedesco si chiarisce, invece, che la confisca di valore, il *Wertersatzverfall*, oggi *Einziehung des Wertes von Taterträgen* – che serve a coprire una lacuna per i casi nei quali la confisca del vantaggio patrimoniale realizzato non è possibile per determinate ragioni[65] e che si applica purché i vantaggi economici siano affluiti al patrimonio dei partecipanti al fatto – deve colpire un

---

[61] Cfr. 35 POCA, Enforcement as fines; Serious Crime Act 2015, chapter 9, sec. 10, Default sentences (il Serious of Crime Act 2015 ha emendato la Part 2 del POCA 2002); R v Malhi [2016] EWCA Crim 2025. La pena detentiva deve essere utilizzata solo laddove ogni altro strumento per indurre al pagamento è insufficiente, come emerge anche dalla giurisprudenza in materia, cfr. tra le altre Court of Appeal, *R.v.Harrow Justice, ex p. Director of Public Prosecutions*, 27.3.1991, 1 *W.L.R.* 1991, 395. Cfr. Forensic Accounting, *How Does a Confiscation Order Work?*, 24.1.2022; A. Mitchell Hinton & S. Taylor, *op. cit., Second edition*, 98; C. Kirkbride, *Confiscation Orders: Avoid a 'Determination' by 'Taking a View' R y Hilton (Northern Ireland) [2020] UKSC 29,* in *Journal of criminal law*, v. 85, n. 1, 2021, 54 ss.

[62] Cfr. Queen's Bench Division, 5.12.1997, *R v Liverpool Magistrates' Court ex parte Ansen,* in 1 *All ER* 1998, 692; Court of Appeal, 5.12.1996, *R v Clark and another*, in 4 *All ER* 1997, 803.

[63] Confiscation under Part 2 of the Proceeds of Crime Act 2002 | Law Commission.

[64] La Commissione ha proposto, tra l'altro, di attribuire alla Corte il potere di pronunciare "contingent enforcement orders" e di rafforzare i poteri di sequestro della Corte: "Give courts the power to impose "contingent enforcement orders" at the time that a confiscation order is made, meaning that if a defendant does not pay back the proceeds of a crime within a set time, assets – including property or funds in a bank account – could instead be taken to recover the proceeds of crime. Strengthen "restraint orders", which can be imposed by a court to stop a defendant from protecting funds or assets that might later be involved in confiscation proceedings. Place the "risk of dissipation" test – the test currently used by courts to judge whether to use this order – on a statutory footing, and clarify what could trigger the use of these orders".

[65] Cfr. K. Lackner, *§ 73*, in *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München 1999, 473 La confisca di valore richiede che, prescindendo dall'impossibilità di esecuzione, devono essere realizzati tutti i presupposti della *fattispecie a monte*. La confisca diretta, per sé ammissibile, deve poi essere ineseguibile a causa di una delle tre seguenti ragioni.

a) Ineseguibilità a causa della natura del ricavato; quest'ipotesi si verifica in relazione a tutti i vantaggi che si lasciano accertare solo attraverso dei calcoli, come per es. i vantaggi derivanti dall'uso della cosa o il risparmio di spese (si possono comprendere in tale tipo di vantaggi la lavorazione, il mescolamento o l'unione - §§ 946 ff. BGB).

b) Tra le ipotesi di ineseguibilità si annovera il caso in cui l'oggetto da confiscare appartiene al momento della decisione a un terzo non partecipante al fatto, con la conseguente inapplicabilità della confisca diretta. É indifferente se il reo ha direttamente mandato a un terzo il vantaggio del fatto senza averne ottenuto la proprietà, o se ha alienato l'oggetto a un terzo prima dell'inflizione della confisca, senza che ne sia derivato un *Surrogat*, ai sensi del § 73, nel patrimonio del soggetto. Per queste ipotesi, così come per l'ipotesi di ulteriore alienazione, la confisca di valore rimane l'unica possibilità di *Ersatzsanktion*. Lo stesso vale per i casi nei quali l'arricchimento dell'autore del fatto è irreperibile, è andato in rovina, è stato consumato o in altra maniera fatto scomparire.

c) la confisca di valore, infine, viene in considerazione nel caso di esclusione della confisca dei surrogati *ex* art. 73, non perché impossibile ma perché comportando dei calcoli economici eccessivamente complessi il giudice preferisce ricorrere alla confisca di valore dell'oggetto originario, cfr. A. Eser, *§ 73a, Verfall des Wertersatzes*, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di Schönke-Schröder-Lenckner, 28 ed., 2010, 1988, 802; A. Eser, F. Schuster, *StGB § 73c Einziehung des Wertes von Taterträgen*, in Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch*, 30. Auflage 2019, Rn 2 – 7; E. Dreher, H. Tröndle, *§ 73a, Verfall des Wertersatzes*, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, *op. cit.*, 1994, 633.

Sekundärobjekt costituito da un ammontare di denaro corrispondente al valore della cosa[66], rappresentando – ad avviso della dottrina – una sorta di diritto obbligazionario dello Stato al pagamento e, precisamente, una sanzione patrimoniale, ma non una pena pecuniaria, così che nel caso di insolvenza non è convertibile in pena detentiva[67].
Nell'ordinamento svizzero si prevede tout court nella disposizione che prevede la confisca per equivalente – art. 71 swStGB – che "in vista dell'esecuzione della confisca, l'autorità inquirente può sottoporre a sequestro valori patrimoniali dell'interessato".

2. La direttiva contiene una definizione di "provento" (art. 2)[68] di reato più ampia di quella già accolta nella decisione quadro 212/2005 al fine di includere, come emerge anche dal considerando n. 11, non solo i proventi diretti, – ogni vantaggio economico derivato da reati –, e ogni successivo reinvestimento o trasformazione dei proventi diretti (surrogati), ma anche tutti gli utili (vantaggi) economicamente valutabili, anche indiretti, che derivano dai proventi di reato, con tutti i connessi problemi di delimitazione di tale concetto[69]. Anche nel considerando n. 11 si precisa che "Occorre chiarire l'attuale concetto di proventi da reato al fine di includervi i proventi diretti delle attività criminali e tutti i vantaggi indiretti, compresi il reinvestimento o la trasformazione successivi di proventi diretti. Pertanto, i proventi possono comprendere qualsiasi bene, anche trasformato o convertito, in tutto o in parte, in un altro bene, … Possono inoltre comprendere introiti o altri vantaggi derivanti dai proventi da reato o da beni nei quali i proventi da reato sono stati trasformati o convertiti o da beni con i quali i proventi da reato sono stati confusi". Non è stata accolta la proposta dell'*European Criminal Bar Association* di restringere solo ai "*proceeds*" direttamente derivanti dal crimine.
Nel considerando n. 14, in accoglimento dell'emendamento n. 6 della Commissione LIBE, si chiarisce che tale ampia nozione di provento deve essere applicata anche in relazione ai reati non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva, cui si continuerà ad applicare la decisione quadro 2001/500/GAI, che obbliga gli Stati membri a consentire la confisca di beni strumentali e proventi da reato a seguito di una condanna definitiva, nonché la confisca di beni il cui valore corrisponda a tali beni strumentali e proventi.
In tale direzione già la Risoluzione del Parlamento Europeo del 2011 richiedeva di precisare che il concetto di provento di reato esplicitato nella Convenzione ONU di Palermo contro il crimine organizzato del 2000 e ripreso nella decisione quadro 2008/841/CE è più vasto rispetto a quello di profitto (invita sin da subito gli Stati membri a recepire correttamente tale concetto nei loro ordinamenti in maniera da permettere che qualsiasi entrata connessa direttamente o indirettamente al compimento di reati nell'ambito delle organizzazioni criminali possa essere oggetto di sequestro e confisca)[70].

---

[66] L'inflizione del *Wertersatzverfall* è obbligatoria. Cfr. K. Lackner, *§ 73, op. cit.*, 473.
[67] Cfr. R. Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe 1971, 818. Il *Wertersatzverfall*, perciò, non può essere concepito come una pena nel senso tecnico del termine, e tanto meno se confrontata con l'*Ersatzeinziehung* (§ 74 c) (che presuppone l'intenzione del soggetto sottoposto al provvedimento confiscatore di sottrarsi allo stesso); "non presenta né i caratteri di un sostituto della pena detentiva (*Ersatzfreiheitsstrafe*), né viene conteggiata ai fini del computo complessivo della pena", cfr. E. Dreher, H. Tröndle, § *73, op. cit.*, 1995, 545; Id., *§ 73a, op. cit.*, 1994, 632; E. Göhler, *Die neue Regelung zum Verfall im StGB und OWiG*, in *Wistra* 1992, 523.
[68] «Art.2, 1) "provento": ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati; esso può consistere in qualsiasi bene e include ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile».
[69] A.M. Maugeri, L*'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie Cedu? – Emendamenti della Commissione LIBE alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato*, in *DPenCont*, 255; Ead., *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 708.
[70] Cfr. A. Balsamo, C. Lucchini, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata. A proposito della Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 sulla criminalità organizzata nell'Unione europea (europea (2010/2309(INI))*, in www.penalecontemporaneo.it 26.1.2012.

Come precisato nella relazione al d.d.l. 231/2001 in relazione alla confisca diretta *ex* art. 19, ma con considerazioni che si possono estendere a tutte le forme di confisca diretta, e confermato dalla giurisprudenza prevalente, il profitto confiscabile deve avere il carattere della: patrimonialità in senso ‘‘materiale’’; attualità concretizzata attraverso un reale “*income’’* reddituale nella sfera economica della *corporation* (deve rappresentare un risultato conseguito e deve essere un risultato positivo, cioè un’utilità ulteriore rispetto a quelle che l’ente aveva anteriormente all’illecito) o della persona fisica, autore del reato; connessione causale diretta fra la condotta (l’integrazione del reato-presupposto) e l’evento (il materializzarsi dell’utile: *id est*, la «conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato»)[71].

In base all’orientamento giurisprudenziale prevalente il “profitto del reato” deve essere identificato con un “*beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*”, “*pertinente al reato*” secondo un rapporto “*causa-effetto*”, nel senso che il profitto deve essere “*una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato*”[72]: “*sia individuabile un vantaggio, che per essere tale deve rappresentare un risultato conseguito (e non una mera aspettativa che può fondare solo l’interesse o il movente alla commissione del reato ma non l’adozione di una misura reale) e deve essere un risultato positivo, cioè un’utilità ulteriore rispetto a quelle che l’ente aveva anteriormente all’illecito*”[73].

Anche da ultimo la Suprema Corte ha evidenziato la necessità del “collegamento eziologico” tra il bene da confiscare e il reato[74], la confisca “non può colpire il patrimonio dell’autore del reato in misura superiore al vantaggio economico derivatogli dalla commissione di un determinato reato”[75].

I problemi interpretativi che si sono posti e che ancora ritornano attengono all’ammissibilità della confisca dei c.d. surrogati e delle ulteriori utilità.

Le Sezioni Unite nella sentenza Caruso hanno stabilito che costituisce un «principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità l’assunto che il profitto del reato presuppone l’accertamento della sua *diretta derivazione causale dalla condotta dell’agente. Il parametro della pertinenzialità al reato del profitto rappresenta l’effettivo criterio selettivo di ciò che può essere confiscato a tale titolo*». Con tale definizione le Sezioni Unite fanno ormai rientrare pacificamente nella nozione di profitto confiscabile anche i surrogati, cioè dei beni in cui l’originario profitto, di diretta derivazione causale dal reato, è stato investito, escludendo sostanzialmente le ulteriori utilità e cioè gli importi risultanti da investimenti successivi delle somme in altre attività lecite o i proventi di attività ulteriori estranee

---

[71] Così C.E. Paliero, *False comunicazioni e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?*, in *Le Società* 2012, 74. Nella medesima direzione Cass. S.U. 2.7.2008 n. 26654, Fisia Italimpianti; Cass. 4.3.2014 (ud. 28.11.2013), Banca Italease S.p.A., n. 10265; F. Bonelli, *D. lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di “profitto” confiscabile/sequestrabile*, in *DPenCont* 2012, 133; *contra* non richiede l’esternalità A. Fux, *Ulteriori precisazioni sui confini della nozione di profitto: è necessaria l’“esternalità”* - nota a Sez. V, 28.11.2013 (dep. 4.3.2014), n. 10265, in *CP* 2014, 3245.

[72] Cass. S.U. 2.7.2008 n. 26654, Fisia Italimpianti; Cass. S.U. 24.5.2004 n. 29951, Focarelli, in *FallProcConc* 2005, 1265, con nota di M. Iacoviello; Cass. S.U. 25.10.2005, n. 41936, Muci, in *GI* 2006, 2402, con nota di Rocchi; F. Bonelli, *Nota a C 1027746 – C 10/35748 – Trib. Milano, 3-11-2010, DPC* 2012, n. 1, 133.

[73] Cass. S.U. 2.7.2008, n. 26654, Fisia Italimpianti; F. Bonelli, *D. lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di “profitto” confiscabile/sequestrabile*, in *DPenCont* (1) 2012, 133.

[74] Cass. 12.4.2022, n. 18344.

[75] Cass. 12.4.2022 (dep. 18/05/2022) n. 19561: In tema di riciclaggio, la confisca per equivalente del profitto del reato è applicabile solo con riferimento al valore del vantaggio patrimoniale effettivamente conseguito dal “riciclatore” e non sull’intera somma derivante dalle operazioni poste in essere dall’autore del reato presupposto, poiché, non essendo ipotizzabile alcun concorso fra i responsabili dei diversi reati, la misura ablativa non può essere disposta per un importo superiore al provento del reato contestato”; che non vi è “alcuna ragione per cui il “riciclatore” debba rispondere, con la confisca, di tutta la somma riciclata, laddove, in realtà, ad avvantaggiarsene sia stato un terzo (ad es. l’autore del reato presupposto), perché si finirebbe per sanzionare il riciclatore (con una confisca per equivalente, avente chiara natura sanzionatoria) per un profitto di cui non ha mai goduto, contravvenendo, quindi, alla regola generale sottostante alle confische (in specie quella per equivalente) e secondo la quale la suddetta sanzione non può colpire il patrimonio dell’autore del reato in misura superiore al vantaggio economico derivatogli dalla commissione di un determinato reato”. Conformi Cass. 15.7.2020, Ambrosini, n. 30899, *CEDCass*, 280029; Sez. II, 26.11.2021, n. 2879, *CEDCass*, 282519. *Contra* Cass. 7.12.2021, n. 7503.

alla struttura essenziale del reato[76]; le Sezioni Unite hanno così raggiunto una sintesi tra i due opposti orientamenti che si contendevano la scena, quello più restrittivo richiedente una diretta correlazione tra il profitto e il reato, mentre è irrilevante ogni altro nesso di derivazione meramente indiretto o mediato[77], e quello più ampio comprensivo "altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa"[78]. A sostegno di tale interpretazione le S.U. richiamano la Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale[79], la "*ratio* dell'istituto" – «rendere l'illecito penale improduttivo e, quindi, scoraggiare la commissione di ulteriori illeciti» – e, quindi, la funzione general-preventiva della confisca, quale misura di sicurezza, nonché le fonti sovrannazionali.
In base all'orientamento prevalente della giurisprudenza, allora, non rientrerebbero nella nozione di profitto gli utili ulteriori, diversamente da quanto previsto nella Direttiva 2014/42 che richiede la confisca non solo dei proventi diretti – ogni vantaggio economico derivato da reati – e ogni successivo reinvestimento o trasformazione dei proventi diretti, ma anche di tutti gli utili valutabili, anche indiretti, che derivano dai proventi di reato[80].
In realtà la Suprema Corte italiana nella decisione Miragliotta[81], appena precedente alle S.U. Caruso, *sembra ricomprendere anche gli utili nella nozione di profitto confiscabile purché* l'accusa fornisca la prova *indiziaria* del nesso di pertinenzialità che lega, anche attraverso successivi passaggi, i beni da confiscare al reato, così ponendo un freno ad un'eccessiva dilatazione della nozione di profitto indiretto. La Corte afferma che: "Il bene costituente profitto è confiscabile ai sensi degli articoli 240 e 322 ter, comma I, prima parte Cp ogni qualvolta sia *ricollegabile causalmente in modo preciso alla attività criminosa posta in essere dall'agente*. È necessario, pertanto, che siano indicati in modo chiaro *gli elementi indiziari* sulla cui base determinare come i beni sequestrati possano considerarsi in tutto o in parte *l'immediato prodotto* di una condotta penalmente rilevante o *l'indiretto profitto* della stessa, siccome *frutto di reimpiego* da parte del reo del denaro o *di altre utilità direttamente* ottenuti dai concussi".
Per argomentare la sua decisione le Sezioni Unite riprendono testualmente le osservazioni, sopra esaminate, della relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale e quelle della stessa

[76] Cass. S.U. 27.3.2008, n. 26654, Fisia Italimpianti; Cass. 12.3.2014, n. 14600; Cass. 14.11.2013, n. 11918; Cass. 4.11.2003, n. 46780, Falci, *CEDCass*, 227326; Epidendio, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *DPC* 2008, n. 10, 1272;
[77] Cass. 2.4.1979, n. 1815, Cipriani, in *Riv. pen.* 1979, 867; Cass. S.U. 3.7.1996, n. 9149, Chabni, in *CP* 1997, 971, con nota di Carcano; Cass. 24.9. 1998, Asseliti, *CEDCass*, 211662; Cass. S.U. 17.12.2003, n. 920, Montella, in *CP* 2004, 1182, con nota di Fidelbo; Cass. S.U. 24.5.2004, n. 29952, Romagnoli, in *CP* 2005, 3933, con nota di Vitiello; Cass. S.U. 24, maggio, 2004 n. 29951, Focarelli; Cass. 23.6.2006, n. 32627, La Fiorita società cooperativa srl, *CEDCass*, 235636 e in *GD* 2006, 42, 61; Cass. 5.10.2016, n. 53650; Cass. S.U. 25.10.2005, n. 41936, Muci, in *GI* 2006, 2402, con nota di Rocchi; Cass. S.U. 26.6.2015, n. 31617, *CEDCass*, 264436.
[78] Cass. 25.1.1995, Giacalone, in *Riv. pen.* 1995, 1531. In tale direzione Cass. 21.10.1994, n. 4114, Giacalone, *CEDCass*, 200855; Cass. S.U. 3.7.1996, n. 9149, Chabrui, *CEDCass*, 205707; Cass. 6 Novembre 2008, n. 45389, Perino Gelsomino, in *CP* 2010, 2714.
[79] Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale, I, n. 240, 280.
[80] Cfr. Cass. S.U. 3.7.1996, n. 9149; Cass. S.U. 27.3.2008, n. 26654, Fisia Italimpianti; Cass. S.U. 25.6.2009, n. 38691; cfr. Cass. 14.7.2015, Azienda Agraria Greenfarm di Guido Leopardi, n. 33226, *CEDCass*, 264941: "In tema di responsabilità da reato degli enti, il profitto del reato si identifica solo con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto e non anche con i vantaggi indiretti derivanti dall'illecito. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto viziato il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente avente ad oggetto somme di denaro considerate profitto derivante dal reato di corruzione e quantificate facendo riferimento non già al vantaggio consistito nella realizzazione di un impianto di energia alternativa illecitamente autorizzato per effetto dell'accordo corruttivo, ma alle somme liquidate alla società a seguito della erogazione di energia elettrica in base alla convenzione successivamente stipulata con l'ente gestore"; Cass. 5.10.2016, n. 53650; cfr. ECBA, *Statement on the Proposal for a Directive of the European Parlament and of the Council on the Freezing and Confiscation of Proceeds of crime in the European Union*, in *www.ecba.gov*, 4.
[81] **Cass. S.U. 6.3.2008, n. 10280, Miragliotta, rv. 23870**. Su tale questione cfr. A.M. Maugeri, *La confisca per equivalente*, cit., 794 ss.

Suprema Corte[82], in base alle quali "la nozione di profitto o provento deve essere riguardata in rapporto all'arricchimento complessivo", in quanto "il bene frutto dell'investimento del denaro frutto della illecita condotta, siccome univocamente collegato alla esecuzione del crimine mantiene l'idea e costante l'attrattiva del reato in misura maggiore e più a lungo di quanto continuerebbe a fare il denaro stesso".
Tale interpretazione sembra alla Corte condivisibile in quanto espressione di un'interpretazione sistematica dell'art. 240 Cp e conforme alla "*ratio* dell'istituto", che "è certamente quella di consentire la confisca di tutto ciò che sia qualificabile come frutto, o meglio come provento, del reato commesso. Insomma qualsiasi trasformazione che il danaro illecitamente conseguito subisca per effetto di investimento dello stesso deve essere considerata profitto del reato quando sia collegabile causalmente al reato stesso ed al profitto immediato – il danaro – conseguito e sia soggettivamente attribuibile all'autore del reato, che quella trasformazione abbia voluto. Una diversa e più restrittiva interpretazione non sembra, infatti, compatibile con la finalità dell'istituto che è quella di rendere l'illecito penale improduttivo e, quindi, scoraggiare la commissione di ulteriori illeciti. La funzione general-preventiva che la confisca, quale misura di sicurezza, sta sempre più assumendo nella legislazione italiana e comunitaria non può, infatti, essere frustrata da una interpretazione restrittiva dell'articolo 240 Cp, che renderebbe difficilmente aggredibile il bene oggetto della trasformazione del danaro frutto dell'illecito commesso".
La Corte cita a sostegno della sua interpretazione una ricca giurisprudenza che ha qualificato come profitto del reato "tutte le utilità comunque ottenute, e, quindi, *medio tempore* trasformate in altri beni", sia "i cd. surrogati del profitto, ovvero i beni acquistati con danaro di cui risulti accertata la concreta provenienza da reato (nel senso indicato vedi Cass., Sez. VI penale, 14 aprile 1993 - 22 settembre 1993, n. 1041, Ciarletta, rv. 195683, che nello stabilire il principio che non costituiscono ostacolo alla confisca le trasformazioni e modifiche che il prodotto del reato abbia subito, ha ritenuto profitto del reato titoli di stato acquistati con il danaro ricevuto direttamente dai concussi)"; sia "*la trasformazione che il danaro abbia subito in beni di altra natura, purché la trasformazione abbia i caratteri della certezza e della esatta corrispondenza di valori* [83]"; sia "ogni altra utilità o bene che questi ottenga anche indirettamente dall'utilizzo dei medesimi (Cass., Sez. II penale, 18 giugno 2004 - 23 luglio 2004, n. 32381, che ha ritenuto per tale ragione legittimo il sequestro in forma specifica *ex* articolo 640 *quater* Cp di impianti aziendali, in luogo delle somme indebitamente percepite in relazione al reato di cui all'articolo 640 *bis* Cp)".
Le Sezioni Unite precisano, inoltre, che la confisca dei surrogati o delle utilità derivanti dal profitto non costituisce una forma di confisca per equivalente come già affermato dalla VI sezione della Suprema Corte [84]. Sembra assolutamente opportuna tale precisazione perché la confisca dei surrogati o delle utilità rappresenta una forma di sottrazione di beni o altre utilità *derivanti* dall'originario profitto, causalmente connessi ad esso; la confisca per equivalente, invece, consentendo l'ablazione di beni nella disponibilità del soggetto di valore equivalente al profitto accertato, si riferisce alle ipotesi in cui non è rintracciabile né l'originario profitto del reato né i derivati da tale profitto, pur essendo stato provato che un profitto è stato tratto dal reato e il suo ammontare. Chiaramente laddove si accolga una nozione ristretta di profitto come bene direttamente derivante dal crimine, escludendo

[82] Cass. Sez. VI, 21.10.1994 - 25.1.1995, n. 4114, Giacalone, rv. 200855.
[83] Corsivo aggiunto. Cass. Sez. II penale, 14.6.2006 - 27.9. 2006, n. 31988, Chetta, rv. 235357; Cass. Sez. II penale, 14.6.2006 - 27.9. 2006, n. 31990, Italinvest srl e altro, rv. 235129; Cass. Sez. I penale, 27.5.1994, 30.6.1994, n. 2551, Sorrentino, rv. 198347 in ordine ad un immobile, anche se erroneamente qualificato prodotto del reato, acquistato con il denaro peculato; Cass. Sez. VI penale, 19.12.1997, 10.3.1998, n. 5185, Nardelli, rv. 210676 in ordine a certificati di deposito e autovettura acquistati con denaro, del quale risultava accertata la concreta provenienza da reato, ricavato dal reato di concussione.
[84] Cass. 14.6.2007 - 30.7.2007 n. 30966, Puliga, rv. 236984, che "nello stabilire che, quando il profitto del reato di concussione sia costituito da danaro, è legittimamente operato in base alla prima parte dell'articolo 322 *ter* comma I Cp il sequestro preventivo di disponibilità di conto corrente dell'imputato, ha chiarito in motivazione che in casi siffatti non si tratta di confisca per equivalente, ma di una ipotesi di confisca in forma specifica".

i surrogati in cui i profitti sono stati reimpiegati o le utilità da essi derivanti, la confisca per equivalente diventa lo strumento per sottrarre tali vantaggi.
Le Sezioni Unite precisano, infine, che l'interpretazione affermata è in linea anche con la normativa internazionale che ha sempre considerato come oggetto della confisca il provento illecito, ovvero ogni vantaggio economico derivato dal reato: "è sufficiente ricordare la Convenzione di Vienna del 20 dicembre 1988 in materia di traffico illecito di stupefacenti che prevede la confisca per i proventi da reato definiti come qualsiasi bene proveniente direttamente o indirettamente attraverso la commissione di un reato. Gli stessi concetti sono espressi dalla Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (Parigi, OCSE del 17 dicembre 1997). Infine anche con la decisione-quadro relativa alla confisca dei beni, strumenti e proventi di reato del 24 febbraio 2005 della UE per provento del reato si è ritenuto ogni vantaggio economico derivato da reati".
Le Sezioni Unite sono chiaramente consapevoli dell'orientamento più rigoroso sopra delineato; anzi si evidenzia che "sul carattere immediato e diretto della pertinenza della cosa da confiscare con il reato hanno fatto leva le Sezioni Unite", nella celebre sentenza Montella[85], "anche per tratteggiare i caratteri distintivi della confisca di cui all'articolo 240 Cp da quella prevista dall'articolo 12 *sexies*" del d.l. 306/1992, nonché la VI Sezione[86] "che ha individuato la *ratio* del nuovo istituto della confisca per equivalente nel superamento di quegli ostacoli o difficoltà per la individuazione dei beni in cui si incorpora il profitto iniziale, nonché nella necessità di ovviare ai limiti che incontra la confisca dei beni di scambio o di quelli che ne costituiscono il reimpiego, potendo riguardare beni che non hanno neanche un collegamento diretto con il singolo reato".
Nella decisione in esame, tuttavia, le Sezioni Unite non ritengono condivisibile l'orientamento più restrittivo in quanto non giustificato dalla lettera della norma "che … pretende soltanto un rapporto di pertinenzialità tra il bene da confiscare o sequestrare ed il reato commesso", anche alla luce della funzione sempre più general-preventiva e sanzionatoria della confisca; si tratterebbe di un'interpretazione in contrasto con la *ratio* che oggi si attribuisce alla confisca come moderno strumento di lotta contro l'arricchimento illecito e l'infiltrazione criminale nell'economia, alla luce delle direttive comunitarie e internazionali in materia.
È importante evidenziare, però, che la Corte sottolinea, opportunamente, la necessità che siano indicati in modo chiaro "*gli elementi indiziari sulla cui base determinare come i beni sequestrati possano considerarsi in tutto o in parte l'immediato prodotto di una condanna penalmente rilevante o l'indiretto profitto della stessa, siccome frutto di reimpiego da parte del reo del denaro o di altre utilità direttamente ottenuti dai concussi*"; l'accusa deve fornire la prova del nesso di pertinenzialità che lega, anche attraverso successivi passaggi, i beni da confiscare al reato, così ponendo un freno ad un'eccessiva dilatazione della nozione di profitto indiretto.
Fermo restando ciò sarebbe auspicabile, come già suggerito, un intervento risolutore del legislatore che nell'ambito di una più ampia riforma della disciplina dell'art. 240 Cp chiarisca la nozione di profitto evitando di rimettere la scelte politico criminali sottese all'accoglimento delle diverse nozioni di profitto alla mera discrezionalità del giudice, così compromettendo la certezza del diritto e le connesse esigenze di tutela dei cittadini, nonché la stessa tutela dei beni giuridici protetti dalle disposizioni violate.
L'interpretazione fornita dalla sentenza Miragliotta dovrebbe, allora, oggi prevalere alla luce della Direttiva, in conformità agli obblighi di interpretazione conforme *ex* artt. 11 e 117 Cost.[87].

[85] Cass. Sez. un., 17.12.2003 (19.1.2004), Montella, in *CP*, 2004, 1188.
[86] Cass. Sez. VI penale, 29.3.2006 - 17.7.2006, n. 24633, Lucci ed altro, rv. 234729.
[87] Cass. 6.11.2008 n. 45389, Perino, in *CP* 2010, 2714 fa rientrare nel profitto del reato di truffa aggravata, commessa in relazione a un contratto di appalto, anche l'incremento dell'avviamento commerciale della impresa aggiudicataria in quanto «vantaggio economico che la società ritrae, sia pure in forma indiretta e mediata, come conseguenza dell'attività criminosa alla stessa riferibile»; Cass. 19.3.2013 n. 13061, parla di profitto dinamico.

Tale interpretazione è stata successivamente confermata dalla sentenza delle Sezioni Unite Gubert[88] che ritengono che "nella nozione di profitto funzionale alla confisca rientrano non soltanto i beni appresi per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell'attività criminosa (Sez. 2, n. 45389 del 06/11/2008, Perino, Rv. 241973)". "La trasformazione che il denaro, profitto del reato, abbia subito in beni di altra natura, fungibili o infungibili, non è quindi di ostacolo al sequestro preventivo il quale ben può avere ad oggetto il bene di investimento così acquisito. Infatti il concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca e quindi nelle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 321 Cpp, comma 2, il suddetto sequestro, deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa. (Sez. 6, n. 4114 del 21/10/1994, dep. 1995, Giacalone, Rv. 200855)".
Anche la sentenza delle Sezioni Unite Thyssen accoglie una nozione ampia di profitto in piena aderenza al principio affermato nella sentenza "Gubert": "il concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa"[89]. Tale posizione è ripresa testualmente dalla giurisprudenza successiva[90].
Le Sezioni Unite nella sentenza Lucci[91], invece, ritornano ad una nozione più ristretta di profitto, ribadendo "il principio secondo cui profitto è solo il vantaggio di immediata e diretta derivazione causale dal reato"; posizione ripresa dalla giurisprudenza della Suprema Corte anche recentemente[92].
Nel Progetto Pisapia si accoglie una nozione ampia di provento, comprensivo dell'"impiego" dei proventi e delle utilità, "qualunque bene derivato o ottenuto, direttamente o indirettamente, attraverso la commissione di un reato".
Rimane il problema di delimitare tale nozione di "utili valutabili" laddove i proventi siano investiti in attività lecite. Si può ricordare a tale proposito che nell'ordinamento tedesco – in cui si fa rientrare nel termine "*etwas*" (qualcosa), introdotto con la riforma del 1992 per definire il profitto (invece di *Vermogenvorteil*), qualsiasi aumento del valore economico del patrimonio che è maturato per l'autore o il concorrente[93] –, pur essendo prevista espressamente non solo la confisca degli *Originalobjekte* – § 73 StGB[94], c. 1 –, ma anche la confisca obbligatoria dei *Nutzungen (*utilità, c. 2) e la confisca facoltativa *dei Surrogaten* (c. 3), si ritiene in dottrina e in giurisprudenza che non vengono colpiti dalla confisca i profitti indiretti, come la vincita alla lotteria o quelli derivanti dagli investimenti in un'azienda o da una speculazione in borsa, che sono legati anche al caso e non a un nesso con il reato, o che derivano anche da un'attività lecita ulteriore del reo. Si ritiene che laddove il reo abbia utilizzato il diretto provento per creare o espandere un'impresa, non rientrano nella nozione di *Nutzungen* (utilità) gli utili indiretti realizzati con tale attività economica[95] perché questo denaro è stato ottenuto attraverso uno sforzo personale e, quindi, si tratta di profitti legali – che per mancanza di immediatezza non vengono sottratti, in quanto non ottenuti illegittimamente ai fini della confisca –. Il loro accertamento, tra l'altro – si osserva –, imporrebbe al giudice dei problemi irrisolvibili[96]. In

[88] Cass. S.U. 5.3.2014 n. 10561, Gubert.
[89] Cass. S.U. 24.4.2014, Thyssen, n. 38343, *CEDCass*, 261117.
[90] Per tutte Cass. 12.6.2018 n. 38917, in *FI* 2018, II, 715.
[91] Cass. S.U, 26.6.2015, Lucci, cit.; successivamente, nello stesso senso, Sez. 6, 14.7.2015, Azienda Agraria Greenfarm di Guido Leopardi, n. 33226, *CEDCass*, 264941; Sez. 2, 5.10.2016, Maiorano, n. 53650, *CEDCass*, 268854.
[92] Cass. 21.10.2020, n. 6607.
[93] Tutto ciò che può essere oggetto di arricchimento ai sensi del § 812I BGB può anche essere considerato oggetto di confisca (Brenner DRiZ 77, 203 con ulteriori riferimenti).
[94] Il § 73 StGB disciplina *la confisca dei profitti, "Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern"* dopo la riforma del 2017, prima *"Voraussetzungen des Verfalls".*
[95] Idem, cit., Rn. 41.
[96] Cfr. T. Fischer-O. Schwarz-E. Dreher-H. Tröndle, § 73, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58 ed., München 2011, 686, §§ 25 – 28; *Ibidem*, § 73 a, 689 ss.; A. Eser, § 73, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di Schönke-Schröder-

dottrina, ancora, si esclude la confiscabilità degli "accrescimenti economici derivanti solo di riflesso dall'illecito quali introiti aggiuntivi, come, ad esempio, la redditività dell'azienda in cui siano state impiegate le risorse finanziarie non versate all'Erario (costituenti risparmio di spesa di un reato fiscale), la plusvalenza di un investimento finanziario acquisito con le somme percepite quale «tangente», ovvero le maggiorazioni derivanti da attività ulteriori e non essenziali alla commissione del reato. Se non che, l'aumento del valore dell'investimento – aziendale piuttosto che finanziario –, seppure in qualche modo (appunto indiretto) legato all'impiego delle somme provento di illecito, rappresenta non un vantaggio patrimoniale derivante dal reato ed, in quanto tale, inquinato da illiceità, bensì la mera rimunerativà dell'operazione economica di trasformazione del profitto, dunque un'entità di per sé lecita, che – per tale ragione – non potrebbe legittimamente essere assoggettata a confisca"[97]. In termini simili si osserva che rientra nella nozione di *Nutzungen* (utilità) il reddito generato dalla locazione di un immobile acquisito con il provento del reato, o gli interessi del capitale investito; si deve trattare di interessi attivi che si riferiscono al capitale ottenuto direttamente attraverso l'atto, mentre le spese risparmiate, come benefici non oggettivi, sono soggette alla confisca di valore sin dall'inizio solo per l'importo corrispondente e non sono considerati surrogati i beni acquisiti con la somma corrispondente alle tasse risparmiate[98].

Da ultimo, infatti, la Suprema Corte richiede che il reato sia stato causa di un afflusso misurabile di beni per un soggetto coinvolto nel reato o per un terzo[99] ed evidenzia come anche la legge di riforma sulla confisca dei beni, ad esempio in relazione ai reati di corruzione, si basa sulla considerazione che devono essere confiscati solo "il profitto e gli eventuali vantaggi indiretti"[100].

Sembra assolutamente corretta questa distinzione tra *utilità* confiscabili e *utilità* non confiscabili perché derivanti anche da attività lecita o dal caso, determinando la frattura di quel rapporto causale richiesto – anche se a livello indiziario – dalla sentenza Miragliotta.

Fermo restando che, si osserva correttamente, "se il reato è un reato presupposto del riciclaggio, il ricavato dell'investimento "è a sua volta "qualcosa" (*etwas*) ottenuto come provento di riciclaggio ai sensi del comma 1"[101] art. 73 StGB.

Nell'ordinamento tedesco, ancora, si deve evidenziare che ad avviso della dottrina con la riforma del 2017 (*Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872*) la norma nel definire il profitto (*etwas*, qualcosa) non usa la proposizione *auf* (da) ma *durch* (attraverso) il reato, al fine di allargare tale nozione[102] e farvi rientrare anche gli investimenti in beni

---

Lenckner, 28 ed., 2010, 1123, § 30 ss.; Horn, *§ 74 Vorausetzungen der Einziehung*, in *StGB Systematischer Kommentar*, 18 ed., parte I, *Allgemeiner Teil*, a cura di H.J. Rudolphi - E. Horn - E. Samson, 2007.

[97] A. Bassi, *Il profitto confiscabile nel procedimento a carico degli enti nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti* (La), v. 11, n. 2, 2016, 53-70, 65.

[98] W. Joecks-M. Meißner, *§ 73* StGB, *Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern*, in *Münchener Kommentar zum StGB 4. Auflage 2020*, Rn. 43: "Sind durch Steuerhinterziehungen ersparte Aufwendungen in Höhe nicht gezahlter Steuern erlangt, stellen Vermögensgegenstände, die mit dem entsprechenden Geldbetrag angeschafft wurden, keine Surrogate des Erlangten dar".

[99] Con riferimento alle manipolazioni di mercato BGH, 14.10.2020 - 5 StR 229/ 19, NJW 2021, 1252 Rn. 4 e segg.

[100] BT-Drucks. 18/9525, p. 68.

[101] Idem, Rn. 42.

[102] BGH, 15.6.2022 - 3 StR 295/21: "un bene o altro vantaggio economico ai sensi dell'articolo 73, comma 1, 1, del codice penale si ottiene "attraverso" un atto illecito come provento del reato se è conseguito dall'autore direttamente dalla realizzazione della fattispecie in qualsiasi fase dello svolgimento del reato, in modo tale da assoggettarlo all'effettivo potere di disposizione dell'autore del reato (vom 14. Oktober 2020 - 5 StR 229/19, NJW 2021, 1252 Rn. 3; s. überdies BT-Drucks. 18/9525 S. 62, 55, dort auch zum entsprechenden Art. 2 Nr. 1 Richtlinie 2014/42/EU; zur Tatalternative des Erlangens "für" die Tat BGH, Beschluss vom 1. Juni 2021 - 1 StR 133/21, ZWH 2021, 289 Rn. 8 mwN) (st. Rspr.; es. BGH, sentenze del 15.12.2020 - BGHR StGB § 73 Abs. 1 Erlangtes 2 Rn. 13; del 21.12.2021 - 3 StR 381/21, NStZ-RR 2022, 109 mwN; del 14.10.2020 - 5 StR 229/19, NJW 2021, 1252 Rn. 3; BGH, decisione del 1.6.2021 - 1 StR 133/21, ZWH 2021, 289 comma 8 mwN) . Per la determinazione di ciò che è stato realizzato ai sensi del § 73 comma 1 StGB nuova versione, è importante solo una considerazione fattuale ("oggettiva"); per espressa volontà del legislatore, gli aspetti valutativi non devono essere presi in considerazione (cfr. BGH, decisione del 7.3.2019 - 3 StR 192/18, BGHR StGB § 73 Erlangen 28 Rn. 24-26 mwN; inoltre - in relazione al § 261 Par. 10 StGB nuova versione - BT print.19/24180 p. 37). Poiché l'acquisizione è un processo reale, la proprietà civile o il titolo non sono rilevanti.

vietati irrecuperabili[103]; si precisa che "con l'inserimento della dicitura "attraverso l'atto" in luogo della precedente "dall'atto", si vuole volutamente abbandonare l'esigenza anteriormente associata di un collegamento di immediatezza, cosicché la portata di quanto realizzato viene inizialmente ampliata, l'unico nesso di causalità necessario tra l'atto e ciò che è stato acquisito dovrebbe basarsi sui principi del diritto dell'arricchimento (BT-Dr loc.cit., S 61), "per cui non è sufficiente la sola causalità di equivalenza, ma l'acquisizione del bene in senso civilistico deve essere adeguatamente causale". Si richiama la normativa sull'indebito arricchimento: "Tutto ciò che può essere oggetto di arricchimento ai sensi del § 812 I BGB può anche essere considerato oggetto di confisca". Ancora si precisa che "I commi 2 e 3 estendono la confisca obbligatoria (comma 2) o facoltativa (comma 3) a specifiche plusvalenze indirette; l'elenco è esaustivo in base al § 100 BGB"[104]; in ogni caso tali plusvalenze "devono essere effettivamente realizzate, non devono solo essere prevedibili".
A differenza della confisca delle utilità (*Nutzungen*), quella dei surrogati nell'ordinamento tedesco è affidata alla discrezionalità del tribunale, la ragione di questa scelta è quella di evitare al giudice di essere costretto ad applicare la misura quando è difficile determinare se si tratti di surrogati, oppure laddove gli oggetti sostitutivi – i surrogati – hanno un valore basso o la confisca dei surrogati può essere realizzata solo con difficoltà sproporzionate. Nell'esercitare tale discrezionalità il giudice deve prendere in considerazione, oltre al valore dell'oggetto, anche le presunte prospettive di regolare esecuzione e realizzazione; ciò deriva dal fatto che in luogo o in aggiunta alla confisca del surrogato, deve essere sempre disposta la confisca del valore sostitutivo (§ 73 c), in quanto altrimenti non sarebbe sottratto il valore di quanto originariamente realizzato. La confisca per equivalente si aggiunge alla confisca del surrogato, laddove il suo valore sia inferiore all'originario profitto.
Anche nell'ordinamento svizzero l'oggetto della confisca, *Vermögenseinziehung ex* art. 72 StGB, rappresentato dal *Vermögenvorteil* - profitto patrimoniale, ricomprende, non solo l'aumento delle entrate o la diminuzione delle passività, ma anche, ad avviso della dottrina, gli eventuali ricavi tratti dall'investimento di tale profitto dal momento in cui è stato percepito sino al momento della pronuncia del provvedimento di confisca, come ad esempio interessi o dividendi di azioni; più in generale si fa riferimento sia ad eventuali dirette *utilità (Nutzungen),* sia ad indiretti *surrogati (Surrogaten)* dell'originario profitto[105].
Anche il *decomiso* dell'ordinamento spagnolo, previsto dall'art. 127 *Codigo pénal* tra le "*consecuencias accesorias*" della pena[106] può essere applicato al profitto proveniente dal delitto (*ganancias provenientes del delito*), indipendentemente dalle trasformazioni subite[107].
Un'ultima considerazione nella determinazione della nozione di profitto anche in una prospettiva *de iure condendo*. In alcune forme di confisca speciale, come nel sesto comma dell'art. 644 Cp e nell'art. 240-bis Cp (prima art. 12-sexies d.l. 306/1992), si prevede espressamente la salvaguardia dei "diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni"; anche in altri ordinamenti si prevede tale tutela (§ 73 StGB, Art. 70, comma 1 swStGB), in conformità del resto alle indicazioni derivanti dagli strumenti sovrannazionali, come la decisione quadro 2006/783 e il più recente Regolamento 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca (art. 29), nonché la direttiva 2014/42 (art. 8, c. 10). Una simile disposizione è prevista anche nel progetto Grosso per la riforma del codice penale, consentendo di tenere conto dei diritti dei danneggiati dal reato e di evitare la violazione del principio del *ne bis in idem* nei confronti del reo (con una duplice sottrazione dei profitti da parte dello Stato e da parte dei danneggiati). In ogni caso si dovrebbe prevedere che laddove non vengano esercitati i diritti dei danneggiati, la confisca si estenda all'intero profitto,

[103] BGH, Urteil vom 20.07.2022 - 3 StR 390/21.
[104] 100 Nutzungen, "Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt".
[105] Su tale nozione nell'art. 59, cfr. N. Schmid, *Einziehung, (StGB Art. 58—60),* in *Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei*, Band I, Zürich 1998, 117 ss.
[106] Cfr. J.L. Manzanares Samaniego, *Comiso* (art. 7), in M. Cobo del Rosal, *Comentarios a la legislaciòn penal - Delitos monetarios*, Tomo IV, Madrid 1985, 253.
[107] Cfr., Valencia 1996, 442 - 443.

prezzo o prodotto, come sancito, del resto, dalla Suprema Corte in relazione alla confisca *ex* art. 19 d.lgs. 231/2001[108].

3. La Suprema Corte ha precisato che non rientra nella nozione di profitto ciò che è oggetto solo di pretese risarcitorie[109] o un vantaggio meramente *finanziario e non patrimoniale*[110]. Sono confiscabili direttamente (e non per equivalente) i *crediti* purché certi, liquidi ed esigibili[111].
Il profitto, come evidenziato, deve essere attuale e non meramente potenziale e futuro, in virtù – come precisa la Suprema Corte – del "principio di causalità" e dei requisiti di materialità e attualità[112]; ciò è imposto dal rispetto del principio di legalità perché un profitto meramente potenziale e futuro, non è ancora venuto ad esistenza e non sussiste, quindi, per definizione come oggetto della confisca. Non sussiste ancora quell'arricchimento illecito che la confisca è volta a sottrarre per svolgere la sua funzione di riequilibrio economico, ripristinatoria. In questa direzione la Suprema Corte[113] ha precisato che "il profitto del reato è solo quello costituito da un mutamento materiale, attuale e di segno positivo, della situazione patrimoniale del beneficiario, ingenerato dal reato attraverso la creazione, trasformazione o acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica. Ne consegue che non costituisce profitto del reato un vantaggio futuro – eventuale, sperato, immateriale o non ancora materializzato in termini economico-patrimoniali – né la mera aspettativa di fatto, c.d. "chance", salvo che questa, in quanto fondata su circostanze specifiche, non presenti caratteri di concretezza ed effettività tali da costituire essa stessa un'entità patrimoniale a sé stante, autonoma, giuridicamente ed economicamente suscettibile di valutazione in relazione alla sua proiezione sulla sfera patrimoniale del soggetto. (Fattispecie in tema di corruzione propria internazionale in cui la Corte ha escluso che potesse qualificarsi come profitto del reato internazionale la mera possibilità per l'imputato di continuare ad operare nel mercato algerino attraverso il suo inserimento nell'elenco delle imprese invitate alle gare di appalto indette dall'Ente di Stato Algerino nonché tra i "contrattisti" di una società italiana che operava in Algeria)[114]. Nella medesima direzione si precisa, dopo aver ribadito che "il profitto confiscabile sia solo quello costituito da un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale dell'ente beneficiario, …", che tale mutamento materiale deve essere "avvinto all'azione criminosa da una stretta relazione causale, di tal che esso costituisce "evento" in senso tecnico, anche se esterno al tipo di illecito, mentre ne consegue che non costituisce profitto del reato un vantaggio futuro – eventuale, sperato, immateriale o non ancora effettivamente materializzato in termini economico-patrimoniali (Sez. 5, n. 10265/14 del 28/11/2013, Banca Italease S.p.a., Rv. 258577; Sez. 6, n. 1754/2018 del 14/09/2017, Bentini, Rv. 271967)"[115].
Più ambigua la posizione assunta in un caso in materia di manipolazione di mercato in cui il pubblico ministero sosteneva che la nozione di profitto comprende non solo i vantaggi economici «che possono derivare all'azionista ma anche quelli che derivano all'emittente, come, ad esempio, la

[108] Cass. 16.12.2010, n. 6459, M. e altro; cfr. Cass. 16.11.2011, n. 45054, B. e altro; Cass. 27.6.2012, n. 39840; Cass. 9.2.2016, n. 12653.
[109] Cass. 17.6.2010, n. 35748.
[110] App. Milano 25.1.2012, Banca Italease S.p.A., in *DPC* 11.4.2012, con nota di M. Scoletta; Cass. 29.11.2013 (4.3.2014), n. 10265; così F. Bonelli, *op. cit*., 136; C.E. Paliero, *op. cit*., 80.
[111] Cass. S.U. 2.7.2008 n. 26654, Fisia Italimpianti, § 7; conf. Cass. 16.11.2012 n. 8740. Cfr. S. Beltrani, *Profitto degli enti e diritti di credito nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. ammin. delle società e degli enti (La)*, 2015, v. 10. n. 2, 185 ss.
[112] Cass. sez. 5, 28.12.2013, Banca Italease s.p.a, n. 10265, *CEDCass*, 258577; ma Cass. S.U. 2.7.2008, n. 26654, Fisia Italimpianti; cfr. Cass. 23.2.2021 n. 7021.
[113] Cass. 16.1.2018 n. 1754.
[114] Cfr. Cass. S.U. 2.7.2008 n. 26654, Fisia Italimpianti; Cass. S.U. 5.3.2014 n. 10561; Cass. S.U. 18.9. 2014 n. 38343 e Cass. S.U. 21.7.2015 n. 31617.
[115] Cass. 26.2.2020 n. 19091, § 3.1; in tale direzione Cass. 21.10.2020 n. 6607. Cfr. G. Chiaraviglio, *Tre recenti significative pronunce della V Sezione della Corte di Cassazione concernenti il profitto confiscabile, la nozione di distrazione nella bancarotta fraudolenta patrimoniale, la bancarotta preferenziale*, in *Riv. dei dottori commercialisti*, v. 71, n. 3, 2020, 468 ss.; R. Borsari, *Percorsi interpretativi in tema di profitto del reato nella confisca*, in www.lalegislazionepenale.eu 8.9.2019, 24 ss.

miglior valutazione da parte delle agenzie di rating e il consolidamento della propria posizione sul mercato»; la nozione di profitto deve intendersi «come beneficio aggiunto derivante dal reato, diverso e – in ipotesi – anche maggiore rispetto al solo incremento del patrimonio conseguito da colui che ha posto in essere l'attività delittuosa». La Suprema Corte[116], invece, richiamando le Sezioni Unite Fisia Italimpianti, ha precisato che «la nozione di profitto dipendente dal reato di manipolazione del mercato e riferibile sia alla società che agli azionisti indagati, debba presentare i connotati della immediata derivazione e della concreta effettività, ma non coincide necessariamente, quanto alla posizione dell'ente collettivo, con il solo profitto conseguito dall'autore del reato, potendo consistere anche in altri vantaggi di tipo economico che l'ente abbia consolidato e che siano dimostrati». Correttamente la Suprema Corte rigetta quella nozione onnicomprensiva di profitto ipotetico adottata dall'accusa parlando di "miglior valutazione da parte delle agenzie di rating" e di "consolidamento della propria posizione sul mercato"; nozione che come minimo avrebbe posto insuperabili problemi di calcolo di un simile profitto. La Corte, però, precisa che «per l'azionista, d'altra parte, valgono ovviamente gli stessi criteri, con la precisazione che il vantaggio può consistere nella acquisizione della plusvalenza delle azioni, come nella evitata perdita di valore, sempre che il vantaggio stesso possa individuarsi con le caratteristiche della effettiva realizzazione e non nella sola "attesa"». Ad avviso della Corte, nel caso di specie, la mancata perdita del valore delle azioni di Fondiaria-Sai, quale effetto della manipolazione del mercato, avrebbe potuto generare un vantaggio economico sia per l'ente che per gli azionisti. Vantaggio economico che, tuttavia, non si è effettivamente realizzato («la catena causale non si è completata») oppure non è stata dimostrata l'esistenza di un profitto in termini di «utilità computabili economicamente».

Positivamente si può osservare che la Corte richiede l'effettiva realizzazione del profitto e richiama la necessità della dimostrazione della catena causale e del carattere economicamente computabile dell'utilità, ma fa rientrare nella nozione di profitto anche *l'evitata perdita di valore* e, quindi, qualcosa di immateriale e oggetto di mera congettura, seppure fondata su dati economici, qualcosa di meramente potenziale, in violazione del principio di legalità, nonché qualcosa di difficile e non tassativa determinazione economica in violazione del principio di precisione/tassatività; l'accusa si dovrebbe limitare a dimostrare l'esistenza di un profitto realmente conseguito, il *beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*, "*un risultato conseguito (e non una mera aspettativa che può fondare solo l'interesse o il movente alla commissione del reato ma non l'adozione di una misura reale) e deve essere un risultato positivo, cioè un'utilità ulteriore rispetto a quelle che l'ente aveva anteriormente all'illecito*"[117].

A tal proposito si deve evidenziare la distinzione con la nozione di profitto *ex* art. 13 d.lgs. 231/2001, di cui si deve accertare il carattere rilevante quale presupposto per l'applicazione delle sanzioni interdittive; in quest'ipotesi sarà possibile fare riferimento anche a vantaggi futuri perché si tratta di valutare l'importanza complessiva dell'operazione economica coinvolta nella consumazione del reato per stabilire la gravità dello stesso, che – a sua volta – dovrebbe giustificare l'applicazione delle più severe sanzioni interdittive. In tale direzione sia nel caso Fisia Italimpianti, sia più recente giurisprudenza ha stabilito che "la nozione di profitto confiscabile è diversa e più ristretta di quella di profitto di rilevante entità richiamato nel D.lgs. n. 231 del 2001, art. 13 evocando, solo quest'ultimo, un concetto di profitto "dinamico", rapportato alla natura e al volume dell'attività d'impresa e comprensivo dei vantaggi economici anche non immediati, ma "di prospettiva", in relazione, ad esempio, alla posizione di privilegio che l'ente collettivo può acquisire sul mercato in conseguenza delle condotte illecite poste in essere dai suoi organi apicali o da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di questi"[118].

[116] Cass. 3.4.2014 (dep. 13.6.2014) n. 25450.

[117] Cass. S.U. 2.7.2008, n. 26654, Fisia Italimpianti; F. Bonelli, *op. cit.*, 133.

[118] Cass. 21.10.2020, n. 6607; Cass. 9.2.2016, n. 11209: "In tema di responsabilità amministrativa degli enti, la nozione di "profitto di rilevante entità", rilevante ai fini dell'applicazione delle sanzioni interdittive (art. 13, comma 1, lett. a, d.lg. 8.6.2001, n. 231) non può essere riferita al solo profitto inteso come margine (o utile) netto di guadagno, in quanto la

Anche la dottrina e la giurisprudenza tedesca richiedono che il profitto si concretizzi in un aumento effettivo dell'attività economica, non l'aumento meramente realizzabile[119]; non vi rientra quello che l'autore del reato voleva ottenere o quello che lui avrebbe potuto ottenere ma in realtà non ha ottenuto[120].

Discorso diverso laddove il profitto è rappresentato da un vantaggio economico realmente conseguito ma non nella forma di denaro o di un bene materiale, ma piuttosto di una prestazione, di un servizio economicamente valutabile, come ad esempio il comodato gratuito di un appartamento o di un'auto; fermo restando che una simile forma di profitto dovrà essere "stimato" in termini economici. Chiaramente, come evidenziato dalla dottrina tedesca una simile forma di profitto, che si fa rientrare nella nozione di vantaggio immateriale, non sarà direttamente confiscabile ma deve essere confiscato per equivalente[121]. "I vantaggi immateriali includono, per esempio, la disponibilità di un appartamento ad uso gratuito o altri benefici pecuniari da risparmio di spesa", in questo caso si ritiene applicabile la confisca di valore *ex* art. 73 c StGB[122].

Da ultimo la Corte Costituzionale nella sentenza n. 112/2019 fa rientrare nella nozione di profitto confiscabile la perdita evitata, precisando che "Nelle ipotesi di vendita di strumenti finanziari sulla base di un'informazione privilegiata, il «profitto» conseguito non potrà invece che identificarsi nella "perdita evitata" in rapporto al successivo deprezzamento degli strumenti, conseguente alla diffusione dell'informazione medesima; e dunque andrà calcolato sulla base della differenza tra il corrispettivo ottenuto dalla vendita degli strumenti finanziari, e il loro successivo (diminuito) valore. Conclusione, questa, suggerita anche da un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea dell'art. 187-sexies del d.lgs. n. 58 del 1998, avuto riguardo in particolare al Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione: regolamento il cui art. 30, paragrafo 2, lettera b), impone agli Stati membri l'obbligo di prevedere «la restituzione dei guadagni realizzati o delle perdite evitate grazie alla violazione, per quanto possano essere determinati»[123]. Tale nozione di perdita evitata in presenza comunque di beneficio aggiunto di tipo patrimoniale derivante dalla vendita delle azioni, ricorda la nozione di risparmio cui fa riferimento la sentenza Fisia che pretende un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale comunque introitato, che non venga decurtato "dei costi che si sarebbero dovuti sostenere" (quel concetto di risparmio relativo di cui parla la sentenza Riva), in questo caso si tratterebbe di un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale non

---

valutazione che il giudice è chiamato a compiere non va operata alla stregua di criteri strettamente economico-aziendalistici, ma deve tenere conto di tutti gli elementi che connotano in termini di valore economico l'operazione negoziale. Inoltre, il profitto non va limitato al vantaggio economico attuale, immediatamente conseguito dal reato, ma deve comprendere anche l'utile potenziale". Cfr. G. Varraso, *La nozione di "profitto di rilevante entità", ai fini dell'applicazione delle sanzioni interdittive nei confronti degli enti - Sez. II, 9 febbraio 2016 (dep. 17 marzo 2016), n. 11209 – Un utile "approfondimento" della suprema Corte in tema di misure cautelari interdittive e condotte riparatorie nel d. lg. n. 231 del 2001*, in *CP*, v. 56, n. 9, 2016, 3384 ss.; M. Riverditi, *Esigenze di effettività e funzione preventiva condizionano (sempre in positivo?) l'applicazione del d.lgs.231/2001: a proposito del profitto di rilevante entità e delle condotte riparatorie nelle dinamiche applicative delle misure interdittive*, in www.penalecontemporaneo.it 9.5.2016, che rileva in chiave critica come "lo stesso non potrà che essere fondato su basi ipotetiche ed affidato a massime di esperienza prive di validazione empirica"; su una certa "approssimazione in malam partem" nella determinazione di tale nozione di profitto *ex* art. 13 d.lgs. 231/2001 A.M. Maugeri, *La responsabilità da reato*, cit., 731 ss.; M.A. Bartolucci, *I confini mobili del "profitto di rilevante entità" ex art. 13 d.lgs. n. 231/2001 G.i.p. Gorizia 22 luglio 2013, ord.*, in *Società* 2014, v. 33, n. 2, 197 ss.; G. Amato, *Le puntualizzazioni della Cassazione sulla nozione di profitto rilevante*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti (La*), 2016, v. 11, n. 3, 151 ss.

[119] NStZ-RR 01, 82; W. Joecks- M. Meißner, § 73 *StGB*, cit., Rn. 35.

[120] W. Joecks-M. Meißner, *§ 73 StGB*, cit., Rn. 35.

[121] Nella nozione di profitto direttamente confiscabile rientrano, invece, i beni immobili, i beni mobili di ogni genere, appezzamenti di terreno ed altro, diritti reali e obbligazionari, W. Joecks-M. Meißner, § 73 *StGB*, cit., Rn. 35.

[121] W. Joecks-M. Meißner, *§ 73 StGB*, cit., Rn. 35.

[122] W. Joecks- M. Meißner, *§ 73 StGB*, cit., Rn. 35; K. Lackner, § 73, cit., 473.

[123] E. Amati, *Confisca "amministrativa" negli abusi di mercato limitata al solo profitto e persistenti criticità della confisca penale (Corte Cost., 10 maggio 2019, n. 112)*, in *Giur. comm.* 2019, v. 46, n. 6, 1293 ss.

decurtato della perdita che si sarebbe dovuta sostenere. Lo stesso legislatore europeo è consapevole della difficoltà di calcolare un simile profitto immateriale, precisando "per quanto possano essere determinati". L'auspicio è che in conformità al principio di legalità sia il legislatore a stabilire la confiscabilità di simili forme di profitto immateriale, magari chiarendo i criteri di calcolo, così consentendo di meglio rispondere al monito derivante proprio dalla sentenza in esame circa il rispetto del principio di proporzione, soprattutto rispetto a forme di confisca che rischiano di assumere, laddove si dilati il concetto di profitto confiscabile, un carattere punitivo.

4. Un altro problema riscontrato dalla giurisprudenza nell'interpretazione della nozione di profitto attiene all'adozione del principio del prelievo netto o lordo. In base al principio del prelievo netto possono essere sottratti solo i profitti del reato al netto delle spese realizzate dal reo per la sua consumazione; il principio del lordo non tiene conto delle spese realizzate.
In realtà si vedrà come le due posizioni tendono a conciliarsi laddove i primi non tengono conto delle spese illecite (per commettere il reato) e i secondi tengono conto delle spese lecite. Il problema si pone, infatti, concretamente per quelle forme di criminalità cd. economica, connesse ad un'attività lecita d'impresa nella quale si insinuino condotte integranti reato, come una truffa o una corruzione finalizzati alla aggiudicazione di un appalto ovvero ad ottenere la liquidazione da parte del pubblico ufficiale di un corrispettivo più elevato di quello dovuto nell'ambito di un rapporto sinallagmatico stipulato fra impresa privata ed ente pubblico[124]. Nel caso in cui l'attività illegale non comporti lo svolgimento di alcuna controprestazione lecita, il profitto confiscabile non potrà che identificarsi con l'intero valore del negozio, in quanto integralmente frutto di un'attività illegale, facendo difetto qualunque costo scorporabile, perché intrinsecamente illecito o comunque concernente attività strumentali e/o correlative rispetto al reato presupposto.
Nel diritto sovrannazionale si deve ricordare che nella Convenzione di Vienna contro il narcotraffico del 1988[125], nella Convenzione contro il crimine organizzato di Palermo del 2000 e nella Convenzione contro la corruzione di New York del 2003 si usa il termine "*proceeds*" – proventi, non profitti – per riferirsi all'oggetto della confisca. Costituiscono *proceeds,* secondo tali Convenzioni, i beni ottenuti o derivati direttamente o indirettamente dalla commissione di un reato[126]. Sembra, come sostenuto da alcuni giudici della Corte Suprema nordamericana[127], che le Convenzioni delle Nazioni Unite scelgono di attribuire al concetto di prodotto un significato molto ampio, chiaramente volto ad adottare il principio del profitto lordo.
Come osservato nella citata sentenza delle Sezioni Unite Fisia[128], anche gli Atti internazionali ai quali la legge delega n. 300 del 2000 ha inteso dare esecuzione (Convenzione 26/7/1995 sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e relativi protocolli; Convenzione 26/5/1997 relativa alla lotta contro la corruzione; Convenzione OCSE 17/12/1997) impegnano gli Stati aderenti ad adottare misure idonee alla confisca o comunque alla "sottrazione" dei "proventi" dei reati di cui si occupano e nel Rapporto esplicativo alla Convenzione OCSE si precisa che con quest'ultimo termine devono intendersi "i profitti o gli altri benefici derivanti al corruttore dalla transazione o gli altri vantaggi ottenuti o mantenuti attraverso la corruzione"; tale precisazione chiarisce, ad avviso della Corte, che con il termine "proventi" (proceeds) si sono voluti indicare tutti i vantaggi ricavati dalla commissione dei reati.

---

[124] A. Scarcella, *Il profitto sequestrabile all'Ente nei reati a prestazioni corrispettive (commento a Cass. pen., n. 23013, 31 maggio 2016)*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti* (La), 2016, v. 11, n. 4, 253 ss.; R. Borsari, *Percorsi interpretativi in tema di profitto del reato nella confisca*, cit., 16 ss.
[125] Art. 1 (n) "Proceeds" means property of every description, whether corporeal or incorporeal, movable or immovable, tangible or intangible, and deeds and instruments evidencing title to, or interest in, such property".
[126] Art. 3 Convenzione di Vienna, "proceeds were obtained or derived directly or indirectly from the illicit traffic", art. 12 Convenzione di Palermo "Proceeds of crime derived from offences covered by this Convention or property the value of which corresponds to that of such proceeds"; cap. I, art. 2 Convenzione di New York (e) "Proceeds of crime" shall mean any property derived from or obtained, directly or indirectly, through the commission of an offence".
[127] United States v. Santos, 128 S. Ct. 2020 (2008).
[128] Cass. S.U. 27.3.2008, n. 26654, Fisia Italimpianti

Nelle Convenzioni del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro, la confisca del 1990 di Strasburgo – che usa sempre il termine "proceeds" e all' "art. 1, a) recita "«provento» significa ogni vantaggio economico derivato da reati" – si stabilisce, in particolare nel rapporto esplicativo, che nella nozione di "vantaggio economico" non si debba tenere conto dei costi, pur considerando la varietà delle soluzioni nazionali; si afferma che "differences in national legislation or legal practice in this respect between parties should not be invoked as an obstacle to the international co-operation". Nella medesima direzione, nel quadro del Consiglio d'Europa, la Convenzione sul riciclaggio, la perquisizione, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e il finanziamento del terrorismo, stipulata a Varsavia il 16 maggio 2005 definisce il «provento» come «qualsiasi beneficio economico derivato o ottenuto direttamente o indirettamente da un reato".
La Direttiva n. 42/2014 continua a usare il termine "proceeds" (provento) (art. 2) e a definire il provento come "ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati": una definizione ben compatibile con la nozione di profitto lordo. Tale ampia definizione, come emerge nel considerando n. 14 e sopra ricordato, deve essere applicata anche in relazione ai reati non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva, cui si continuerà ad applicare la decisione quadro 2001/500/GAI.

4.1. Nell'ordinamento tedesco, dopo la legge di riforma del 1992, è stato introdotto il *Bruttoprinzip*, ma con la riforma del 2017 è stata introdotta una norma ad hoc, il § 73 d che consente di decurtare dal profitto lordo le spese lecite, stabilendo che "nella determinazione del valore di quanto ottenuto si detraggono le spese sostenute dall'autore, complice o altra persona", ma precisando che "non si tiene conto di quanto speso o utilizzato per commettere il reato o per prepararlo, a meno che non si tratti di pagamenti per adempiere un obbligo nei confronti della persona offesa dal reato". Per calcolare le spese si attribuisce al giudice un potere di stima: "2) L'entità e il valore di quanto ricevuto, comprese le spese da detrarre, possono essere stimati".
Tale disciplina, fermo restando che la tutela della proprietà *ex* art. 14 GG attiene ai beni legittimamente posseduti, mentre il reato non è un legittimo titolo di acquisto di beni, consentirà di applicare il *Bruttoprinzip* nel rispetto del principio di proporzione in conformità sia all'art. 14 GG sia all'art. 2 GG (diritto al libero sviluppo della propria personalità, purché non violi i diritti degli altri)[129].
La dottrina interpreta la riforma come espressione di un principio *del lordo moderato*, perché mentre in prima battuta la norma sembrerebbe sancire il ritorno al principio del netto, ammettendo le eccezioni considerate, finisce per trattarsi di un lordo moderato[130]; in realtà, come accennato, le due posizioni, principio del lordo e principio del netto, finiscono per sovrapporsi.
Tale disciplina ha così fatto chiarezza e risolto i dubbi della prassi giurisprudenziale[131], da una parte, e compensato, dall'altra, l'abrogazione della clausola dell'onerosità (*Härteklausel*) dell'art. 73c StGB, stabilendo una procedura chiara in due fasi, che prevede nel calcolo del profitto da parte dei giudici la deduzione delle spese lecite, con l'eccezione delle spese illecite e cioè quelle per la consumazione o la preparazione del reato[132], salvo se si tratta di pagamenti per l'adempimento di obblighi nei confronti della persona offesa. Tale disciplina è considerata conforme al carattere quasi condizionale della misura di confisca in esame, nonché ispirata alla disciplina civilistica del § 817 s 2 BGB, l'istituto dell'ingiustificato arricchimento, con le connesse questioni interpretative affrontate dalla giurisprudenza[133]. Nella prassi giurisprudenziale sono state detratte, ad esempio le spese per l'acquisto e produzione di beni che vengono venduti con deliberata elusione delle disposizioni di

[129] T. Rönnau-M. Begemeier, *Grund und grenzen der Bruttoeinziehung*, in *GA* 2017, 6 ss.
[130] Idem, Rn. 3.
[131] Cfr. a tal proposito W. Joecks-M. Meißner, § 73 StGB, cit., Rn. 32 s.
[132] BGHSt 52, 227.
[133] M. Heger, *§ 73d StGB, Bestimmung des Wertes des Erlangten*, Schätzung, Rn. 1-8, in K. Lackner-K. Kühl, StGB 29, ed. 2018, Rn 1 ss.; W. Joecks-M. Meißner, § 73 StGB, cit., Rn. 33.

diritto del commercio estero[134] o le spese per l'acquisto di azioni connesso all'insider trading o alla manipolazione intenzionale del mercato[135].
La dottrina ritiene che alla luce dell'interpretazione restrittiva fornita per il § 817 BGB si possono detrarre anche le spese compiute "colposamente" per la consumazione del reato da parte dell'autore, dei complici e dei terzi[136].
L'eliminazione della vecchia versione della Sezione 73c, la clausola dell'onerosità, non ha cambiato sostanzialmente la disciplina in esame, perché la protezione contro l'ingerenza sproporzionata nella nuova disciplina è garantita dalla disposizione della Sezione 459g (5) StPO nella versione modificata con la l. 25 giugno 2021 ("nei casi di cui …, l'esecuzione deve essere omessa per ordine del tribunale se risulti sproporzionata. L'esecuzione riprende per disposizione del tribunale laddove emergano o sopravvengono delle circostanze che contrastino con l'ordinanza di cui al primo comma").
Nell'ordinamento spagnolo, – premesso che in diverse disposizioni si utilizza il termine "*ganacias*" e in altre il termine "*beneficios*" che sostanzialmente da un punto di vista semantico è considerato un sinonimo di "*ganacias*" e non pone particolari problemi interpretativi, salve le esigenze di "coordinaciòn terminologica en el CP" – si ritiene che in base ad un'interpretazione letterale, che rappresenta in base al principio di legalità una barriera insormontabile in materia penale (nel senso che l'interpretazione data deve essere compatibile con il dato letterale e non sfociare nell'analogia), il legislatore avrebbe adottato il principio del profitto netto. L'art. 127 CP nel definire l'oggetto del comiso (confisca) parla de(lla) «las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar»; il dizionario della lingua spagnola chiarisce che nell'ambito del commercio si considera profitto la «cuenta en que anotan los tenedores de libros el aumento o disminución que va sufriendo el haber del comerciante en las operaciones mercantiles. En el debe de la contabilidad se anotan las pérdidas; y en el haber, las ganancias del comerciante». Alla luce di tale definizione, sembra che il termine *ganacias* faccia riferimento al profitto netto, alle entrate nette, all'aumento effettivo del patrimonio[137]; una diversa interpretazione sarebbe contraria al principio di legalità, anche alla luce di un'interpretazione teleologica considerando che lo scopo della confisca è quello di neutralizzare l'illecito arricchimento, se non si vuole adottare un'interpretazione analogica. Tanto è vero – si osserva – che, laddove adottato, il principio del lordo è previsto espressamente dal legislatore, come in Germania[138].
In realtà la dottrina è piuttosto divisa, fermo restando che tale questione non è stata oggetto di un particolare dibattito[139]. Parte della dottrina, in ogni caso, ritiene che nell'ordinamento spagnolo sia stato adottato il principio del prelievo lordo[140] e questa sembrerebbe la posizione della giurisprudenza, ma con riferimento al traffico di stupefacenti, nel senso di non tenere conto di quanto pagato per l'acquisto della droga (spese illecite)[141].

---

[134] BGHSt 47, 369.
[135] BGHSt 59, 80.
[136] In particolare, ciò include i casi di errore di fatto, come quando si presuppongono erroneamente circostanze la cui esistenza renderebbe la transazione lecita (es. errore su determinate proprietà di un'arma nel caso della fornitura colposa non autorizzata di servizi di pagamento). Se in concreto, secondo la motivazione della legge, anche la colpa grave dovrebbe ostare al divieto di deduzione, dal punto di vista giuridico nemmeno un errore di diritto inevitabile ai sensi dell'art. 17 comma 1 può bastare, T. Rönnau-M. Begemeier, *op. cit*., 19; la vicinanza al § 817 S 2 BGB rivendicata dal legislatore può giustificare questo, W. Joecks-M. Meißner, *§ 73 StGB*, cit., Rn. 5.
[137] I. Blanco Cordero, *El comiso de ganancias*, cit.,5; A.R. Reeg, *Comentario al artículo 344 bis e) del Código Penal*, in *Comentarios a la Legislación Penal*, diretto da M. Cobo Del Rosal, T. XII, *Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas*), Madrid 1990, 443-467, 459: *«el empleo del término "ganancias" indica que deben entenderse por éstas solo el "neto" obtenido»*; C. Martínez Buján Pérez, *Derecho Penal económico y de la empresa*. *Parte especial*, 2.ª ed., Valencia 2005, 304 s.
[138] I. Blanco Cordero, *El comiso de ganancias*, *cit.*, 5;
[139] I. Blanco Cordero, *El comiso de ganancias*, *cit*., 5; J. Vizueta Fernández, *El comiso de las ganancias provenientes, y el de otros bienes equivalentes a éstas*, in *Rev. Penal* 2007, n. 19, 171.
[140] T. Aguado Correa, *op. cit*., 101 s.; J. Choclán Montalvo, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid 2001, 54.
[141] STS (Sala de lo Penal), de 17.5.1993, núm. 1140; ATS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), 12.9. 2006, núm. 1803.

Nell'ordinamento svizzero sembrerebbe che il legislatore abbia adottato il principio del lordo laddove usa il termine generico "valori patrimoniali", "che sono stati ricavati da un comportamento punibile" (*Vermögenswerte*)[142]. Tale problema, in particolare, emerge laddove viene pronunciata la confisca di valore (art. 71 swStGB) in quanto si ritiene che il reo che ha già disposto del prodotto dell'infrazione non può essere trattato come chi non ne ha disposto[143], ma in realtà si tratta di una questione controversa; in ogni caso il codice penale autorizza il giudice a diminuire l'entità della somma oggetto dell'ordine di pagamento in considerazione di esigenze di reinserimento del condannato[144]. La giurisprudenza della Suprema Corte federale (*Bundesgericht*) tende ad applicare il principio del lordo[145], soprattutto in relazione ai traffici illeciti – come quello di stupefacenti –, procedendo alla confisca dell'intero ricavato della vendita[146], ma in realtà ammette, in determinare circostanze, che in adesione del principio di proporzionalità l'ammontare da confiscare sia diminuito per tenere conto delle spese lecite[147]

Nel Regno Unito formalmente si applica il principio del lordo (anche dopo la riforma del 2022 si continua a fare riferimento al beneficio tratto dal reato, senza alcuna specificazione) anche se una soluzione di compromesso era stata prospettata dal *Hodgson Committee* nel 1984.

Tale comitato sottolineava l'esigenza di restringere l'ambito di applicazione della confisca al profitto netto, per non confondere lo scopo di rimuovere un ingiusto arricchimento con lo scopo punitivo. Una pena addizionale di carattere economico può sempre essere inflitta, ma deve rimanere distinta dal *confiscation order*. Il Comitato *Hodgson* proponeva, però, per facilitare il compito della Corte nel calcolare il profitto netto, di porre a carico dell'accusa l'obbligo di provare l'ammontare del profitto lordo, spettando alla difesa l'onere di stabilire le deduzioni da operare. Questa è, almeno in parte la soluzione che dovrebbe essere stata accolta dal legislatore inglese, ad avviso di qualche autore. Oggetto del *confiscation order* è, infatti, formalmente il profitto lordo. Con l'uso del termine "*proceeds*" (ricavato), invece di *profits* (profitti), afferma la Corte d'Appello, si specifica che il ricavato del reato è confiscato senza considerare le spese realizzate dal reo per il loro conseguimento[148], così evitando di imporre al giudice un esercizio di contabilità, che sarebbe potuto risultare impossibile nelle circostanze del caso concreto[149].

In un sistema in cui il giudice può ridurre la somma oggetto del provvedimento di confisca tenendo conto del valore della proprietà del condannato, che può essere realmente realizzata (*available*), quando questa è inferiore al valore del ricavato lordo del reato, si finisce in tal modo per tenere conto della differenza tra ricavato lordo e profitto netto, concretamente a disposizione del reo. Accogliendo le sollecitazioni del *Committee Hodgson*, però, non viene imposto al giudice, nell'emanare l'ordine di confisca, di tenere conto del valore della proprietà disponibile, ma spetta all'imputato l'onere di provare che l'ammontare realizzabile sia inferiore al profitto lordo[150].

---

[142] N. Schmid, *Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff.,* in *Schw. Zeit. für Strafrecht* 1995, 115.

[143] Cfr. BGE 115 IV 173; 120 Ib 177; BGE 119 IV 17; cfr. N. Schmid, *op. cit.*, 338; M. Pieth – J. Natterer, relazione per la Svizzera, in *MPI Freiburg: Gewinnabschöpfung im Internationalen Vergleich – Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung für Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Settembre 1996, 108 - 109.

[144] Treccani, Risposte al questionario *On the reversal of the onus of proof Looking for an answer to the criminal economy - Production of Study Report on The Reversal of the burden of proof regarding the apparently illicit derivation of profits and assets in the context of the fight against the criminal economy UNOV/ISPAC* Contract No. 97/548, Blakesley, Rossman, Thaman, Corvo, Hauptmann, Woratsch, López, Madhuku, *Kandi* - Popovi, Kandi, Panayoton, Curia- Bertoni, Treccani, 33 - n. 2105.

[145] Cour de Cassation pénale, 2.9.1977, T et G. contre Ministère public du canton de Vaud. BGE 103 IV, 142.

[146] Cfr. BGE 103 IV, 142; 109 IV 124.

[147] BGE 30. März 2010. 6B 697/2009.

[148] D. Feldmann, *Criminal Confiscation Orders - The New law*, London 1988, 8.17.

[149] Ed anche se il risultato può sembrare "*draconian*", corrisponde alla volontà del legislatore, precisa la Court of Appeal, *Leslie Lionel Simons (Henry J.)*, 6, 25 Maggio 1993, in 98 *Cr. App. R.* 1994, 100; Court of Appeal, *Ian Smith*, 9.6.1989, 89 *ivi* 1989, 235.

[150] Court of Appeal, 29.11.1990, *David Comiskey*, in 93 *Cr. App. R.* 1991, p. 227, in cui, anche se l'uso di questi poteri, di adeguamento del provvedimento alle reali capacità del reo, non è obbligatorio, si ritiene auspicabile che il giudice non ignori il fatto che talune spese sono state compiute per la consumazione del reato.

In diverse pronunce, tuttavia, il principio concretamente accolto sembra il "*gross principle*" proprio in relazione alla confisca che colpisce attività economiche, come nella decisione *Del Basso & Goodwin v R [2010] EWCA Crim 1119* che riguarda un'azienda che offriva parcheggi a lungo termine su un terreno non lontano dall'aeroporto di Stansted. L'attività era legittima, tranne per il fatto che veniva svolta in assenza di qualsiasi permesso di pianificazione per il terreno destinato a tale uso. L'ordine di confisca in questo caso si è basato sugli introiti lordi dell'attività, non sui profitti netti. Per giungere a tale conclusione la Court of Appeal ha richiamato la decisione della House of Lords in R v May [2008] UKHL 28 in cui, riassumendo le caratteristiche chiave della confisca la Corte ha affermato che "il beneficio ottenuto è il valore totale della proprietà o vantaggio ottenuto, non l'utile netto del convenuto al netto delle spese". Nel caso R v Waya [2012] UKSC 51 la Corte Suprema, coerentemente con il caso May, ha osservato che "un ordine di confisca legittimo e proporzionato può … esigere che l'imputato paghi l'intera somma che ha ottenuto con il reato senza consentirgli di compensare le spese del reato".
Nel caso R v Harvey [2013] EWCA Crim 1104 la Corte d'Appello ha confermato un ordine di confisca basato su una percentuale di tutte le entrate lorde di un'impresa nonostante il fatto che tali entrate includessero alcune somme evidentemente legittime e l'imposta sul valore aggiunto delle vendite fatturate, che erano state correttamente contabilizzate. La Corte ha affermato che "è ripugnante e contrario ai principi enunciati nel paragrafo 48 della pronuncia May e nel paragrafo 26 di Waya, svolgere un esercizio contabile in relazione a tali somme" ottenute a seguito di condotta criminale. Sembrerebbe, quindi, che in tale ordinamento la giurisprudenza abbia adottato un orientamento severo in base al quale gli ordini di confisca devono essere emessi sulla base degli importi lordi ottenuti a seguito di o in connessione con il crimine.
Tuttavia la Corte d'Appello nel caso McDowell adotta al paragrafo 51 una soluzione intermedia, proprio laddove vengono in gioco delle spese lecite: "In un caso in cui le operazioni sottostanti che producono le entrate del ricorrente sono legittime e non penalmente rilevanti, il costo di tali transazioni per il convenuto può, per motivi di proporzionalità, essere propriamente assimilato al corrispettivo dato dal ricorrente per il beneficio «ottenuto». Potrebbe non esserci alcuna "perdita" come contemplato dalla Corte Suprema nel caso Waya, ma il principio di fondo è lo stesso: l'imputato non ha guadagnato dalla sua condotta nella misura corrispondente al valore delle sue entrate. Ogni caso deve essere deciso in base alle specifiche circostanze". Si tratta qui della situazione in cui l'imputato ha commesso un reato e tale reato ha dato vita a un'attività commerciale che altrimenti non si sarebbe realizzata, ma l'attività commerciale sottostante non è di per sé una condotta criminale.
Una precedente decisione della Corte d'Appello aveva riguardato il signor Sale che aveva ottenuto contratti per la sua società di ingegneria dalla Network Rail, corrompendo uno dei loro dipendenti (R v Sale [2013] EWCA Crim 1306). Il lavoro di ingegneria è stato eseguito correttamente e rappresenta, di per sé, un'attività del tutto legale. La Corte d'Appello ha concluso che l'importo da confiscare non era l'incasso lordo della società contraente, ma era l'utile aziendale più il vantaggio economico acquisito ottenendo quote di mercato, escludendo i concorrenti, e risparmiando sui costi di predisposizione di vere e proprie gare d'appalto. La Corte d'Appello ha ritenuto che, per motivi di proporzionalità e alla luce della sentenza della Corte Suprema in Waya, l'importo da pagare ai sensi del provvedimento di confisca avrebbe dovuto essere calcolato su tale base. In questo caso non si applica tout court il principio del lordo.
In un altro caso, R v Boughton Fox [2014] EWCA Crim 2940, la Corte ha ritenuto che i clienti fossero stati indotti da false dichiarazioni disoneste a stipulare legittimi contratti di leasing a condizioni che erano più onerose di quelle loro rappresentate. La società imputata aveva ricevuto provvigioni dai locatori per la sottoscrizione dei contratti; l'imputato è stato condannato per associazione a delinquere ed è stato sottoposto a un provvedimento di confisca. La Corte d'Appello, a seguito del caso Sale, ha concluso "che il vantaggio per il ricorrente potrebbe probabilmente ricomprendere (1) l'utile lordo derivante dall'attività commerciale disonesta, (2) l'aumento del valore di mercato della società, se del caso, rappresentato da "the dishonest trading activity with (3) an adjustment to represent the appellant's 50% interest in the company". In questo caso, tuttavia, non disponendo la Corte delle

informazioni necessarie che le consentissero di calcolare in tal modo il beneficio, ha ritenuto che il beneficio del signor Boughton Fox fosse proporzionato al suo stipendio e ai dividendi ricevuti nel periodo di consumazione del reato.
In dottrina si ritiene che un precedente come il caso Sale consenta agli imputati di chiedere ai tribunali di limitare l'ordine di confisca al "vero vantaggio" ottenuto dalla condotta criminale, invece degli importi lordi ottenuti, al fine di pervenire a un provvedimento di confisca proporzionato e conforme all'art. 1 del Primo protocollo CEDU; emerge, tuttavia, che l'effetto delle recenti decisioni è stato quello di creare una certa incertezza. Sembra difficile, infatti, conciliare l'approccio severo adottato nel caso Harvey con l'approccio più mite adottato in Sale, laddove entrambi i casi si riferivano ad attività commerciali essenzialmente legittime, ma contaminate da un reato, un "ingrediente illegittimo"[151].

La Corte d'Appello, successivamente, nel caso R v King [2014] EWCA Crim 621 ha affrontato il caso di un venditore di auto usate, di per sé un'attività non criminale, in cui il reato consisteva nel pretendere di agire come un privato piuttosto che come un commerciante nel vendere 58 automobili, tentando di eludere la legislazione sulla protezione dei consumatori; secondo l'appellante il beneficio economico del reato avrebbe dovuto essere calcolato sulla base del profitto derivante dal commercio di auto usate, piuttosto che sulle sue entrate lorde. In questo caso, con una sola eccezione, gli acquirenti erano stati apparentemente soddisfatti delle auto acquistate. Il suo ricorso è stato respinto. La Corte d'Appello ha ritenuto che il beneficio del signor King fosse l'importo lordo ricevuto e che "questo affare era fondato sull'illegalità".
In dottrina si osserva criticamente che anche nel caso Sale, essendo i contratti in questione ottenuti con tangenti illecite, si sarebbe potuto affermare che gli incassi lordi erano "fondati sull'illegittimità"; non sono chiari, insomma, le circostanze in presenza delle quali il giudice riterrà opportuno limitare l'importo da confiscare al profitto che ne deriva[152]. Come la Corte d'Appello ha osservato al paragrafo 32 del caso King, "i casi differiscono in larga misura" e quindi, si può aggiungere, è difficile stabilire dei parametri chiari o dedurli da tale giurisprudenza.
Anche negli Stati Uniti è stata adottata una soluzione interessante. In questo paese, infatti, dopo la legge di riforma del 1984 (il *Comprehensive Crime Control Act* 1984, il cui Title III prevede il *Comprehensive Forfeiture Act* che ha emendato il *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Statute* (RICO)), si applica il principio del lordo, ma in relazione al *civil forfeiture* il *Civil Asset Forfeiture Reform Act* (CAFRA) 2000 ha sancito che in casi che coinvolgono beni e servizi legali che sono pagati o procurati in maniera illegale, il termine *proceeds* fa riferimento all'ammontare di denaro acquistato attraverso la transazione illegale sottoponibile a *forfeiture*, meno i costi diretti realizzati per fornire i beni o i servizi. Sul reclamante incombe l'onere di provare tali costi diretti, nei quali non sono incluse le spese generali dell'ente (*entity*) che fornisce i beni o servizi, o le tasse sul reddito pagate dallo stesso. In tal modo si accoglie l'orientamento già espresso in materia dalla giurisprudenza nel settore in cui maggiormente si pongono i problemi relativi all'applicazione del principio del lordo e cioè in relazione alla criminalità economica; nel caso *Lizza*, in particolare, la Corte non ha consentito la detrazione dalla somma da confiscare (ricavato di appalti illecitamente ottenuti) delle spese generali e di quanto pagato per le tasse. Si sono, invece, considerati i costi diretti delle prestazioni realizzate[153].

---

[151]**COSÌ SEDULO FORENSIC ACCOUNT, *BENEFIT IN CONFISCATION: GROSS RECEIPTS*, IN HTTPS:// SEDULOFORENSIC.CO.UK/NEWS/BENEFIT-IN-CONFISCATION-GROSS-RECEIPTS-OR-PROFIT.PROFIT?.**

[152] Idem.
[153] Cfr. *United States v. Riley*, 78 F. 3d 367 (8th Cir. 1996); critico nei confronti di questa sentenza perché da una qualche considerazione alle spese compiute, in contrasto con la natura punitiva e non compensativa del *criminal forfeiture*, D.B. Smith, *Criminal forfeiture, Part. II Prosecution and Defense of Forfeiture Cases*, Alexandria - Virginia, ultimo aggiornamento 1999, § 13.02. — 13.14 ss.

In tale ordinamento, in ogni caso, nella disciplina del *civil forfeiture* (previsto dagli artt. 18 U.S.C. §§ 981, 983, 984, and 985, e 21 U.S.C. § 881[154]), all'art. 18 U.S.C. § 981. *Civil forfeiture*, si prevede una chiara distinzione tra i proventi di attività illegali, che devono essere confiscati al lordo senza alcuna considerazione di eventuali spese, e i proventi di attività in sé legali cui applicare il principio del netto, tenendo conto delle spese lecite: "(A) In cases involving illegal goods, illegal services, unlawful activities, and telemarketing and health care fraud schemes, the term "proceeds" means property of any kind obtained directly or indirectly, as the result of the commission of the offense giving rise to forfeiture, and any property traceable thereto, and is not limited to the net gain or profit realized from the offense.
(B) In cases involving lawful goods or lawful services that are sold or provided in an illegal manner, the term "proceeds" means the amount of money acquired through the illegal transactions resulting in the forfeiture, less the direct costs incurred in providing the goods or services. The claimant shall have the burden of proof with respect to the issue of direct costs. The direct costs shall not include any part of the overhead expenses of the entity providing the goods or services, or any part of the income taxes paid by the entity".
In caso di *civil forfeiture,* inoltre, il ricorrente può dimostrare, con onore della prova a suo carico in base allo standard civilistico, dinanzi a una corte senza giuria, il carattere assolutamente sproporzionato della confisca nel caso concreto in base al 18 U.S.C. § 983. General rules for civil forfeiture proceedings ((3) The claimant shall have the burden of establishing that the forfeiture is grossly disproportional by a preponderance of the evidence at a hearing conducted by the court without a jury). La Corte può diminuire l'ammontare o non applicare la confisca laddove ritenga che il provvedimento sia sproporzionato al fine di evitare una violazione dell'Excessive Fines Clause o dell'ottavo emendamento ((4) If the court finds that the forfeiture is grossly disproportional to the offense it shall reduce or eliminate the forfeiture as necessary to avoid a violation of the Excessive Fines Clause of the Eighth Amendment of the Constitution)[155].
Anche recentemente, nel 2019, la Suprema Corte degli Stati Uniti nel caso *Timbs v. Indiana*, ha ribadito che il *civil forfeiture* è sottoposto all'"*excessive fines" clause* dell'ottavo emendamento della Costituzione[156]. Negli ultimi anni, molti stati hanno approvato leggi per limitare l'uso del *civil forfeiture,* e alcuni lo vietano del tutto a meno che il proprietario non sia già stato condannato per il reato che giustifica il sequestro[157].
Nell'art. *18 U.S.C. § 982. Criminal forfeiture* invece si fa riferimento al *gross proceed* e si impone la confisca dei beni "(B) constituting, derived from, or traceable to the gross proceeds that the defendant obtained directly or indirectly as a result of the offense." In molte specifiche disposizioni relative a determinati reati si richiama questo concetto di "*gross profits or other proceeds"*, o *gross proceeds* (ad esempio *art. 18 U.S.C. § 2328. Mandatory forfeiture* o *21 U.S.C. § 853. Criminal forfeitures*).
In materia di riciclaggio, si fa chiaramente riferimento al profitto lordo con il Fraud Enforcement and Recovery Act del 2009 (FERA) introdotto in risposta alla decisione della Suprema Corte nel caso Santos[158], che nell'interpretare il termine "*proceeds*" aveva adotta il principio del profitto netto al

[154] Cfr. U.S. Department of Justice, Criminal Division, Money Laundering and Asset Recovery Section, *Asset Forfeiture and Money Laundering Statutes* (2019), htpp://www.justice.gov/criminal-mlras.
[155] Cfr. in materia A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 710 - 714 ss. e dottrina e giurisprudenza ivi citata.
[156] Cfr. sull'impatto della decisione Timbs B. Kelly, *An Empirical Assessment of Asset Forfeiture in Light of Timbs v. Indiana*, in *Alabama law review*, v. 72, n. 3, 2021, 613; J. Chigbrow, *Police or Pirates? Reforming Washington's Civil Asset Forfeiture System*, in *Washington law review*, 2021, v. 96, n. 3, 1147-1190.
[157] L'Equitable Sharing Program, tuttavia, ha fornito una scappatoia che ha consentito alle forze dell'ordine statali e locali di condividere i proventi liquidati delle cause di *civil forfeiture*, che potrebbero consegnare alle forze dell'ordine federali. Per evitare ciò nel 2015, l'Attorney General Holder (procuratore generale) ha vietato unilateralmente alle forze dell'ordine federali di collaborare con la polizia locale e statale per affrontare i casi in cui la legge locale e statale vieta di applicare il *civil forfeiture* in mancanza di accuse in sede penale. Il titolare del procuratore generale ha anche limitato il sequestro federale di conti bancari solo ai casi in cui sono state documentate gravi transazioni illegali. Cfr. B. Kelly, *op. cit.*, 613.
[158] United States v. Santos, 128 S. Ct. 2020 (2008); J. Gurulé, «*Does "Proceeds" Really Mean "Net Profits"? The*

fine di rispettare il divieto di Excessive Fine Clause dell'ottavo emendamento (criminal profits, not criminal receipts); tale normativa ha modificato la normativa in materia di riciclaggio di denaro definendo esplicitamente il termine proventi come qualsiasi proprietà derivata o ottenuta direttamente o indirettamente attraverso una sorta di attività illegale, compresi gli incassi lordi di detto esercizio, adottando chiaramente il principio del lordo.

4.2. L'utilizzazione del *principio del prelievo netto* pone indiscutibili problemi di accertamento e difficoltà contabili. La prova delle spese rischia, si afferma in dottrina, di essere legata a congetture e di rivelarsi del tutto speculativa, imponendo al giudice difficili calcoli allo scopo di assicurare al reo che non perderà, nel caso in cui venga catturato, più di quanto abbia ricavato dal reato (convinzione che potrebbe tutto sommato convincere il reo della convenienza della decisione di intraprendere l'affare illecito)[159].
Nonostante tali considerazioni l'adozione del principio del lordo non viene sempre condivisa dalla dottrina; si ritiene che tale principio alteri la natura dell'ablazione dei profitti, trasformandola da misura di compensazione, applicabile anche in mancanza di colpevolezza, a pena, che presuppone la commissione di un reato, la colpevolezza e una condanna (e che deve essere commisurata in base a quelli che sono i normali indici di commisurazione nei vari paesi; e anche la pena complessiva, costituita dalla confisca e dall'eventuale pena detentiva o pena pecuniaria, dovrebbe rispettare tali indici). Il reo, si osserva a tal proposito, avrà a sua disposizione solo le entrate nette del reato, che sono inferiori al ricavato lordo, con la conseguenza che per soddisfare l'ordine di confisca dovranno essere colpiti beni, che non sono connessi con il reato. La confisca assume così chiaramente il carattere di una pena[160].
In particolare la dottrina dominante in Germania ha criticato la sostituzione del *principio del prelievo netto* con il *principio del lordo*, perché così si trasformerebbe il *Verfall* (oggi *Einziehung*) da mera misura di compensazione a vera e propria pena[161]; si tratterebbe di una misura sproporzionata, che rischia di provare il fallimento dell'impresa[162]. Anche in Australia si critica l'utilizzazione del

---

Supreme Court's Efforts to Diminish the Utility of the Federal Money Laundering Statute», 7 *Ave Maria L. Rev.*, 388/389; E. Ennis, «*An Uncertain Precedent: United States v. Santos and the Possibility of a Legislative Remed*y», in *Cornell Law Review*, Vol. 95, 2009, 364 ss. Per il profitto lordo United States v. McHan, 101 F.3d 1027, 1041 (4th Cir. 1996); United States v. Simmons, 154 F.3d 765, 770 (8th Cir. 1998).

[159] Cfr. G.E. Palmer, *The Law Restitution*, Boston e Toronto 1978, § 2, 12.

[160] Così S. Walther, *Was soll Strafe"? – Grundzüge eines zeitgemäßen Sanktionensystems*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1999, 419. In questa direzione J. Vizueta Fernández, *op. cit*., 171; L. Fornari, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *RTrimDPenEc* 2005, 83; A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., 2153; R. Acquaroli, *Confisca e tassazione. Proposte di riforma e ipotesi di un modello integrato di disciplina della ricchezza "di origine illecita"*, in *La riforma del sistema sanzionatorio fiscale*, a cura di R. Acquaroli, Macerata 2007, 170 s.; R. Lottini, *Il calcolo del profitto del reato ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Società* 2009, 366 ss.; C. Piergallini, *L'apparato sanzionatorio,* in *Reati e responsabilità degli enti – Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano 2010, 244; G. Lunghini, *Profitto del reato: problematica individuazione delle spese deducibili*, in *Cmer* 2008, 90 s.; F. Mazzacuva, *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale "classico" e diritto penale "moderno"*, in A. Bargi–A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, cit., 236; E. Nicosia, *op. cit.*, 146; T. Trinchera, *Confiscare senza punire?*, cit., 86: "La soluzione all'interrogativo, lo abbiamo già accennato, varia a seconda degli scopi che si intendono perseguire con l'ablazione del profitto. Se esso viene commisurato al *lordo*, cioè all'intero ricavo dell'illecito, la confisca avrà una funzione essenzialmente *punitiva*. Se invece il profitto è commisurato al *netto*, cioè all'effettivo guadagno tratto dal reato, la confisca avrà una funzione meramente *restitutoria*" o *riequilibratrice*; M. Iuorio, *L'evoluzione giurisprudenziale della nozione di profitto confiscabile*, in *Riv. della Guardia di Finanza* 2017, n. 3, 844 ss.

[161] *Infra*, paragrafo seguente.

[162] W. Husberg, *Verfall bei Bestechungsdelikten -Eine Untersuchung über die Voraussetzungen und Auswirkungen der Verfallsanordnung gemäß §§ 73 ff. StGB unter besonderer Berücksichtigung des lucrum ex crimine bei den Bestechungsdelikten*, Aachen, 1999, 174; F. Saliger, «*Kick-Back, 'PPP', Verfall -Korruptionsbekämpfung im 'Kölner Müllfall'»,* in *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 47, 2006, 3.381; A. Wehnert-M. Mosiek, «*Untiefen der Vermögensabschöpfung in Wirtschaftsstrafsachen aus Sicht des Strafverteidigers*», in *Der Strafverteidiger* (StV), 2005, 574.

principio del prelievo lordo perché in tal modo si finisce per fare perseguire alle misure patrimoniali considerate uno scopo punitivo e non meramente riparatorio, in contrasto con il carattere civilistico del processo all'interno del quale viene applicato l'ordine di confisca nell'ordinamento australiano[163].

Nell'ordinamento spagnolo parte della dottrina ritiene che si debba adottare il principio del netto (el principio de ganancias netas) perché tale interpretazione è considerata maggiormente conforme allo scopo e alla natura della confisca dei profitti, che non è una sanzione e mira ad eliminare l'arricchimento patrimoniale generato dal reato. La confisca di tutti i proventi al lordo delle spese – di quanto investito per la commissione del reato – assumerebbe un carattere sanzionatorio, perché intaccherebbe il patrimonio che esisteva prima della sua esecuzione[164].

E in tale direzione si è espressa anche parte della dottrina nordamericana. Si osserva, innanzitutto, che occorre fare le debite distinzioni in relazione al tipo di reato. Non sembra ingiusta la confisca di tutto il guadagno di un trafficante di droga, salvo per quanto riguarda la tutela dei terzi, ma tale questione può essere risolta con un'apposita disciplina[165]; dall'altra parte, però, si ritiene che nessun danno deriverebbe dal fatto di limitare il *forfeiture* ai profitti netti, e se da un punto di vista procedurale si consentisse di affrontare la questione relativa al *forfeiture* solo dopo la condanna, sarebbe possibile consentire al reo di fornire le prove, per lo meno, delle spese "lecite", compiute per pagare le tasse sui suoi introiti illegali, senza violare la presunzione d'innocenza (consentire al reo di provare le spese compiute per la realizzazione del reato sembra anche a questa dottrina "sconveniente")[166].

Si finirebbe per punire più severamente i criminali che pagano le tasse – come generalmente avviene per i c.d. colletti-bianchi i quali svolgono anche attività legali – rispetto ai criminali professionisti, i quali svolgono attività meramente illecite e non pagano le tasse o comunque dichiarano il meno possibile[167]. E questa dottrina, che critica l'adozione del *principio del lordo*, ritiene che le difficoltà di calcolo sarebbero facilmente superabili attraverso la possibilità di valutare l'entità e il valore del profitto da parte del giudice, offerta ad esempio nell'ordinamento tedesco dal § 73 b *StGB* nella

---

[163] Cfr. B. Fisse, *Confiscation of proceeds of Crime - Funny Money, Serious legislation,* in *The Money Trail, Confiscation of proceeds of crime, Money Laundering and Cash transaction reporting,* a cura di B. Fisse - D. Fraser - G. Cross, Sidney 1992, 83. Cfr. Australian Institute of criminology, *Confiscation of the proceeds of crime: federal overview,* in *Trasnational crime brief,* 2008, n. 1.

[164] J. Vizueta Fernández, *op. cit.*, 171.

[165] Apposita disciplina che si opponga alla "*relation bak" doctrine*, cfr. A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 270 ss.

[166] Non è pensabile, poi, – e nessun giudice si è pronunciato in tale direzione –, confiscare a un gestore di scommesse clandestine una somma pari a tutte le scommesse senza considerare quanto restituito in qualità di vincita, cfr. D.J. Fried, *Rationalizing criminal forfeiture*, in *Journ. Crim. Law & Crim.* 1988, 376.

[167] Così D.J. Fried, *op. cit.*, 376 ss., il quale critica l'orientamento, espresso nella sentenza Lizza e ora codificato in relazione al *civil forfeiture* dall'*Act 2000*, in base al quale non possono essere considerate le spese generali e le tasse sui redditi pagate nel calcolare l'ammontare da confiscare; in particolare, nel caso in questione la Suprema Corte ha motivato la sua decisione affermando che altrimenti la confisca non svolgerebbe alcun effetto deterrente nei confronti del reo. Tali considerazioni della Corte sembrano sopravvalutare l'effetto deterrente, ad avviso della dottrina in esame, della confisca di quanto già pagato come tasse o della minaccia per il reo di dover comunque adempiere ai suoi impegni di spesa una volta uscito di prigione, cfr. *United States v. Riley*, 78 F. 3d 367 (8th Cir. 1996).

versione precedente la riforma del 2017[168] e oggi dal § 73 d StGB, o nell'ordinamento svizzero dal § 70 swStGB, n. 5, o nell'ordinamento francese[169] dalla prassi giurisprudenziale[170].

4.3. Tali osservazioni sono state, però, energicamente criticate da chi osserva che il *principio del lordo* ha l'effetto di riversare il rischio di esito negativo del reato sullo Stato, piuttosto che sull'agente. Attraverso l'applicazione del *principio del prelievo netto* la realizzazione del reato non comporterebbe, infatti, per l'agente alcun rischio di perdita economica, perché comunque lui potrà recuperare e conservare i valori patrimoniali in esso investiti; dovrà solamente augurarsi, nella peggiore delle ipotesi, di esser arrestato non prima di aver ottenuto il profitto del reato, in maniera da poter, poi, anche in caso di applicazione della confisca, recuperare le spese. L'agente rischia solo di non guadagnare, ma non certo di subire una perdita economica[171].
Il *principio del lordo* non costituisce, del resto, una regola eccezionale, ma piuttosto si tratta di una disciplina già conosciuta in molti ordinamenti nel settore civile, come negli Stati Uniti in relazione al *civil restitution*[172] o in Germania con il § 817 S. 2 BGB, secondo il quale in un negozio vietato i valori investiti sono persi; ne consegue che l'introduzione della confisca fondata sul *principio del lordo* è da un punto di vista giuridico oggettivamente giusta[173]. Si attribuisce al principio del lordo, da parte della più recente dottrina, anche una finalità di prevenzione generale, fermo restando che si deve garantire l'idoneità e la necessità della confisca, la sua ragionevolezza che include il divieto di Übermaβverbot, nonché la sua conformità alla tutela costituzionale del diritto di proprietà *ex* art. 14 che non copre chiaramente dei beni di origine illecita[174].
Si tratta di una prospettiva diversa e certamente condivisibile. La sottrazione del profitto illecito corrisponde sicuramente ad esigenze di giustizia, innanzitutto, e, quindi, di prevenzione generale e speciale, da tutti condivise; non sembrano, invece, così indiscutibili le esigenze che dovrebbero imporre l'adozione del *principio del prelievo netto.* Chi commette un reato corre consapevolmente il rischio di perdere il denaro o i beni investiti per la sua realizzazione nell'eventualità che il suo piano non si realizzi e, in particolare, nell'eventualità che venga perseguito. Non si capisce perché questo rischio si debba riversare sullo Stato e perché lo Stato dovrebbe rischiare di paralizzare la sua attività volta alla sottrazione del profitto del crimine per applicare il *principio del prelievo netto,* garantendo al reo di non perdere quanto investito per la realizzazione del reato.
Non si tratta, però, si badi bene, soltanto di una questione di opportunità pratica (non ostacolare l'attività del giudice con difficili calcoli), ma anche di una questione di giustizia e di legalità: chi commette un reato non deve guadagnare da esso. Il profitto del reato *non gli spetta* in quanto il crimine non rappresenta in nessun ordinamento un legittimo titolo di acquisto della proprietà o di altro diritto su un bene, e, quindi, il reo non può rifarsi delle perdite subite per la realizzazione del reato con

[168] Non si richiederebbe, infatti, al giudice di accertare l'assoluta verità sul punto, ma di limitarsi ad adempiere al normale obbligo di motivazione del pubblico ufficiale *ex* § 244 II *StPO*. Attraverso la possibilità di valutazione si consentirebbe di semplificare l'accertamento, evitando dei costi sproporzionati in termini probatori; si pretenderebbe dal giudice lo stesso tipo di accertamento necessario al momento della commisurazione del tasso giornaliero della pena pecuniaria, A. Dessecker, *Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis*, Freiburg 1992, 14; e tale valutazione del giudice è facilitata in taluni fondamentali settori, come ad esempio in relazione al traffico di sostanze stupefacenti, dalla disponibilità di sufficienti dati di mercato e di sufficiente giurisprudenza in materia, F. Schultehinrichs, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Zur Problematik der geplanten Vorschrift über den Erweiterten Verfall*, Mainz 1991, 107;
[169] Cfr. F. Desportes–F. Le Gunehec, *Le nouveau droit penal*, Tome I, *Droit pénal général*, Paris 1996, 614.
[170] Si consente al giudice di procedere ad una valutazione "*ex aequo et bono"* quando non ha a disposizione degli elementi precisi di valutazione *Cour de cassation*, 14.12.1994, n° P.94.1033.F, in *Rev. de dr. pen. et de crim.* 1995, 650.
[171] Cfr. D.B. Smith, *Criminal forfeiture, cit.*, § 13.02. — 13.15.
[172] Cfr. G.E. Palmer, *op. cit.*, § 2. 12.
[173] O. Katholnigg, *Die Neuregelungen beim Verfall*, in *JR* 1994, 356; cfr. G. Ries, *Die Vermögenstrafe. Eine kriminologische, rechtsdogmatische und rechtspolitische Analyse*, Baden-Baden 1999, 113 - 114; W. Husberg, *op. cit.*, 84, il quale paragona la confisca degli investimenti realizzati per consumare il reato a quella degli strumenti del reato.
[174] T. Rönnau-M. Begemeier, *op. cit.*, 1 ss. - in particolare 8.

qualcosa a cui non ha diritto e che in quanto bene di origine illecita deve essere confiscato dallo Stato[175].

Ne deriva che l'applicazione del *principio del lordo* non trasforma *tout court* la confisca da strumento di compensazione (di reintegrazione) a pena. In quanto se si sottrae esclusivamente ciò che si è provato essere profitto del reato, non si impone al reo quella lesione o limitazione di un suo diritto (in questo caso una diminuzione del suo patrimonio), che determina il contenuto afflittivo di una pena; si sottrae ad esso esclusivamente qualcosa che non gli spetta, sulla quale non può rivendicare alcun diritto[176]. Come affermato nel rapporto conclusivo del gruppo ad hoc "*droit communautaire et droit pènal*" creato nell'ambito della cooperazione politica tra gli Stati membri delle Comunità europee[177], una sanzione punitiva non si limita a ricostituire l'equilibrio violato dall'infrazione attraverso il risarcimento del danno[178] o la sottrazione del vantaggio indebitamente tratto dalla violazione della legge, ma deve infliggere un *plus* di carattere punitivo[179], che nell'ipotesi in esame mancherebbe.

In tale direzione sono interessanti le conclusioni raggiunte dalla dottrina tedesca in relazione a tale questione. Si osserva, in particolare, che il termine "*etwas*", usato nella formulazione del § 73 per definire l'oggetto del *Verfall* e oggi – dopo la riforma del 2017 – dell'*Einziehung*, costituisce un termine già usato nel diritto civile al § 812 I BGB, – ingiustificato arricchimento –, e allora lo scopo del legislatore potrebbe essere quello di coordinare la disciplina della confisca con questa norma, anche al fine di garantire l'unità dell'ordinamento giuridico[180]. Una volta stabilita, afferma questa dottrina, tale comparazione tra l'oggetto della confisca e quello contemplato dal § 812 I 1, non si capisce perché si ritenga che la riforma della disciplina del *Verfall* e oggi dell*'Einziehung* ne comporti la trasformazione da misura di compensazione a pena; l'istituto penalistico della confisca, infatti, svolgerebbe la stessa funzione di *compensazione* svolta dall'"istituto dell'arricchimento" (ingiustificato – si potrebbe dire nell'ordinamento italiano) nell'ambito dell'ordinamento civile (si parla di *Ausgleichsordnung*)[181].

Nell'ambito della teoria in questione, come esaminato, la collettività viene considerata il titolare del bene giuridico pregiudicato, in relazione alla quale gli organi statali devono garantire la compensazione dei pregiudizi subiti. A questo punto emerge l'argomentazione fondamentale che consente di negare che l'applicazione del *principio del lordo* impedisca di considerare l'*Einziehung*

---

[175] A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 570; aderisce T. Aguado Correa, *op. cit*., 101.

[176] Cfr. W. Husberg, *op. cit.*, 84 - 85, il quale ritiene quindi conforme al principio di colpevolezza la confisca del profittto lordo.

[177] Doc. 8859/91, 7 s.

[178] Cass. 29.10.2021 n. 3747: "La confisca ed il risarcimento del danno sono istituti non alternativi fondati su ratio e finalità differenti"; "Il ricorrente non può lamentare una duplicazione della risposta sanzionatoria esercitata nei suoi confronti laddove sia posto a subire sia la condanna al risarcimento del danno, ovvero un sequestro conservativo nell'ambito di un giudizio civile, e una confisca in sede penale atteso che mentre il primo istituto tende a risarcire la persona offesa il secondo ha lo scopo di impedire che il reo tragga vantaggio dal reato e, per questo, viene applicata anche nei casi di patteggiamento"; Cass. 9.7.2020 n. 28921.

[179] Cfr. G. Grasso, *Le systeme des sanctions administratives dans l'ordre juridique italien*, in *Étude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les États membres des communautés européennes*, vol. I, *Rapports nationaux*, Luxembourg 1994, 269; Id, *Rapport de synthèse*, ivi, 2 - 3.

[180] G. Wolters, *op. cit.*, 65 ss.; S. Kracht, *Gewinnabschöpfung und Wiedergutmachung bei Umweltdelikten*, in *Wistra* 2000, 328 ss.

[181] G. Wolters, *op. cit.*, 72 ss.. Il principio della compensazione degli interessi costituisce un principio fondamentale nel diritto civile tedesco. Il *Bereicherungsrecht* (diritto d'arricchimento) nell'ordinamento tedesco svolge la funzione di sottrarre gli oggetti o i valori, pervenuti in seguito ad un illecito nel patrimonio di un soggetto colpevolmente arricchitosi, per restituirli a colui al quale spettano in base ad una valutazione complessiva dell'ordinamento giuridico, il *Bereicherungsrecht* rappresenta un ordine di compensazione correttivo, che attacca un "avere illecito"; si vuole così ottenere il risultato che l'aumento patrimoniale dell'arricchito, corrispondente alla diminuzione patrimoniale verificatasi nel patrimonio dell'impoverito, compensi questa diminuzione. Anche nell'ambito del diritto penale emerge una funzione di compensazione, e pur nella diversità di questi due *Ausgleichsordnungen*, emerge un nucleo comune, rappresentato dal fatto che entrambi perseguono lo scopo di compensare il danno subito da un bene giuridico a causa dell'ingerenza altrui. Cfr. T. Rönnau- M. Begemeier, *op. cit.*, 1 ss.

come una misura di compensazione: per garantire la compensazione della collettività dovrà essere sottratto al reo una somma o delle cose corrispondenti al valore dello spostamento patrimoniale che si è avuto, a causa dell'illecito, dalla collettività al reo, e non vengono, invece, in rilevo gli spostamenti patrimoniali in senso inverso, e, quindi, le eventuali spese del reo. Ne deriva che proprio in quanto la confisca svolge questa funzione di compensazione del pregiudizio subito dalla collettività, si impone la sottrazione del ricavato lordo nei confronti dell'autore dell'illecito. Le spese del reo potrebbero essere prese in considerazione solo se si dimostrasse che in realtà tali spostamenti patrimoniali, le spese, siano avvenuti a favore della collettività: ad esempio questo potrebbe valere per le tasse sul patrimonio (in quest'ipotesi, del resto, occorre evitare la violazione del principio del *ne bis in idem*[182]) o per le prestazioni effettivamente realizzate a favore della collettività nell'ambito dell'affare illecito.
La disciplina della confisca costituisce insomma una sorta di fattispecie speciale all'interno del "fenomeno" della compensazione civilistica, una fattispecie la cui disciplina deriva da quella civilistica[183].

4.4. Come è emerso da quanto già evidenziato all'interno del principio del lordo, le spese del reo potrebbero essere prese in considerazione se si dimostrasse che si tratta di spostamenti patrimoniali avvenuti a favore della collettività; vi sono, allora, delle ipotesi in cui l'applicazione del *principio del lordo* può subire delle deroghe o un ridimensionamento[184]. Ciò sarà necessario, in particolare, in relazione alla criminalità economica e alle imprese, nell'ambito della cui attività può essere difficile distinguere gli investimenti leciti da quelli illeciti; si pone, in particolare, l'esigenza di distinguere quanto realizzato per consumare il reato in sé (ad esempio quanto speso per acquistare la droga, o le spese di gestione dell'attività paravento del riciclaggio) che non deve essere decurtato dal profitto confiscabile, e quanto speso per fornire una prestazione lecita a favore della vittima o della collettività, pur nell'ambito di un affare illecito, ad esempio le spese realizzate per costruire la scuola il cui appalto è stato ottenuto illecitamente.
In quest'ultimo caso saranno necessari particolari accertamenti per consentire al giudice di calcolare il profitto al netto di tali spese lecite e, comunque, il giudice in sede di commisurazione della pena deve tenere conto del principio di proporzione. In tale prospettiva si pone la scelta nordamericana di sottrarre alla confisca i costi diretti delle prestazioni lecite fornite nell'ambito di un affare illecito (non sono considerate le spese generali, forse, perché nella consumazione del reato le spese generali rientrano nello svolgimento dell'attività d'impresa funzionalizzata alla consumazione dell'affare illecito; i costi diretti, pur potendo essere considerati come parte dei costi e del conseguente rischio di perdita connesso alla consumazione dell'illecito, possono essere sottratti alla confisca in quanto si traducono in prestazioni a favore della collettività).
Si tratta di quel principio del lordo moderato introdotto nel § 73 d StGB dell'ordinamento tedesco che richiede espressamente di tenere in considerazione e decurtare le spese lecite realizzate dal profitto lordo; tale norma rappresenta un valido modello anche per l'ordinamento italiano.
In una prospettiva di cooperazione internazionale ai fini dell'applicazione delle misure in esame – anche in base al Regolamento sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca n. 1805/2018 o a livello internazionale in base alla Convenzione di Palermo sul crimine organizzato del 2000 (e

[182] Per le tasse sul reddito si deve considerare che, addirittura, non si considerano rilevanti neanche le tasse pagate sul reddito di provenienza illecita, in quanto le vicende negoziali o giurisdizionali successive non eserciteranno effetti sul periodo d'imposta in cui il contribuente ha avuto l'effettiva disponibilità del denaro e quindi è soggetto a tassazione, così S. Capolupo, voce *Proventi illeciti (tassazione dei)*, in *ED Aggiornamento*, vol. I, Varese 1997, 872.
[183] G. Wolters, *op. cit.*, 82 – 83; in tale direzione da ultimo T. Rönnau-M. Begemeier, *op. cit.*, 6 ss.
[184] N. Schmid, *op. cit.*, 114 ss., il quale sottolinea la necessità di distinguere le ipotesi in cui si tratti di profitti *del tutto illeciti* in quanto derivanti da una *transazione del tutto illecita* (da comportamenti assolutamente antigiuridici, come ad esempio il traffico di droga, o il traffico di armi, il contrabbando, la corruzione), dai profitti illeciti in quanto derivanti da comportamenti normalmente leciti, ma che nel caso concreto assumono una connotazione illecita divenendo punibili (ad esempio in relazione al reato di *insider trading*).

alla relativa Risoluzione Falcone del 2020), sarebbe importante garantire un'uniformità di disciplina a tal proposito.
Il principio del lordo moderato, distinguendo tra spese lecite e spese illecite, non si distingue nelle conclusioni dal principio del profitto netto (laddove quest'ultimo non consente di tenere conto delle spese illecite, destinate alla consumazione del crimine).
Questa sembra grosso modo, come si esaminerà, la posizione assunta dalla giurisprudenza italiana.

4.5. La giurisprudenza italiana, in particolare nell'applicare la confisca *ex* art. 19 d.lgs. 231/2001, ha posto al centro dell'attenzione la questione relativa al carattere lordo o netto del profitto[185].
Pur affermando la generale legittimità della confiscabilità del profitto lordo, senza considerare i costi connessi ad attività illecite perché altrimenti si consentirebbe di fatto "all'autore del reato di trarre vantaggio da un'attività intrinsecamente illecita e posta in essere per esclusive finalità criminali" – in contrasto alla *ratio* sottesa alla confisca che "è volta ad evitare che il reo possa in alcun modo trarre utilità da un'attività in contrasto con l'ordine pubblico e con le norme penali dell'ordinamento"[186] –, si è affermata in prima battuta l'opportunità di limitare la nozione di profitto laddove l'autore realizzi delle prestazioni a favore della collettività (ad esempio i servizi resi o le opere eseguite in base all'appalto ottenuto attraverso una truffa), tenendo conto, in conformità al principio di proporzione, delle spese a tal fine realizzate in un contesto lecito, al punto che in qualche sentenza in un primo momento sembra che sia stato adottato il principio del profitto netto[187].
Le Sezioni Unite sono intervenute nel celebre caso Fisia accogliendo il principio del lordo considerando che "il crimine non rappresenta in alcun ordinamento un legittimo titolo di acquisto della proprietà o di altro diritto su un bene e il reo non può, quindi, rifarsi dei costi affrontati per la realizzazione del reato. Il diverso criterio del "profitto netto" finirebbe per riversare sullo Stato, come incisivamente è stato osservato, il rischio di esito negativo del reato ed il reo e, per lui, l'ente di riferimento si sottrarrebbero a qualunque rischio di perdita economica"[188].
Le Sezioni Unite, però, proprio perché nel caso di specie si occupano di un'impresa, osservano che "La delineata nozione di profitto del reato s'inserisce – certo – validamente, senza alcuna possibilità di letture più restrittive, nello scenario di un'attività totalmente illecita"[189], si distingue, però l'ipotesi in cui il profitto "*specialmente nel settore della responsabilità degli enti coinvolti in un rapporto di natura sinallagmatica*" derivi da "*l'attività lecita d'impresa nel cui ambito occasionalmente e strumentalmente viene consumato il reato*"; laddove si svolga un'attività sinallagmatica in base ad un contratto che rimane valido (reati in contratto, contrapposti ai reati contratto strutturalmente illeciti), il profitto non può essere sottratto *tout court*, in quanto costituisce il "*corrispettivo di una prestazione regolarmente eseguita dall'obbligato*", anche se il contratto non sarebbe stato stipulato in mancanza della truffa, non distinguendo tra profitto lordo o netto, ma tra profitto illecito e lecito.
Anche se poi, tale drastica soluzione, che comporterebbe addirittura la non confiscabilità *tout court* del profitto del reato "in contratto", viene mitigata dall'affermazione dell'enigmatico principio in

[185] Cfr. tra gli altri A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, 153 ss.; C. Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 244 ss.; A. Perini, *La confisca del profitto nei "reati in contratto"*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 2018, n. 6, 1619 ss.; L. Pistorelli, *La nozione di profitto oggetto della confisca-sanzione ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001 nell'elaborazione della giurisprudenza di legittimità*, in *IP*, 2014, v. 17, n. 1, 273 ss.
[186] Cfr. Trib. di Milano, sez. riesame, 22.10.2007, P., in *Cmer* 2008, 84.
[187] Parla di profitto netto Cass. S.U. 25.10.– 22.11.2005, Muci, n. 41936, *cit.*; Cass. 23.6.2006, n. 32627, La Fiorita, in *CEDCass*, m. 235636; Tribunale di Milano, 20.3.2007, My Chef, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti* (La) 2008; *contra* Cass. S.U. 24.5.2004 n. 299952, *Curatela del Fallimento della Srl Cgp*, in *CEDCass*, m. 228166; Cass. 6.7.2006, n. 30729, Carere.
[188] Cass. S.U. 27.3.2008 n. 26654, Fisia Italimpianti, che ribadisce che "il profitto del reato, in definitiva, va inteso come complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere, per dare concreto significato operativo a tale nozione, l'utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico".
[189] È di agevole intuizione, infatti, la diversità strutturale tra l'impresa criminale - la cui attività economica si polarizza esclusivamente sul crimine (si pensi ad una società che opera nel solo traffico di droga) - e quella che opera lecitamente e soltanto in via episodica deborda nella commissione di un delitto.

base al quale il profitto confiscabile è "*concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente"*.
Per distinguere i "reati contratto", strutturalmente illeciti, dai "reati in contratto", la Corte precisa che "più nel dettaglio, nel caso in cui la legge qualifica come reato unicamente la stipula di un contratto a prescindere dalla sua esecuzione, è evidente che si determina una immedesimazione del reato col negozio giuridico (c.d. "reato contratto") e quest'ultimo risulta integralmente contaminato da illiceità, con l'effetto che il relativo profitto è conseguenza immediata e diretta della medesima ed è, pertanto, assoggettabile a confisca. Se invece il comportamento penalmente rilevante non coincide con la stipulazione del contratto in sé, ma va ad incidere unicamente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale (c.d. "reato in contratto"), è possibile enucleare aspetti leciti del relativo rapporto, perché assolutamente lecito e valido *inter partes* è il contratto (eventualmente solo annullabile *ex* artt. 1418 e 1439 Cc), con la conseguenza che il corrispondente profitto tratto dall'agente ben può essere non ricollegabile direttamente alla condotta sanzionata penalmente"[190].
Da ultimo in tale direzione recente giurisprudenza evidenzia, al di là della questione della nozione di profitto lordo o netto, che le prestazioni lecite compiute dal reo devono essere correttamente compensate. "Poiché la legge penale e la legge civile disciplinano ambiti diversi, la violazione della norma penale in caso di reati-in contratto non potrebbe determinare, secondo le Sezioni Unite, la nullità del contratto, essendo frutto di una unilaterale inottemperanza che non può coinvolgere nella radicale sanzione anche la parte per la quale la partecipazione al contratto è lecita. In tal caso, infatti, non necessariamente l'attuazione del programma obbligatorio previsto nel contratto è connotata da illiceità, atteso che ogni "iniziativa lecitamente assunta" per adempiere alle obbligazioni contrattuali "interrompe qualsiasi collegamento causale con la condotta illecita", giacché il contraente che adempie, sia pure in parte, ha diritto al relativo corrispettivo, che non può considerarsi profitto del reato. Il corollario che se ne è fatto conseguire è che la remunerazione di una prestazione lecita, ancorché eseguita nell'ambito di un affare illecito, "non può ritenersi sine causa o sine iure"; e, quindi, non costituisce profitto di un illecito, ma profitto avente "titolo legittimo nella fisiologica dinamica contrattuale"[191].
Tale importante presa di posizione delle Sezioni Unite è assolutamente apprezzabile nell'adozione del criterio del lordo, moderato dall'esigenza di distinguere l'ipotesi in cui emergono delle attività e, quindi, delle spese lecite del reo, in particolare dell'ente.
Tuttavia la soluzione concretamente accolta dalla Corte per mitigare il principio del lordo in presenza di costi leciti sembra piuttosto complicata ed è stata ampiamente criticata in dottrina. La Corte pretende di calcolare il profitto "*al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal*

[190] "È il caso proprio del reato di truffa di cui si discute, che non integra un "reato contratto", considerato che il legislatore penale non stigmatizza la stipulazione contrattuale, ma esclusivamente il comportamento tenuto, nel corso delle trattative o della fase esecutiva, da una parte in danno dell'altra. Trattasi, quindi, di un "reato in contratto" e, in questa ipotesi, il soggetto danneggiato, in base alla disciplina generale del codice civile, può mantenere in vita il contratto, ove questo, per scelta di carattere soggettivo o personale, sia a lui in qualche modo favorevole e ne tragga comunque un utile, che va ad incidere inevitabilmente sull'entità del profitto illecito tratto dall'autore del reato e quindi dall'ente di riferimento. Sussistono, perciò, ipotesi in cui l'applicazione del principio relativo all'individuazione del profitto del reato, così come illustrato al punto che precede, può subire, per così dire, una deroga o un ridimensionamento, nel senso che deve essere rapportata e adeguata alla concreta situazione che viene in considerazione". Tra le altre Cass. 22.12.2014 n. 53430, con nota di M. Monterisi-D. Tornei, *La diversa determinazione del profitto confiscabile in base al reato presupposto contestato all'ente (commento a in Responsabilità amministrativa delle società e degli enti (La)* 2015, v. 10, n. 2, 199 ss.
[191] Cass. 21.10.2020 n. 6607, in cui si precisa che "In tema di confisca, la sussistenza di un patto corruttivo in virtù del quale il privato consegua la possibilità di incrementare lo svolgimento di un'attività imprenditoriale di per sé lecita, comporta che il profitto del reato deve essere commisurato non già ai ricavi lordi, bensì all'accresciuto volume di affari direttamente conseguente al patto corruttivo e senza tener conto dei corrispettivi legittimamente dovuti. (Fattispecie in cui, con riferimento alla corruzione commessa dal presidente di un ente locale ed il gestore di una discarica, per effetto del quale quest'ultima veniva ampliata, la Corte ha precisato che il profitto va limitato alle maggiori somme introitate rispetto a quelle che sarebbero state incassate se la quantità di rifiuti conferibili non fosse stata ampliata per effetto del patto corruttivo)".

danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente", ma tale nozione di "effettiva utilità" del danneggiato è difficilmente calcolabile[192], al punto da rischiare di rendere impossibile la confisca del profitto derivante dal c.d. reato in contratto a prestazioni sinallagmatiche o comunque per rendere assolutamente oscura l'interpretazione della nozione di profitto confiscabile[193], come, del resto, emerge nella prassi laddove la giurisprudenza di merito ha rinunciato a calcolare il profitto[194].
A tal proposito si è correttamente osservato in dottrina che l'utilità tratta dal danneggiato riguarda solo le ipotesi in cui il danneggiato dal reato coincida con la controparte contrattuale del reo, e, comunque, ha "ridotta funzionalità pratica, basandosi su parametri incerti e di scomoda gestione processuale"[195], basti pensare alle difficoltà di calcolare l'*utilitas* in un contratto di appalto pluriennale o di determinare il valore economico di prestazioni complesse[196].
Per contro la posizione dottrinaria che in base ad una concezione strutturale di profitto (per componenti) [197] consente la deducibilità solo dei costi realizzati per prestazioni lecite, non solo sembra giuridicamente fondata e facilmente applicabile, trattandosi di costi contabilizzati (il cui onere di allegazione può ricadere in capo al soggetto o all'ente), ma finisce per mettere d'accordo le opposte posizioni, e cioè sia chi partendo dal principio del lordo ammette la deducibilità delle sole spese lecite ("i costi eziologicamente e funzionalmente correlati all'attività lecita" [198]), sia di chi, anche se

---

[192] E. Lorenzetto, *Sequestro preventivo* contra societatem *per un valore equivalente al profitto del reato*, in *RIDPP* 2008, 1795; T. Trinchera, *Confiscare senza punire*, cit., 398, il quale osserva criticando il criterio che fa riferimento all'utilità del danneggiato che "la confisca dovrebbe prendere come unico criterio orientativo – come si è detto sopra – la situazione patrimoniale dell'autore del reato che deve essere riportata nelle condizioni in cui si trovava prima della consumazione dell'illecito".

[193] Cfr. M. Bontempelli, *L'accertamento del profitto nel sequestro preventivo, fra contratto di appalto e reati di corruzione e truffa,* in *DPC* 2012, 149.

[194] Cass. 8.4.2013 n. 24277; Trib. di Monza, 3.9.2012.

[195] Cfr. A. Scarcella, *op. cit*., 262 il quale osserva che "v'è da chiedersi se tale utilità possa essere determinata avendo riguardo al prezzo della prestazione indicato nel contratto ovvero al valore di mercato di essa o ancora ai costi effettivamente sostenuti dall'impresa per dare esecuzione alla prestazione, ricostruibili sulla base della contabilità obbligatoria e dei bilanci oggetto di revisione contabile, ovvero dei costi medi delle imprese del medesimo settore per dare esecuzione a quella tipologia di prestazione. Il punto fermo da cui occorre prendere le mosse è che, nella commisurazione del valore della «utilità conseguita dal danneggiato», non si può in alcun modo tenere conto del margine di guadagno per l'ente, dell'utile d'impresa che – almeno fisiologicamente – compone il corrispettivo pagato per la prestazione: tenuto conto della ratio dell'istituto, ispirata al principio secondo il quale crimen non lucrat, non è invero ammissibile che la persona giuridica chiamata a rispondere della responsabilità amministrativa possa trarre un qualunque vantaggio economico, un lucro, dall'agire illecito".

[196] In relazione alla difficoltà di stabilire i parametri di calcolo, sono state avanzate tre proposte, cfr. V. Mongillo, *voce Profitto confiscabile*, in *EG Treccani*, 2018: *a*) il corrispettivo pattuito, decurtato della parte di *utilitas* eventualmente non corrisposta in caso di adempimento parziale o inesatto; *b*) il valore di mercato della prestazione effettivamente eseguita; *c*) l'entità dei costi congrui ed inerenti sostenuti per l'adempimento delle obbligazioni contrattuali, maggiorata del margine di guadagno medio determinato statisticamente"; "probabilmente, non v'è una "*one best way*", un metodo ottimale per qualsiasi concreta situazione. Sicuramente, però, il primo dei criteri indicati, cioè quello che assume a parametro il corrispettivo pattuito, è del tutto insoddisfacente laddove il reato abbia proprio consentito di ottenere condizioni negoziali indebitamente più vantaggiose. Nella maggior parte dei casi il criterio del valore di mercato appare il più congruo per calcolare l'effettiva *utilitas* conseguita dal danneggiato. Purtroppo è anche il più oneroso in chiave probatoria e richiede, altresì, la previa fissazione del momento cui far riferimento per effettuare la stima: data di stipula del contratto ovvero di esecuzione della prestazione?". Cfr. S. Finocchiaro, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente*, in *DPC Riv. trim*. 2020, n. 3, 333, il quale ipotizza il *"criterio del netto mediante differenziale"*, adottato nel caso *F.A. Zoo mangimi S.r.l.* del 2014, che ad avviso dell'autore, condurrebbe al medesimo risultato che si ottiene facendo applicazione del principio di diritto formulato dalle Sezioni unite *Fisia Italimpianti*, ma presenta delle criticità facendo riferimento al valore di mercato, e il criterio *del netto mediante detrazione delle spese*, preferito dall'autore.

[197] Per tale definizione T. Epidendio, *La nozione di profitto*, cit., 1267 – 1278 ss.

[198] A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali, cit*., 564 ss.; F. Bottalico, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *RIDPP* 2009, 1760; T. Epidendio, *La nozione di profitto*, cit., 1267 ss.; G. Amato, *Precisati i requisiti e le condizioni per sostenere la responsabilità degli enti*, in *GD* 2006, n. 42, 69; E. Fusco, *La sanzione della confisca in applicazione del d.lgs. 231/2001*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti* (La) 2007, I, 65; D. Sticchi, *Strumenti di contrasto alla criminalità d'impresa e nozione di profitto confiscabile*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti* (La) 2008, 112.

accoglie il principio del prelievo netto, nega la deducibilità delle spese c.d. illecite[199] (i costi necessari per l'acquisto di beni strumentali all'attività illecita ovvero intrinsecamente illeciti).
L'orientamento inaugurato dalle S.U. nella sentenza Fisia Italimpianti è stato, tuttavia, pedissequamente seguito dalla giurisprudenza successiva[200].
Non sono tuttavia mancate delle sentenze che ritornano al criterio dell'"utile netto", perlomeno laddove si tratti di un'attività d'impresa lecita in occasione della quale si realizzi un reato in contratto[201]; pur mantenendo la distinzione, introdotta dalle S.U., tra reati contratto e reati in contratto ai fini della determinazione della nozione di profitto confiscabile[202]: la delimitazione al profitto netto in seguito a spese lecite dovrebbe valere solo per i reati in contratto e non per i reati contratto[203]. Si precisa che "se il fatto penalmente rilevante ha inciso sulla fase di individuazione dell'aggiudicatario di un pubblico appalto, ma poi l'appaltatore ha regolarmente adempiuto alle prestazioni nascenti dal contratto (in sé lecito), il profitto del reato non equivale all'intero prezzo dell'appalto, ma solo al vantaggio economico conseguito per il fatto di essersi reso aggiudicatario della gara pubblica. Tale vantaggio corrisponde, quindi, all'utile netto dell'attività d'impresa. (Nella fattispecie, la Suprema Corte ha configurato la corruzione propria in termini di "reato in contratto" e ha affermato che il valore che può essere sottoposto a confisca è rappresentato unicamente dal guadagno conseguito in esito all'esecuzione dello scambio sinallagmatico, al netto dei costi sostenuti per l'effettuazione della prestazione di cui ha fruito la P.A.)[204].
Da ultimo interessante l'orientamento che, pur riprendendo la sentenza Fisia, precisa che nel calcolo dell'utilità della vittima bisogna tenere conto dei cosiddetti costi vivi: il profitto confiscabile deve essere calcolato "escludendo – nei limiti dei cd. costi vivi – i proventi eventualmente conseguiti per effetto di prestazioni lecite effettivamente svolte in favore del contraente nell'ambito del rapporto sinallagmatico, pari alla 'utilitas' di cui si sia giovata la controparte. (Nell'affermare il principio, la Corte ha evidenziato che rientrano nel profitto confiscabile anche le somme percepite in relazione a prestazioni del tutto superflue nell'economia del contratto, o eseguite con modalità non conformi a quanto convenuto)"[205]. Si precisa che al fine di determinare questo concetto di costi vivi "l'Autorità giudiziaria potrà avvalersi dell'esito degli accertamenti compiuti dalla polizia giudiziaria ovvero, se non esaurienti, delle indicazioni di un tecnico, nominato quale consulente o perito, che tengano conto, da un lato, delle risultanze della contabilità e dei bilanci dell'ente, dall'altro lato, del costo di mercato di quella tipologia di prestazione"[206]. Tale concetto di costi vivi è stato interpretato da una parte della dottrina come costi diretti[207]. Il richiamo al concetto di costi vivi può essere interessante, ad avviso di chi scrive, nella misura in cui dai costi leciti bisognerebbe escludere i costi artatamente e volutamente gonfiati, che non saranno più costi leciti; certo tale distinzione rischia di complicare il calcolo dei costi leciti, che comunque richiederà – come evidenziato dalla Corte – l'intervento di una

[199] L. Fornari, *La confisca del profitto*, cit., 83; A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., 2153; R. Acquaroli, *Confisca e tassazione*, cit., 170 s.; R. Lottini, *Il calcolo del profitto*, cit., 366 ss.; C. Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 244.
[200] Conforme Cass. 31.5.2016 n. 23013; Cass. 8.4.2013 n. 24277; Cass. sez. 6, 14.7.2015, Azienda Agraria Geenfarm di Guido Leopardi, n. 33226; Cass. sez. 2, 16.4.2009, Società Impregilo Spa, n. 20506, *CEDCass*, m. 243198; Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci, cit.; Cass. sez. 02, 12.11.2013 n. 8339.
[201] Cass. 19.3.2013 13061; Cass. 20.12.2011, *Angelucci*, n. 11808; Cass. 4.4.2012 n. 17451, Mastro Birraio e altro; Cass. 31.5.2012 n. 20976, "il profitto del reato non equivale all'intero prezzo dell'appalto, ma solo al vantaggio economico conseguito per il fatto di essersi reso aggiudicatario della gara pubblica. Tale vantaggio corrisponde, quindi, all'utile netto dell'attività d'impresa. (Nella fattispecie, la Suprema Corte ha configurato la truffa ai danni dello Stato in termini di "reato contratto" e ha affermato che il valore che può essere sottoposto a confisca è rappresentato dall'intero prezzo dell'appalto, senza fare alcun riferimento alla distinzione fra questo e il profitto)". Cfr. Mongillo, voce *Profitto confiscabile*, cit.
[202] Per tale distinzione cfr. F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966, 377; I. Leoncini, *I rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto*, in *RIDPP* 1990, 999.
[203] Cass. Sez. II 20.12.2011, n. 11808, *Angelucci*.
[204] Idem.
[205] Cass. 27.1.2015, n. 9988; Cass. 13.1.2016 n. 8616.
[206] Cass. 28.3.2018, n. 23896.
[207] Cfr. A. Perini, *La confisca del profitto nei "reati in contratto"*, cit., 1619 ss.

perizia e, in ogni caso, una simile distinzione dovrebbe essere operata solo laddove in maniera manifesta emerge il carattere gonfiato e, quindi, illecito del costo[208].
Recente giurisprudenza della Suprema Corte non richiama il criterio dell'utilità, ma piuttosto del valore della prestazione lecita effettuata, senza precisare come si debba valutare tale valore, se in base ad una valutazione di mercato o a quanto speso per effettuarla: "in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto del reato conseguito attraverso un contratto viziato da condotte illecite poste in essere nella fase delle trattative od in quella dell'esecuzione, il profitto confiscabile deve essere determinato al netto del valore delle prestazioni lecite effettuate dall'autore del reato per adempiere al contratto, di cui la controparte si sia avvalsa o giovata. (Fattispecie in tema di truffa *ex* art. 640-bis Cp, per fraudolenta aggiudicazione di appalto relativo a servizi di accoglienza di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale)"[209].
La distinzione tra reati contratto e reati in contratto, inoltre, è accettabile nella misura in cui con il termine reati contratto si fa riferimento ad ipotesi in cui la stessa stipula del contratto concretizza il reato da cui consegue il profitto illecito, in mancanza di prestazioni lecite a favore della collettività o della vittima, ad esempio dovrebbe rientrarvi la truffa ai danni dello Stato volta ad ottenere finanziamenti non dovuti, che peraltro è stata qualificata dalle Sezioni Unite come "reato in contratto", mentre la seconda sezione della Cassazione ha ricondotto il tipo penale in questione nell'alveo dei "reati contratto", concludendo che «essendovi la totale immedesimazione del reato con il negozio giuridico, l'intero prezzo è sequestrabile, senza fare alcun riferimento alla distinzione fra questo ed il profitto»[20]. In ogni caso tale distinzione tra reati contratto e reati in contratto sembra discutibile laddove chi realizza l'illecito esegue delle prestazioni lecite e, quindi, delle spese lecite di cui si dovrebbe tenere conto; a parte l'ambiguità della stessa distinzione in esame, di matrice essenzialmente dottrinale e non del tutto consolidata anche in dottrina. La stessa giurisprudenza, infatti, arriva a soluzioni diametralmente opposte nello stabilire se in una fattispecie siamo dinanzi a un reato contratto o reato in contratto; oltre al caso sopra citato della truffa ai danni dello Stato, si può ricordare che la giurisprudenza civilistica, diversamente da quanto sostenuto dalla stessa Suprema Corte sezione penale, ad esempio, riconduce alla nozione di reato contratto anche la corruzione[210], con la conseguenza, ad esempio, che si dovrebbe escludere la deducibilità dei costi connessi alle prestazioni lecite nel caso in cui l'appalto sia stato ottenuto grazie a tale reato: conseguenza non condivisibile per le ragioni esaminate, a parte la violazione del principio di uguaglianza che

[208] Conforme A. Scarcella, *op. cit*., 262 s., il quale evidenzia che: "Al fine di determinare i «costi vivi» sostenuti dall'ente per dare adempimento alla prestazione di cui la controparte si sia avvantaggiata, l'Autorità Giudiziaria potrà avvalersi dell'esito degli accertamenti compiuti dalla Polizia Giudiziaria ovvero, se non esaurienti, delle indicazioni di un tecnico, nominato quale consulente o perito, che tengano conto, da un lato, delle risultanze della contabilità e dei bilanci dell'ente, dall'altro lato, del costo di mercato di quella tipologia di prestazione, avuto riguardo ai valori medi del settore, e di qualunque altro dato che possa consentire di correggere eventuali sopravvalutazioni dei costi esposti nei documenti contabili e, dunque, di limare cifre che risultassero essere state artatamente maggiorate, secondo una linea di continuità con le condotte illecite oggetto del procedimento". Cfr. sul concetto di costi utili V. Mongillo, voce *Profitto confiscabile,* cit., "Neppure ci sembra appagante e del tutto consono il criterio dei "costi utili", che pure consentirebbe di escludere l'indiscriminata deducibilità di qualsiasi spesa sostenuta dal reo. L'utilità delle somme investite per eseguire una prestazione contrattuale è evenienza che merita di essere considerata nella sua *sedes* naturale, quella civilistica, dove i soggetti danneggiati da un'esecuzione inesatta, parziale o totalmente difforme, ben possono far valere le proprie ragioni risarcitorie e restitutorie"; in conclusione l'autore parlando del c.d. «utile netto a base parziale», ammette in deduzione dai vantaggi direttamente derivanti dal reato i soli costi/spese lecitamente sostenuti per l'attuazione del programma negoziale".
[209] Cass. 21.10.2021, n. 40765; conformi: Cass. 27.9.2007, n. 37556; Cass. sez. 6, 26.3.2009, n. 17897; Cass. 27.1.2015, n. 9988; Cass. sez. 2, 8.10.2010, n. 39239; difformi: Cass. 17.7.2018, n. 33092; Cass. sez. 3, 4.4.2012, n. 17451; Cass. 5.10.2016, n. 53650; Cass. 27.1.2021, n. 3439.
[210] Cass. 5.5.2008, *CEDCass*, 603446. Definisce «la corruzione – almeno nel nostro ordinamento – … un tipico reato-contratto bilateralmente illecito», G. Mannozzi, *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, in *DPP* 2008, 780. Nella dottrina civilistica, sulla corruzione come "reato-contratto" perché illecito nel motivo, F. Di Marzio, *La nullità del contratto*, II ed., Padova 2008, 448.

deriverebbe, ad esempio, dal diverso trattamento applicato nel caso in cui l'appalto consegue ad una truffa, come avvenuto nel caso Fisia[211].
Tali incertezze da parte della stessa giurisprudenza rischiano di rappresentare una violazione del principio di legalità e tassatività, in mancanza di chiari e certi criteri di distinzione.

5. Un'altra questione che si è posta sia in dottrina sia in giurisprudenza attiene all'ammissibilità del profitto risparmio, questione che nella prassi si sovrappone a quella sull'ammissibilità del riciclaggio e dell'autoriciclaggio di tale forma di profitto. A tal fine occorre risolvere un risalente nodo interpretativo relativo alla nozione di provenienza.
In base ad una concezione dinamica "che ne esalta i connotati intrinsecamente coordinati al complemento di moto da luogo (introdotto dalla preposizione "da")" nella nozione di profitto rientra "un flusso di ricchezza illecita proveniente dall'esterno e incamerata dal riciclatore che vi opera mediante sostituzione, trasferimento o altre operazioni", con la conseguenza di escludere la confisca e il riciclaggio del profitto risparmio di imposta[212].
"Il profitto nelle fattispecie tributarie si sostanzia in un mancato depauperamento, senza un arricchimento evidente e tangibile nella disponibilità dell'autore, tale utilità, restando confusa nel complesso delle disponibilità di chi ne ha tratto vantaggio, si sottrae a qualsiasi possibilità di specificazione in senso civilistico e, quindi, di individuazione come oggetto materiale definito di un successivo riciclaggio o re-impiego"[213]; ma soprattutto più a monte non si tratta di profitto di origine illecita perché si tratta di risorse "che, appunto di provenienza lecita, vengono in maniera illecita sottratte all'imposizione fiscale" ("afferiscono a risorse che non derivano da illecito, ma da libere e legittime attività, quali quella di impresa, di lavoro autonomo o dipendente, o, comunque, da altra origine lecita soggetta ad imposizione fiscale")[214].
Questa presa di posizione è assolutamente in linea con l'orientamento che accoglie una nozione di profitto del reato, come precisato dalle Sezioni Unite (26654/2008), come "*beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*", "*pertinente al reato*" secondo un rapporto "*causa-effetto*"[215], come sopra esaminato e quindi il risparmio di spesa non rientrerebbe in tale nozione. Si richiede che "*sia individuabile un vantaggio, che per essere tale deve rappresentare un risultato conseguito", "positivo, cioè un'utilità ulteriore rispetto a quelle che l'ente aveva anteriormente all'illecito*"[216].
Il risparmio di spesa non rappresenta un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale e, in ogni caso, la sua determinazione sarebbe affidata all'arbitrio giudiziario.
In tale direzione la Suprema Corte a Sezioni unite nel caso Fisia nega che il profitto risparmio sia direttamente confiscabile perché manca il nesso causale tra la condotta illecita e il profitto, che era già presente nel patrimonio del soggetto; si può individuare nel "risparmio di spesa" il profitto solo se si realizza "un ricavato comunque introitato, che non venga decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere", "un risultato economico positivo concretamente determinato dalla contestata

[211] Cass. S.U. 27.3.2008, n. 26654, Fisia Italimpianti; I. Blanco Cordero, *El comiso de ganancias*, cit., 7.
[212] A. Castaldo–M. Naddeo, *Il denaro sporco – Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova 2010, 155; Castaldo, *Riciclaggio e impiego di beni di provenienza illecita*, in D. Pulitanò, *Diritto Penale – Parte speciale*, vol. II, Torino 2013, 231.
[213] S. Cavallini–L. Troyer, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante*", in *DPenCont* 2015 (1), 17; conforme U. Liguori, *Rapporti tra condotte principali e reato-presupposto*, in Aa.Vv., *Riciclaggio e reati connessi nell'intermediazione mobiliare*, a cura di A. Manna, Torino 2000, 103 s.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Milano 2003, 488 s. - 508; M. Zanchetti, *voce Riciclaggio*, in *DigDPen*, XII, 1997, 398 ss.; F. Hinna Danesi, *Proventi da frode fiscale e riciclaggio*, in *Il Fisco* 1995, 9759; G. Pecorella, *Ricettazione* (voce) (Diritto penale), in Nss.D.I., XV, Torino 1968, 943; B. Assumma, *Riciclaggio di capitali e reati tributari*, in *Rassegna Tributaria*, 11, 1995, 1779 ss.; I. Caraccioli, *L'emissione di fatture false non è menzionata dall'Ufficio Italiano Cambi come reato presupposto della segnalazione antiriciclaggio*, in Il Fisco, 29, 17.7.2006, 1, 4542 ss.
[214] S. Faiella, *Riciclaggio e crimine organizzato trasnazionale*, Milano 2009, 68.
[215] Cass. S.U. 2.7.2008, n. 26654, Fisia Italimpianti; F. Bonelli, *op. cit.*, 133.
[216] Cass. S.U. 2.7.2008, n. 26654, Fisia Italimpianti.

condotta"[217]. Nel caso Italease, poi, si sottolinea che *"il profitto, per essere tipico, corrisponda ad un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del suo beneficiario ingenerato dal reato attraverso la creazione, la trasformazione o l'acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica*"[218].

O ancora nel caso Riva, in materia di reati ambientali, si accoglie espressamente la posizione della sentenza Fisia precisando che il risparmio di spesa confiscabile si deve intendere "in senso relativo, cioè come ricavo introitato dal quale non siano stati detratti i costi che si sarebbero dovuti sostenere, e non in senso assoluto, cioè quale diminuzione o mancato aumento delle passività cui non corrispondano beni materialmente entrati nella sfera di titolarità del responsabile. (Fattispecie in cui la Corte di Cassazione ha affermato che il profitto non può corrispondere al risparmio di spesa conseguente al mancato adeguamento degli impianti di uno stabilimento siderurgico)"[219]. Non solo ma la Corte precisa ancora che "è il rispetto dello stesso principio di tassatività delle sanzioni (*ex* **d.lgs. 231/2001, artt. 2** e **9**) ad escludere, in assenza di un introito effettivo, la possibilità di assoggettare allo strumento della confisca per equivalente il valore di costi illegittimamente non sostenuti dall'ente collettivo per effetto della mancata adozione di misure preventive espressamente prescritte dalla legge negli specifici settori di riferimento", evidenziando che nel caso dei reati tributari, non è tanto un risparmio, ma l'inadempimento di obblighi prestabiliti, calcolabili "sulla scorta di precisi ed oggettivi criteri di quantificazione", e comunque in tale settore il legislatore con "una esplicita presa di posizione" adotta la confisca per equivalente (C 13/3635, Riva Fire s.p.a.)[220].

Il profitto confiscabile, insomma, deve avere il carattere della: patrimonialità in senso ''materiale''; attualità concretizzata attraverso un reale "*income''* reddituale nella sfera economica della persona fisica autore del reato (un risultato conseguito e positivo, cioè un'utilità ulteriore rispetto a quelle detenute anteriormente all'illecito); connessione causale diretta fra la condotta (l'integrazione del reato-presupposto) e l'evento (il materializzarsi dell'utile: id est, la «conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato»)[221].

In dottrina si osserva correttamente che rispetto ad alcuni reati-presupposto, quali, per tutti, corruzione e truffa in sovvenzioni, reati economici, "il profitto è, per così dire, connaturato al fatto, è il fine tipico che muove l'azione delittuosa; in queste ipotesi, un profitto confiscabile, non solo sarà di regola attualmente presente e ben individuabile, ma neppure darà luogo a problemi interpretativi (o re-interpretativi) di sorta"[222]. Per altri reati "invece, il discorso è, in concreto, diverso, e l'analisi, in punto di ''profitto'' e di ''confiscabilità'', dovrà esser svolta caso per caso, ancorandola saldamente

---

[217] Idem; Cass. S.U. 31.1.2013, n. 18734; Cass. 16.1.2018, n. 1754; cfr. Cass. 7.11.1991, Cerciello, in *Rep. FI*, 1992, voce Truffa, n. 8, c. 3481; G.i.p. Trib. Milano, ord. 27.4.2004, Siemens AG, in *FI* 2004, II, 434, in cui si afferma che il profitto dell'attività corruttrice non è costituito solo da componenti materiali ma anche "nell'altissimo valore del monopolio raggiunto a discapito dei concorrenti, monopolio destinato a proiettarsi nel tempo con ingenti profitti". Tra gli altri V. Mongillo, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *CP* 2011, 2332; M. Pelissero, *Commento all'art. 3 l. 29 settembre 2000*, in *LP* 2001, 1027.

[218] Cass. Sez. V, 4.3.2014 (ud. 28.11.2013) n. 10265, Banca Italease S.p.A.. Cfr. G.P. Accinni, *Note minime in tema di profitto da falso in bilancio*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti (La*), 2016, v. 11, n. 3, 9 ss.

[219] Cass. 20.12.2013, n. 3635; P. Silvestri, *questioni aperte in tema di profitto confiscabile nei confronti degli enti: la confiscabilita dei risparmi di spesa, la individuazione del profitto derivante dal reato associativo*, in *CP* 2014, v. 54, n. 5, 1538 ss.

[220] Afferma che «la ratio e le finalità di tale intervento normativo emergono con chiarezza, ove si ponga mente al rilievo, di immediata ed agevole comprensione, che in quelle fattispecie di reato non si tratta tanto di un risparmio, quanto di un inadempimento ad un'obbligazione già esistente prima delle condotte, liquida, esigibile, quantificata in termini nummari. Il profitto si realizza, dunque, proprio con il mancato pagamento del tributo e, ciò nonostante, prima della novella legislativa del 2007 esso non poteva essere assoggettato alla confisca *ex* art. 240 Cp in quanto, benché il valore sottratto coincidesse con elementi già presenti e rinvenibili nella sfera patrimoniale del reo, non rientrava *stricto sensu* nel concetto di provenienza da reato.

[221] Così C.E. Paliero, *op. cit.*, 74.

[222] "Lo stesso varrà per alcune *new entries* come, per tutte, viene agevole ricordare l'insider trading o le frodi in commercio (artt. 25 *sexies* e 25 *bis*)".

alle peculiarità fattuali dell'episodio criminoso di volta in volta giunto alla considerazione dei giudicanti"[223] (basti pensare alla difficoltà di calcolare il profitto del reato di manipolazione di mercato)[224].
In tale direzione si evidenzia che la Convenzione di Strasburgo del 1990 in materia di riciclaggio e confisca presuppone quelle fattispecie in grado di "creare ricchezza" e non semplicemente un indebito non impoverimento conseguente all'evasione fiscale[225].
In relazione ai reati tributari la giurisprudenza non riteneva confiscabile il profitto risparmio con la confisca diretta, e proprio per questo si riteneva che fosse stata introdotta la confisca per equivalente, – art. 1, c. 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 –, per compensare la pratica inoperatività delle ordinarie ipotesi di confisca ai reati tributari[226]; la confisca diretta pretendendo un rapporto di pertinenzialità tra "prodotto, profitto e prezzo", da un lato, e "reato", dall'altro, non sarebbe stata applicabile perlomeno in tutte le ipotesi in cui i vantaggi illeciti fossero costituiti da un risparmio di spese dovute a titolo di mancato versamento (nella maggior parte dei casi)[227]. Tale genere di profitti, infatti, non possono adattarsi al concetto di 'provenienza da reato' dal momento che coincidono con beni già presenti nel patrimonio del reo; non sarebbe possibile dimostrare il rapporto di pertinenzialità intercorrente tra profitto e reato, come sottolineato anche dalle Sezioni Unite[228], e la necessità di individuare in concreto il denaro risparmiato per effetto del reato darebbe inevitabilmente spazio a "*collegamenti esclusivamente congetturali, che potrebbero condurre all'aberrante conclusione di ritenere, in ogni caso e comunque legittimo il sequestro del patrimonio di qualsiasi soggetto venga indiziato di illeciti tributari (...) dovendo al contrario essere tenuta ferma l'esigenza di una diretta derivazione causale dell'attività del reo intesa quale stretta correlazione con la condotta illecita*".
In base a questo orientamento, solo la confisca per equivalente consentirà di confiscare le "somme sottratte dal pagamento dell'imposta dovuta, che, pertanto, si connota come profitto-risparmio"[229], come stabilito anche dalle Sezioni Unite nel caso Adami[230] o nella sentenza Giussani[231]. "In tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, il profitto del reato tributario che si sostanzia in un mancato esborso dell'imposta dovuta, consistendo in una posta contabile di natura immateriale, mai convertita in moneta contante, non può costituire oggetto di sequestro diretto, ma

[223] Così C.E. Paliero, *op. cit.*, 77.
[224] V. Tutinelli, *Responsabilltà per falso in bilancio e determinazione del profitto confiscabile alla luce della recente sentenza del Tribunale di Milano sul caso Italease*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti* (La) 2011, n. 2, 156.
[225] Ciò si deduce dall'art. 1 lett. *a* che stabilisce che per "provento" si intende " ogni vantaggio economico derivato da reati" e dalla lett. *e* che descrive il reato presupposto come "qualsiasi reato in conseguenza del quale si formano dei proventi che possono diventare oggetto di uno dei reati definiti all'art. 6 di questa Convenzione"; dalla lettura di queste due disposizioni si deduce che il delitto presupposto deve essere capace di produrre ricchezza, deponendo in tal senso l'uso del verbo formare nella lett. *e*, in conformità del resto al concetto di "provenienza" di cui all'art. 648 bis che fanno pensare al provento come vantaggio economico che si forma *ex novo* o che determina un accrescimento nel patrimonio del reo (così U. Liguori, *Rapporti tra condotte principali e reato-presupposto*, in *Riciclaggio e reati connessi nell'intermediazione mobiliare*, a cura di A. Manna, Torino 2000, 104; Zanchetti, *voce Riciclaggio*, cit., 398); un "entrata profittevole nella disponibilità dell'autore", cfr. in materia E. Musco-F. Ardito, *Diritto penale tributario*, Bologna 2010, 74; e L. Cuomo, *Problemi di giustizia penale tributaria: la confisca per equivalente del profitto*, in *AP* 2014, fasc. 1, 15.
[226] Cass. S.U. 31.1.2013 n.18374, Adami e altro; Cass. 30.4.2015, Giussani ed altro, n. 22127; Cass. 29.4.2014 n. 21228, Riva Fire spa, in *CEDCass*, m. 259717.
[227] Cass. S.U. 9.7.2004, n. 29951, Focarelli; Cfr. D. Potetti, *La disponibilità dei beni nella confisca per equivalente per i reati tributari*, in *ANPP* 2012, 597.
[228] Idem.
[229] Trib. Milano, 20.4.2011, G.i.p. D'Arcangelo, n. 6733/10 R.G.N.R. – n. 7453/10 R.G.Gip.; Cass. 9.10.2012, n. 42120, S.R., in *Diritto & Giustizia*, 31.10.2012 (con nota di Di Giacomo); Cass. 18.12.2012, Bonfanti.
[230] Cass. S.U. 31.1.2013 n.18374, Adami e altro, in *CP* 2014, 1, 120; Cass. 5.3.2013 n. 32799; Cass. 30.5.2014 n. 49631; Cass. 14.11.2012 n. 11029.
[231] Cass. 30.4.2015, Giussani ed altro, n. 22127; cfr. Cass. 29.4.2014 n. 21228, Riva Fire spa, in *CEDCass*, m. 259717; Cass. 4.6.2014, n. 27523, Argento, in cui si afferma che il sequestro preventivo del profitto del reato, qualora quest'ultimo sia costituito dal mancato esborso di denaro, può avvenire esclusivamente nelle forme del sequestro per equivalente, in quanto tale vantaggio consiste in una immateriale entità contabile che non si è mai incorporata in moneta contante.

solo nella forma "per equivalente"[232]. In tale settore il legislatore ha introdotto la confisca per equivalente per consentire appositamente la sottrazione dell'unica forma di profitto normalmente configurabile, il profitto risparmio; in tale ambito, tra l'altro, i problemi di rispetto del principio di tassatività nella determinazione dell'ammontare del profitto sono ridotti, perché quest'ultimo potrà essere calcolato attraverso la normativa tributaria circa l'imposta dovuta[233]. In questo caso la confisca per equivalente non fungerebbe da meccanismo sussidiario della confisca diretta, ma rappresenterebbe una forma di confisca "principale" del profitto risparmio[234].
Al contrario, un'altra parte della dottrina in base ad una concezione statica "pone in rilievo il nesso di provenienza "*in senso economico",* conferendovi il significato di derivazione causale dall'attività delittuosa, nella quale l'arricchimento (ovvero, il mancato depauperamento) ritroverebbe la sua origine e collocazione*"*[235]. In quest'ultimo caso la provenienza postulerebbe "la conservazione illecita di un *quantum* già interiorizzato nella sfera patrimoniale del reo attraverso attività legittime, secondo l'accezione statica"[236]. I sostenitori di quest'ultima più ampia nozione di provenienza evidenziano che "è la nozione di 'provenienza' che deve adattarsi alle caratteristiche dei reati presupposto, molteplici ed eterogenei e non certo il contrario"[237]. Ne consegue che la confisca e il riciclaggio dell'imposta risparmiata è possibile[238].
Le frodi fiscali non potrebbero essere estromesse dalla categoria delle fonti illecite del profitto sulla base di una "preconcetta nozione di provenienza, intesa esclusivamente quale incremento della ricchezza derivante da apporto esterno materialmente individuabile"[239].
In materia di riciclaggio a sostegno di tale assunto, si è osservato che la ridefinizione dell'art. 648-*bis* è stata conseguenza della ratifica della convenzione di Strasburgo del 1990, che all'art. 1, lett. *a*,

---

[232] Cass. 30.5.2014 n. 49631, in *CP* 2015. Cfr. Cass. 23.10.2012 n. 45849, Chierico, in *GD* 2013, 1, 81; conforme Cass. 3.5.2013 n. 19099, Ric. D.V.M, in *DPP* 2013, 1468, con nota di Porcu, *Sequestro e confisca per equivalente e reati tributari: un sottosistema speciale?;* Cass. 23.1.2013, n. 7078, Piccolo, con nota di G. Amato, *Reati tributari: nel sequestro ai fini della confisca l'importo non deve eccedere il valore del profitto*, in *GD* 2013, n. 12, p. 38; Cass. sez. VI. 17.3.2009, Paggiaro; Cass. 6.2.2009, Ramponi e altro; Cass. 26.5.2010, n. 25890, *Molon*, *CEDCass*, 248058; cfr. Cass. 16.5.2012 n. 25677; Cass. 10.11.2011 n. 1843, Mazzieri, in *CEDCass*, m. 251525; Cass. 7.7.2010 n. 35807, Bellonzi e altri, in *CEDCass*, m. 248618. Fermo restando che la giurisprudenza fa rientrare nella nozione di profitto risparmio anche il caso di omesso versamento dell'IVA, *ex* art. 10-ter d.lgs. 74/2000 (Cass. 9.2.2016, n. 28223), in cui il profitto confiscabile coincide con l'importo dell'IVA trattenuto, ipotesi in cui la dottrina individua un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale di cui l'imprenditore sostanzialmente si appropria cfr. F. Mucciarelli- C.E. Paliero, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in www.penalecontemporaneo.it 20.4.2015, 17. Cass. 26.5.2010, n. 25890, *Molon*, in *CEDCass*, m. 248058; cfr. Cass. 16.5.2012 n. 25677; Cass. 10.11.2011 n. 1843, Mazzieri, in *CEDCass*, m. 251525; Cass. 7.7.2010, n. 35807, Bellonzi e altri, in *CEDCass*, m. 248618; Cass. Sez. III, 3.5.2013 n. 19099, Ric. D.V.M, in *DPP* 2013, 1468, con nota di F. Porcu, *Sequestro e confisca per equivalente e reati tributari: un sottosistema speciale?*.
[233] In tale direzione Cass. 20.12.2013 n. 3635, Riva Fire spa, in *CEDCass*, m. 259717.
[234] Cass. 16.12.2015 (dep. 3.2.2016) n. 4567; Cass. S.U. 31.1.2013 n.18374, Adami e altro; Cass. 5.3.2013 n. 32799; Cass. 14.11.2012 n. 11029.
[235] P. Costanzo, *I reati del mercato finanziario*, in *Il riciclaggio di disponibilità di provenienza illecita*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa,* vol. IX, *I reati del mercato finanziario*, a cura di Di Amato, Padova 2007, 518.
[236] Idem.
[237] P. Costanzo, *op. cit*., 529.
[238] L. Ferrajoli, *La normativa antiriciclaggio. Repressione penale, adempimenti amministrativi degli intermediari finanziari, strumenti e tecniche di investigazione, profili internazionali*, III ed., Milano 1994, 285 ss.; G. Fauceglia, *L'antiriciclaggio tra priapismo legislativo ed incontinenza regolamentare, in Il riciclaggio dei proventi illeciti tra politica criminale e diritto vigente*, a cura di E. Palombi, Napoli 1996, 250 anche se con note fortemente critiche evidenziando che l'elusione non si iscrive nella categoria dei "mala in se", ma in quella dei "mala quia prohibita"; P. Bernasconi, *Il nuovo diritto europeo sul sequestro e il depistaggio di valori patrimoniali provento di reato trasnazionale*, in *RTrimDPenEc* 1992, 37; G. Bersani, *Il reato di riciclaggio tra nuovi provvedimenti legislativi e criminalità economica*, in *RTrimDPenEc* 1993, 67; B. Santacroce, *Il segreto bancario e gli accertamenti fiscali dell'amministrazione finanziaria,* in *Rass. Trib*. 1993, n. 9, 83; Id., *La ratifica della Convenzione di Straburgo ed i delitti fiscali (L.n. 328/1993)*, in *Il Fisco* 1994 (1), 51; L. Magistro, *Riciclaggio dei capitali illeciti, rilevanza del fenomenoe strategie di contrasto in materia fiscale*, Milano 1991, 41 ss.; G. Izzo, *La frode fiscale quale possibile delitto-presupposto del riciclaggio*, in *Il Fisco* 1996 (21), 5293.
[239] P. Costanzo, *op. cit.*, 529.

individua nel provento da reato *ogni vantaggio economico derivato da reato*; nozione ampia capace di ricomprendere qualsiasi entità economicamente apprezzabile proveniente da reato, ivi compreso il vantaggio economico derivante dalla commissione di un delitto tributario[240].
Da ultimo sembra accogliere una nozione ampia di profitto la Direttiva 2018/1673 che include i reati fiscali tra i reati presupposto e, quindi, implicitamente il profitto corrispondente all'imposta evasa e richiama una nozione ampia di provento del reato laddove nel considerando n. (13) precisa che "la presente direttiva non dovrebbe distinguere tra situazioni in cui il bene deriva direttamente dall'attività criminosa e situazioni in cui deriva indirettamente dall'attività criminosa, in linea con l'ampia definizione di «provento» di cui alla direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio". Anche se la Direttiva non fa alcun espresso riferimento al profitto risparmio, che dovrebbe rientrare in questa definizione di bene che "deriva indirettamente dall'attività criminosa".
Un altro argomento utilizzato per affermare che la tassa risparmiata è provento del crimine, è costituito dalla *fictio iuris* in base alla quale "chi viola l'obbligo di pagare una somma di denaro sarebbe l'autore del furto della somma non pagata"[241].
Nell'ordinamento italiano le Sezioni Unite hanno consacrato un simile orientamento con la sentenza Gubert, n. 10561/2014, che oltre ad accogliere una nozione molto ampia di profitto ricomprendendo anche le utilità indirette, come esaminato, ritiene che anche il denaro sottratto alla tassazione, nella misura dell'imposta evasa, rientra nella nozione di profitto confiscabile, che in quanto bene fungibile può essere sottratto al reo con la confisca diretta *ex* art. 240 Cp o 322-ter Cp dato che la "confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta"[242]. Si precisa in tale direzione che "in tema di reati tributari, può essere oggetto di confisca c.d. diretta il saldo positivo del conto corrente nella disponibilità dell'imputato alla scadenza del termine per l'adempimento dell'obbligazione fiscale fino alla concorrenza dell'esborso che sarebbe stato necessario per il pagamento dell'imposta, in quanto queste somme costituiscono il profitto del reato di omesso versamento, rappresentando il "risparmio di spesa" conseguito grazie al mancato pagamento dell'imposta"[243].
Tale orientamento è ribadito dalle Sezioni Unite nella sentenza Thyssenkrupp in un settore diverso da quello tributario, precisando che "con riguardo ad una condotta che reca la violazione di una disciplina prevenzionistica, posta in essere per corrispondere ad istanze aziendali, l'idea di profitto si collega con naturalezza ad una situazione in cui l'ente trae da tale violazione un vantaggio che si concreta, tipicamente, nella mancata adozione di qualche oneroso accorgimento di natura cautelare, o nello svolgimento di una attività in una condizione che risulta economicamente favorevole, anche se meno sicura di quanto dovuto. Qui si concreta il vantaggio che costituisce il nucleo essenziale

[240] G. Izzo, *op. cit.*, 5292. Si riconosce, tuttavia, la difficoltà di provare in concreto il collegamento tra il denaro o il bene riciclato o reimpiegato e i delitti tributari e, quindi, l'individuazione della specifica riferibilità agli stessi, O. Cucuzza, *Segreto bancario, criminalità organizzata, riciclaggio, evasione fiscale in Italia*, II ed., Padova 2007, 456; F. Di Vizio, *Il riciclaggio nella prospettiva penale ed in quella amministrativa Definizioni di riciclaggio*, in *Quaderni dell'antiriciclaggio. Analisi e studi*, 2017, n. 8, 32.
[241] Così E. Bacigalupo, *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*, Navarra 2012, 35, che cita J. Le Goff, *La bourse et la vie. Economie et religión au Moyen Âge*, 1986, 19.
[242] Cass. S.U. 5.3.2014 n. 10561, Gubert; conforme Cass. 9.5.2012 n. 38740, *Sgarbi,* in *CEDCass*, m. 254795*;* Cass. 16.9.2014 n. 37846; Cass. 2.10.2018 n. 105; Cass. 2.3.2018 n. 24042: "In definitiva, come precisato dalle Sezioni Unite di questa Corte (sentenza n. 10561 del 30/01/2014), nei procedimenti aventi ad oggetto i reati tributari, è possibile procedere alla confisca per equivalente a carico dell'imputato persona fisica, solo laddove sia impossibile individuare il profitto diretto del reato in capo all'ente, reale beneficiario del risparmio di imposta che costituisce il profitto del reato, potendo essere oggetto di confisca diretta anche il denaro liquido o di altro bene fungibile nella disponibilità della persona giuridica"; Cass. 18.1.2018 n. 5459; cfr. A.M. Maugeri, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 716 ss.; V. Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *RIDPP* 2015, 738 ss.; decisamente critici F. Mucciarelli-C. Paliero, *op. cit.*, 17; R. Borsari, *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero, di un'occasione perduta dalle Sezioni Unite,* in *Soc*. 2014, 867 ss.; A. Dell'osso, *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*. 2014, 401 ss.
[243] Cass. 4.10.2018 n. 6348.

dell'idea normativa di profitto. Dunque non erra per nulla la Corte di merito quando individua il profitto, come minimo, *nel risparmio di spesa inerente all'impianto di spegnimento"*[244].
Consegue a tale orientamento, che il risparmio sarà direttamente confiscabile anche presso l'ente che non può essere considerato estraneo al reato se beneficiario[245].
Contra si può osservare che in queste sentenze si utilizza il condivisibile orientamento giurisprudenziale in base al quale la confisca del denaro rimane diretta anche quando non sia possibile la sottrazione dell'*eadem res* direttamente derivante dal reato (il denaro oggetto della rapina), ma di un ammontare equivalente (denaro depositato in banca nel conto del rapinatore), trattandosi di un bene fungibile, per trarne la conseguenza, con un evidente salto logico, che anche il risparmio di spesa rientra nella nozione di profitto del reato direttamente confiscabile, dimenticando la differenza fondamentale tra le due ipotesi in questione: nel caso della confisca diretta del denaro si è avuto comunque un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, avente una sua esternalità e causalmente connesso al reato, mentre nel caso di confisca del profitto risparmio manca il beneficio aggiunto di tipo patrimoniale in questione e il patrimonio dell'evasore rimane invariato in seguito al reato[246].
In tale direzione si osserva che anche nella loro massima estensione i concetti di provenienza contenuti nelle legislazioni straniere sul riciclaggio sono ritagliati sulle norme in tema di confisca le quali utilizzano definizioni non dissimili dalla triade "prodotto – profitto – prezzo" di cui al nostro art. 240 Cp; sembra inaccettabile un'interpretazione che volesse estendere il concetto di provenienza alla mera *pertinenza* (beni che abbiano qualsiasi legame con il reato, anche se non provengono in senso stretto da esso ma, eventualmente, sono preesistenti), anche probatoria, di cui alle norme italiane sul sequestro[247].
In conclusione, nonostante l'orientamento giurisprudenziale prevalente prediliga una nozione ampia di profitto, comprensivo di qualsiasi forma di risparmio (anche quello derivante dalla mancata adozione di misure di sicurezza sul lavoro o di misure a tutela dell'ambiente), si deve evidenziare la problematicità dell'ammissibilità della confisca di una simile forma di profitto la cui quantificazione concreta "raramente potrebbe rispondere a criteri di assoluta precisione ed oggettività"[248]; come minimo sarebbe preferibile riservare la confisca del risparmio a talune ipotesi tassativamente previste, come quella dei reati tributari per i quali sono previste specifiche forme di confisca e per la cui determinazione esistono specifiche regole (ferma restando la complessità anche di tale accertamento[249]).

---

[244] Conforme Cass. S.U. 24.4.2014 n. 38343.
[245] Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci, cit.
[246] A.M. Maugeri, *La responsabilità da reato degli enti, cit.*, 716 ss.; Ead., *L'autoriciclaggio dei proventi dei reati tributari nel diritto comparato: tra obblighi di incriminazione, la violazione del ne bis in idem e il concorso apparente di norme*, in A.M. Maugeri-V. Scalia-G.M. Vagliasindi, *Crimine organizzato e criminalità economica tendenze empirico-criminologiche e strumenti normativi di contrasto nella prospettiva del diritto dell'Unione Europea*, Pisa 2019, 170 s.; cfr. F. Mucciarelli-C. Paliero, *op. cit.*, 11 – 12, i quali nel muovere critiche simili alla sentenza Gubert, sembrano andare oltre, nel senso di pretendere che in virtù del requisito della pertinenzialità la confisca diretta del denaro sia limitata all'eadem res; R. Russo, *Sequestro preventivo/Confisca - Il senso del profitto: la confisca dei beni dell'ente per il reato tributario commesso dal legale rappresentante*, in *AP* 2014, n. 3, 1 ss.
[247] M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano 1997, 412 s.
[248] Così V. Mongillo, *Ulteriori questioni*, cit., 2342; in tale direzione A.M. Maugeri, *La confisca per equivalente*, cit., 807 s.; Ead., *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 717 ss.; L. Fornari, *La confisca del profitto*, cit., 90; A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., 2123 – 2155; D. Sticchi, *op. cit*., 115; V. Mongillo, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci ed ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *RIDPP* 2008, 1765; C. Santoriello, *La confisca e la criminalità d'impresa*, cit., 888; G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano 2008, 251; C. Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 247; S. Giavazzi, sub *art.* 19, in *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche, a* cura di A. Giarda-E.M. Mancuso-G. Spangher-G. Varraso, Milano 2007, 176.
[249] R. Acquaroli, *Crisi della legalità penale e ragione fiscale. Il caso paradigmatico della confisca per equivalente*, in *Kasneno pravo, kazneno postupovno pravo i kriminalistika. Zbornik radova povodom 70. godine zivota Berislava Pavisica*, a cura di *M. Matulovic*, *Rjeka* 2014, 293 e ss.; S. Capolupo, *Imposta definitivamente accertata e profitto confiscabile*, in *Fisco* Approfondimento 2020 (15), 11 ss.; R. Cordeiro Guerra, *La determinazione del profitto dei reati tributari in sede di confisca tra tendenze autonomistiche e istanze di temperamento del doppio binario*, in *Riv. trim. di*

Il principio di legalità delle sanzioni[250], inoltre, imporrebbe di stabilire se nella nozione di profitto direttamente confiscabile rientra anche il risparmio oppure se quest'ultimo possa essere confiscato per equivalente come previsto in altri ordinamenti, – ad esempio attraverso il *Wertersatzverfall* ai sensi del § 73 c StGB[251] – nei limiti in cui il risparmio sia economicamente valutabile, attribuendo a tal fine al giudice un potere di stima (§ 70 ult. comma swStGB e § 73 b, *Schätzung*, StGB[252] prima della riforma del 2017[253]), che deve essere esercitato adempiendo ad un congruo obbligo di motivazione, consentendo il contraddittorio sul punto[254]. Soluzione assolutamente preferibile se si considera che nel caso di risparmio di spesa non sarà possibile accertare il rapporto di pertinenzialità tra il bene da confiscare e il reato, manca un beneficio aggiunto – un incremento patrimoniale – causalmente connesso al reato; fermo restando che deve sussistere un nesso tra il mancato decremento del patrimonio e il reato. L'arricchimento ha un carattere economico, ma non fisico, e quindi sarà più correttamente confiscabile con la confisca per equivalente, colpendo un bene o del denaro di valore corrispondente al risparmio realizzato con lo stesso reato[255].

5.1. Nel disciplinare non solo la confisca, ma anche il riciclaggio di denaro, il Proceeds of Crime Act del 2002 (PoCA), in particolare nel Reporting Obligations[256], include una guida su cosa costituisce "*criminal property*": "La criminal property è ampiamente definita nella sezione 340 (3)[257] del POCA e comprende tutti i beni ovunque situati. La definizione include beni materiali e immateriali, nonché

---

diritto tributario 2020, (2), 337 ss.; Cass. 25.9.2012 n. 1735; Cass. 18.5.2011 n. 36396; P. Aldrovandi, *Aspetti problematici della nozione di "profitto" nella confisca per reati tributari di cui all'art. 8 Digs. n. 74 del 2000*, in *Riv. della Guardia di Finanza* 2015 (6), 1579 ss.

[250] Cfr. F. Bricola, *Teoria generale*, in *Nov.mo Dig. It.*, vol. XIX, Torino 1973, 18; C. cost., 23.3.1966 n. 26, in *GCos* 1966, 274.

[251] Così A. Eser, *§ 73*, cit., 1120, § 16; A. Eser-F. Schuster, *StGB § 73c*, cit., Rn 2 – 7.

[252] Il *§ 73 a* StGB prevede il *Verfall des Wertersatzes.* Cfr. K. Lackner, *§ 73 a*, in *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München 1999, 545 ss.

[253] Nell'ordinamento francese nel caso in cui il giudice nel procedere alla stima monetaria dei beni, che si sarebbero dovuti confiscare, non ha a disposizione degli elementi precisi di valutazione può procedere ad una valutazione "*ex aequo et bono"* Cour de cassation, 14.12.1994, n° P.94.1033.F, in *Rev. de dr. pen. et de crim.* 1995, 650.

[254] Tra gli altri A.M. Maugeri, *La confisca per equivalente*, cit., 807 s.; L. Fornari, *La confisca del profitto*, *cit.*, 90; A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., 2123 – 2155; C. Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 247.

[255] Cfr. T. Trinchera, *Confiscare senza punire*, cit., 401, il quale osserva correttamente che "la confisca ha per oggetto il vantaggio economico ottenuto con la commissione del reato, e la sua applicazione presuppone l'esistenza di un vantaggio economico che non solo sia *giunto*, ma sia anche *rimasto* nelle mani del reo. Se tale vantaggio è venuto meno, perché il reo ad esempio ha provveduto al pagamento della somma dovuta, viene a mancare l'oggetto stesso sul quale dovrebbe cadere il provvedimento ablatorio". Osservazione correttissima nella misura in cui si fa riferimento alle ipotesi citate ad esempio, e cioè quando il reo ha provveduto al pagamento del dovuto, altrimenti si tratterà di una normale ipotesi in cui si applica la confisca per equivalente come misura surrogatoria.

[256] Ashurst, July 2015.

[257] *340 Interpretation*.

(3)Property is criminal property if— (a)it constitutes a person's benefit from criminal conduct or it represents such a benefit (in whole or part and whether directly or indirectly), and (b)the alleged offender knows or suspects that it constitutes or represents such a benefit. (4)It is immaterial— (a)who carried out the conduct; (b)who benefited from it; (c)whether the conduct occurred before or after the passing of this Act. (5)A person benefits from conduct if he obtains property as a result of or in connection with the conduct. (6)If a person obtains a pecuniary advantage as a result of or in connection with conduct, he is to be taken to obtain as a result of or in connection with the conduct a sum of money equal to the value of the pecuniary advantage. (7)References to property or a pecuniary advantage obtained in connection with conduct include references to property or a pecuniary advantage obtained in both that connection and some other. (8)If a person benefits from conduct his benefit is the property obtained as a result of or in connection with the conduct. (9)Property is all property wherever situated and includes— (a)money; (b)all forms of property, real or personal, heritable or moveable; (c)things in action and other intangible or incorporeal property. (10)The following rules apply in relation to property— (a)property is obtained by a person if he obtains an interest in it; (b)references to an interest, in relation to land in England and Wales or Northern Ireland, are to any legal estate or equitable interest or power; (c)references to an interest, in relation to land in Scotland, are to any estate, interest, servitude or other heritable right in or over land, including a heritable security; (d)references to an interest, in relation to property other than land, include references to a right (including a right to possession).

vantaggi pecuniari ottenuti in conseguenza o in connessione con la condotta criminale. Se una persona risparmia denaro o spese attraverso la condotta criminale, tale risparmio costituisce un bene criminale. I beni acquistati da quella persona successivamente possono essere *criminal property* perché l'acquisto potrebbe essere stato finanziato da tale risparmio"[258]. In questa direzione la Corte Suprema inglese nel caso Rv GH (2015) ha affermato che "criminal property ai sensi delle sezioni 327, 328 e 329 significa beni ottenuti come risultato o in connessione con attività criminali distinte da quella che è l'oggetto dell'accusa"[259]. Sulla base di questa definizione, l'origine criminale non è necessaria, ma solo il collegamento con la condotta criminale, e quindi anche il risparmio fiscale può essere incluso nel concetto di proventi di reato che possono essere soggetti a confisca, riciclaggio di denaro e autoriciclaggio.
In R v William, William & William, la Corte d'appello ha dichiarato che, laddove un contribuente ha ingannato l'Agenzia delle entrate falsamente rappresentando il fatturato di un'impresa, ha ottenuto un vantaggio pecuniario, pari all'imposta dovuta sul fatturato non dichiarato; si ritiene, addirittura, che la "*criminal property*" sia rappresentata dall'insieme dell'imponibile non dichiarato, non solo dalla tassa dovuta[260]; la legge applica la finzione che l'evasore fiscale ha nel proprio possesso dei beni che lui/lei non ha effettivamente e usa tale finzione come base per la condanna[261].
La dottrina tedesca non fa rientrare i risparmi di spesa nella nozione di *etwas* ai sensi del § 73 StGB per applicare la confisca diretta, ma, comunque, si ritiene pacificamente che nella nozione di profitto rientra anche il risparmio, però confiscabile per equivalente (secondo l'orientamento prevalente), come accennato. Rientrano nella confisca di valore dei profitti non direttamente confiscabili come il vantaggio economico derivante dall'uso gratuito di autoveicolo, l'omesso investimento a tutela dell'ambiente (il risparmio), i contributi previdenziali o le tasse non pagate (risparmi); purché il beneficio economico in termini di risparmio si trovi nel patrimonio del reo[262], come evidenziato anche dalla più recente giurisprudenza della Suprema Corte[263] che richiede che "la sottrazione del valore delle spese risparmiate presuppone che vantaggi economici misurabili si riflettano nel patrimonio della persona coinvolta nel reato o nella confisca[264].
Questo vale per quasi tutti i vantaggi che non sono incorporati in una cosa o in un diritto specifico, ma solo matematicamente possono essere determinati, come i vantaggi rappresentati dall'utilizzo di un bene o dal risparmio di spese[265]. Pertanto, tali profitti, considerati simili alle utilità (*Nutzungen*), di solito possono essere sottratti solo tramite la confisca per equivalente (cfr. § 73 RN 7)[266] .
Anche la fattispecie di riciclaggio, § 261 Geldwäsche, include esplicitamente tra i profitti illeciti, oggetto della condotta incriminata e confiscabili (§ 261, ultimo comma), i proventi dei reati fiscali

[258] Winch, *25 Common Questions Relating to Money Laundering and Tax Returns Answered*, May 2006, in www.accountingevidence.com.
[259] § 20.
[260] *R v William, William & William* [2013] EWCA Crim 1262, che conferma ed estende *R v Gabriel* [2006] EWCA Crim 229; [2007] 2 Cr App R 11 *R v K* [2007] EWCA Crim 491; [2008] STC 1270.
[261] P. Alldridge, *What went wrong with money laundering law?*, London 2016, 67.
[262] W. Joecks- M. Meißner, *StGB § 73c Einziehung des Wertes von Taterträgen*, in *Münchener Kommentar zum StGB*, 4 ed., 2020, Rn. 4-9.
[263] BGH (1. Strafsenat), Beschluss vom 23.12.2020 – 1 StR 310/20.
[264] BGH (1. Strafsenat), Beschluss vom 23.12.2020 – 1 StR 310/20; cfr. BGH, 6.8.2020 - 1 StR 198/20, BeckRS 2020, 26035 Rn. 18; BGH, 15.1.2020 - 1 StR 529/19, BeckRS 2020, 6131 Rn. 11 ff. 2. Ciò si applica agli atti di frode (§ 263 comma 1 StGB), alla trattenuta e appropriazione indebita di salari (§ 266a comma 1 e comma 2 StGB) e all'evasione fiscale (§ 370 comma 1 AO in combinato disposto con il § 41a EStG) con risparmio di spesa per contributi previdenziali, contributi all'ordine professionale e imposta salariale. 3. Non c'è differenza tra le spese risparmiate per le tasse evase e per i contributi previdenziali non pagati (cfr. § 266a StGB: BayObLG, decisione del 6.7.2020 - 203 StRR 270/20, BeckRS 2020, 31281 paragrafo 6; Corte regionale superiore di Norimberga, decisione del 20.12.2018 - 2 Ws 627/18, BeckRS 2018, 45422).
[265] Cfr. S. Kracht, *op. cit.*, 330.
[266] W. Joecks-M. Meißner, *§ 73 StGB*, cit., Rn. 29.

commessi in forma professionale o organizzata *ex* § 370 del codice fiscale, e in particolare le spese risparmiate con l'evasione[267].
Anche in questo ordinamento giuridico la dottrina afferma che le spese risparmiate non rappresentano un bene derivato "da" un reato[268] (essi sono "un *Nullum*")[269]. Il legislatore, invece, ha stabilito che "sia considerata anche la parte dei beni che, sebbene non derivino essi stessi dal reato fiscale, siano in chiaro collegamento con questo (BT-Drs. 14/7471, 18 ss.)". Ma, si osserva in dottrina, questa regola si applica a beni/proventi di origine legale, che non derivano dai crimini presupposti e quindi non possono essere riconosciuti come tali (cioè, provento di reati); "quando qualcuno sta proteggendo i suoi beni, non facendo una spesa, il denaro disponibile non deriva dalla rinuncia ma dal suo stipendio"[270].
In Spagna la Ley organica 10/2010, art. 1.2, stabilisce che "Ai fini della presente legge, i beni derivanti da attività criminali comprendono tutti i beni la cui acquisizione o possesso siano originati da un reato ... con l'inclusione di quote frodate nel caso di crimini contro il Tesoro"; quindi il riciclaggio, e la confisca, del risparmio fiscale sembra possibile[271] . La dottrina prevalente critica tale disciplina in quanto si ritiene che la tassa risparmiata non possa essere oggetto di riciclaggio poiché la ricchezza corrispondente alla quota di tassa frodata non ha la sua origine in un'attività illegale[272]; l'inadempimento dell'obbligo fiscale non genera di per sé un aumento di capitale[273]. L'autore ha avuto i soldi prima di commettere il reato, il reato fiscale non genera un profitto e, quindi, il possesso, l'acquisizione, l'uso o il trasferimento di questo denaro non concretizzano il reato di riciclaggio di denaro[274]. Inoltre, l'art. 301 C.P. esige una "relazione causale" dei beni (da riciclare) con il crimine; considerare il denaro, non pagato per le tasse, come profitto che ha la sua causa nel crimine, significa un'applicazione analogica del diritto penale in contrasto con il principio di legalità: «l'omissione di rispettare un obbligo fiscale non può originare beni di alcun tipo»[275].

6. In base all'orientamento prevalente prima della sentenza Gubert, la giurisprudenza considera superato quell'orientamento restrittivo di certa giurisprudenza che richiedeva l'identità del bene da confiscare con il "corpo del reato" anche in relazione a beni fungibili e che, quindi, riteneva

---

[267] § 261, in *Kommentar*, 1868 ss.
[268] F.Bittmann, *Die gewerbs- oder bandenmässige Steuerhinterziehung und die Erfindung des gegenständlichen Nichts als geldwäscherelevante Infektionsquelle*, in *Wistra* 2003, 161.
[269] A. Dierlamm, *Geldwäsche und Steuerhinterziehung als Vortat - Die Quadratur des Kreises*, in *Mehle Festschrifft*, 2009, 177 – 178 ss.
[270] F. Salditt, *Die Schlingen des neuen Steuerstrafrechts*, in *StV* 2002, 216; M. Geurts, *Die Strafbarkeit der Geldwäsche - Metastasen politischen Willens*, in ZRP 97, 250 et s. Secondo parte della dottrina la punizione di tale condotta è sproporzionata e contraddice il principio di colpevolezza perché il riciclaggio delle spese risparmiate, che sono una parte indistinguibile della ricchezza, non è riconoscibile; la costituzionalità è dubbia, R. Spatschek-M. Wulf, *§ 261 Geldwäsche*, *NJW* 2002, 2983 - 87; E. Samson, *Geldwäsche durch Steuerhinterziehung? Gedanken zur Halbwertzeit von Strafgesetzen*, in *Kohlmann Festschrifft*, 2003, 268 ss.; H. Satzger-W. Schluckebier-G. Widmaier, *StGB–Kommentar*, Koln, 2014, § 23 ss., 1626 s.
[271] D. Campos Navas, *Lavado de dinero y delito fiscal*, in *La ley*, 21 Dicembre 2005, n. 6383.
[272] G. Quintero Olivares, *El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo*, in *Actualidad Jurídica* Aranzaldi, 698/2006, 2 ss.; J, Córdoba Roda, *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, in *Cuadernos de critica jurídica*, 2006, 65 ss.; I. Blanco Cordero, *El delito de Blanqueo*, Aranzadi (Navarra) 2012, 369 – 387 et s.
[273] E. Bacigalupo, *op. cit*., 35.
[274] J.A. Choclán Montalvo, *Puede ser el delito fiscal delito precedente del delito de blanqueo de capitales?*, Boletín de I.C. Abogados de Madrid, n. 37, 2007, 163.
[275] E. Bacigalupo, cit., 35 - 36 che crede che l'omissione non sia causale; la causalità dell'omissione è solo ipotetica e quindi il mancato pagamento di un debito fiscale non può originare beni di alcuna specie. Cfr. E. Luzón Campos, *Blanqueo de cuotas defraudadas y la paradoja McFly*, in *La Ley* 2012, nº 7818. Inoltre, alcuni autori sottolineano che Ley organica 10/2010 ha introdotto questa regola solo "Ai fini della presente legge", la legge amministrativa per la prevenzione del riciclaggio di denaro e del terrorismo: la limitazione espressa a un sottosistema dell'ordinamento legale, non consente ulteriori estensioni e in particolare al diritto penale; se il legislatore avesse voluto applicare il riciclaggio di denaro al risparmio fiscale, avrebbe introdotto una specifica regola nel § 301 C.P., sul modello del § 261 StGB, E. Bacigalupo, *op. cit*., 10; cfr. I. Blanco Cordero, *El delito de Blanqueo, cit.*, 387 ss.

impossibile applicare la confisca in caso di commistione tra cose lecite ed illecite[276]. Il denaro può essere confiscato nel *tantundem*, e non è necessaria la confisca dell'*eadem res*[277] o la confisca per equivalente[278], fermo restando che si dovrebbe dimostrare il nesso causale tra il profitto e il reato. Le Sezioni Unite hanno precisato, infatti, che anche per il denaro deve pur sempre sussistere un rapporto pertinenziale, quale relazione diretta, attuale e strumentale, tra il "bene" sequestrato ed il reato del quale costituiva il profitto illecito, inteso, questo, quale utilità creata, trasformata od acquisita proprio mediante la realizzazione della condotta criminosa e in un caso di confisca del denaro disponibile in quanto versato su un conto corrente bancario, che la confisca per poter essere qualificata come diretta, richiede la prova del nesso di derivazione da reato, anche se la fungibilità del denaro e la sua funzione di mezzo di pagamento non impongono che il sequestro riguardi le medesime specie monetarie illegalmente percepite, ma basta che il provvedimento di cautela abbia ad oggetto la somma corrispondente al loro valore nominale, ovunque rinvenuta, purché attribuibile all'imputato. Le Sezioni Unite Focarelli hanno precisato che si può avere confisca diretta del profitto in denaro sia allorquando la somma che ne è oggetto si identifichi proprio in quella che è stata acquisita attraverso il reato, sia ogni qual volta la stessa si sia confusa con altre nel patrimonio del reo (nel caso di specie, mediante deposito in banca o investimento in titoli) e purtuttavia sussista una relazione diretta, attuale e strumentale col reato[279].

In tale direzione si precisa che il sequestro preventivo di somme di denaro depositate presso banche comporta la previa individuazione del rapporto di pertinenza con i reati per i quali si procede, di cui deve darsi atto nella motivazione del provvedimento, nel senso che deve trattarsi di denaro che costituisca il prodotto, il profitto o il prezzo del reato oppure che sia servito a commetterlo o, comunque, concretamente destinato alla commissione del medesimo, sicché l'astratta possibilità di destinare il denaro a tale fine non è sufficiente a farlo ritenere cosa pertinente al reato[280]. Non dissimile, in una fattispecie relativa al prezzo del reato di *market abuse*, commesso dai legali rappresentati di una banca, la Corte ebbe ad affermare che è necessario che la somma sia pertinente al reato contestato: provato il nesso di pertinenzialità, poi, il sequestro può colpire tanto le somme fisicamente uguali a quelle ricevute dall'agente, che la somma corrispondente al valore nominale, ovunque sia stata rinvenuta e comunque sia stata investita, proprio perché, considerata la fungibilità del denaro e la sua funzione di mezzo di pagamento, il sequestro non deve necessariamente colpire le medesime specie monetarie illegittimamente percepite, ma la somma equivalente, ovunque sia rinvenuta, purché sia attribuibile all'imputato[281]. Da ciò deriva che in base a questo orientamento "la confisca diretta del denaro depositato su un conto corrente presuppone sempre che sia dimostrato che il profitto del reato è stato versato su quel conto e che pertanto sussista la prova del nesso di pertinenzialità tra denaro e profitto o prezzo del reato; mentre, qualora tale prova faccia difetto, la confisca finirebbe per assumere i connotati della confisca di valore"[282]. In quest'ultima sentenza in maniera chiara e condivisibile si pretende la prova della pertinenzialità e cioè che il denaro sia stato

[276] Cass. 8.4.1983, Ferrarotto, in *RP* 1984, 298; M. Del Re, *Profitto da reato e confisca giudiziaria di immobile abusivo*, in *Riv. pol.* 1978, 203 ss..

[277] Cass. 22.9.1993 n. 1041, Ciarletta, in *RP* 1994, 948; cfr. Cass. 1.2.1995, n. 429, Carullo, in *RP* 1995, 1531.

[278] Cass. 26.11.2009 n. 14174; Cass. 14.6.2007 n. 30966, Puliga, in *CEDCass*,, m. 236984; Cass. 23.6.2006 n. 25877, Maniglia, in *D&G* 2006, 36. *Contra* Cass. 22.11.2013 n. 129, in *D&G* 2014, 8 gennaio.

[279] Cass. S.U. 24.4.2004, Focarelli, n. 29951; Cass. 25.3.2003, n. 23773, in *CP* 2004, 2477; Cass. 14.6.2007 - 30.7.2007 n. 30966, Puliga, in *CEDCass*, m. 236984, che "nello stabilire che, quando il profitto del reato di concussione sia costituito da danaro, è legittimamente operato in base alla prima parte dell'articolo 322 *ter* comma I Cp il sequestro preventivo di disponibilità di conto corrente dell'imputato, ha chiarito in motivazione che in casi siffatti non si tratta di confisca per equivalente, ma di una ipotesi di confisca in forma specifica"; Cass. 25.5.2003 n. 23773, Madaffari, in *CEDCass*, m. 225727; Cass. 1.2.1995 n. 4289.

[280] Cass. sez. 5, 26.1.2010 n. 11288, Natali, in *CEDCass*,, m. 246360; in senso analogo, Cass. 28.4.2011 n. 19105, Iapigio.

[281] Cass. sez. 2, 12.3.2014 n. 14600, Ber Banca Spa, in *CEDCass*, m. 260145; Cass. 26.3.2015 n. 15923, Antonelli; conforme Cass. 7.1.2015 n. 2336, Pretner Calore, in *CEDCass*, 262082.

[282] Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci, cit., § 15 in relazione all'orientamento prima ricostruito, cui si riconduce Cass. 12.3.2014 n. 14600, Ber Banca Spa, in *CEDCass*, m. 260145; Cass. 26.3.2015 n. 15923, Antonelli; così anche Cass. 26.1.2010 n. 11288 e Cass. 28.4.2011 n. 19105, entrambe in http://pluris-cedam.utetgiuridica.it..

versato in quel conto, e non ci si accontenta che la somma sia attribuibile all'imputato; si richiede la prova della confusione, fermo restando che correttamente non si pretende la confisca delle medesime specie monetarie.
Nelle sentenze Gubert, per contro, si inaugura un nuovo e ormai prevalente indirizzo in base al quale "la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o altri beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta"[283]; e addirittura non si pretende l'accertamento del nesso di pertinenzialità affermando che quando il profitto sia costituito da denaro, l'adozione del sequestro – e della successiva confisca – "non è subordinato alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell'indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all'importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato, non sussistendo alcun nesso pertinenziale tra il reato e il bene da confiscare".
In tale direzione nella sentenza delle Sezioni Unite Lucci[284] si accoglie tale orientamento ma solo con riferimento al profitto accrescitivo e non al profitto risparmio, precisando che "qualora il prezzo o il profitto c.d. accrescitivo derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme depositate su conto corrente bancario, di cui il soggetto abbia la disponibilità, deve essere qualificata come confisca diretta e, in considerazione della natura del bene, non necessita della prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della ablazione e il reato"[285]; la confisca del prezzo o del profitto del reato rappresentato da una somma di denaro – che si sostanzi, quindi, in un effettivo accrescimento patrimoniale di natura monetaria – non è per "equivalente" , ma, attesa la fungibilità del bene, è sempre confisca diretta"[286]. "Né è a dirsi, come parte della giurisprudenza mostra di ritenere, che la confisca del denaro costituente prezzo o profitto del reato, in assenza di elementi che dimostrino che proprio quella somma è stata versata su quel conto corrente, determinerebbe una sostanziale coincidenza della confisca diretta con quella di valore, dal momento che è la prova della percezione illegittima della somma che conta, e non la sua materiale destinazione: con la conseguenza che, agli effetti della confisca, è l'esistenza del numerario comunque accresciuto di consistenza a rappresentare l'oggetto da confiscare, senza che assumano rilevanza alcuna gli eventuali movimenti che possa aver subito quel determinato conto bancario"[287]. "Nella dizione dell'articolo 322-ter cod. pen. il denaro, come cosa essenzialmente fungibile e, anzi, quale parametro di valutazione unificante rispetto a cose di diverso valore rispettivo, non può qualificarsi come cosa di valore corrispondente ed esorbita pertanto dal sistema della confisca per equivalente, la cui funzione è di rapportare il valore in denaro del bene ulteriormente disponibile all'importo del prezzo del reato". In base a questo orientamento la confisca per equivalente, che opera solo quando non può trovare applicazione la ordinaria misura di sicurezza patrimoniale, presuppone che l'oggetto della confisca diretta (vale a dire il prezzo o il profitto del reato) abbia una sua consistenza naturalistica e/o giuridica tale da permetterne l'ablazione, nel senso che, una volta entrato nel patrimonio dell'autore del reato, continui a mantenere una sua identificabilità; "ove il profitto o il prezzo del reato sia rappresentato da una somma di denaro, questa, non soltanto si confonde automaticamente con le altre disponibilità economiche dell'autore del fatto, ma perde – per il fatto stesso di essere ormai divenuta una appartenenza del reo – qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica. Non avrebbe, infatti, alcuna ragion d'essere – né sul piano economico né su quello giuridico – la necessità di accertare se la massa monetaria percepita quale profitto o prezzo dell'illecito sia stata spesa, occultata o investita: ciò che rileva è che le disponibilità monetarie del percipiente si siano accresciute di quella somma, legittimando, dunque, la confisca in forma diretta del relativo importo, ovunque o presso chiunque custodito nell'interesse del reo. Soltanto, quindi, nella ipotesi in cui sia impossibile la confisca di denaro sorge la eventualità di far luogo ad una confisca per equivalente

[283] Cass. S.U. 5.3.2014 n. 10561, Gubert.
[284] Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci, cit. Su tale giurisprudenza cfr. A. Bassi, *op. cit*., 53 ss.
[285] Si osserva nella sentenza Lucci, Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, cit.; Cass. 18.2.2016 n. 10708.
[286] Cass. 7.1.2015 n. 2336, Pretner Calore, in *CEDCass*, m. 262082; Cass. 8.5.2014 n. 39177, Civil Vigilanza S.r.l.; Cass. 12.11.2014 n. 50482, Castellani, in *CEDCass*, m. 261199.
[287] Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci, cit., § 16.

degli altri beni di cui disponga l'imputato e per un valore corrispondente a quello del prezzo o profitto del reato, giacché, in tal caso, si avrebbe quella necessaria novazione oggettiva che costituisce il naturale presupposto per poter procedere alla confisca di valore (l'oggetto della confisca diretta non può essere appreso e si legittima, così, l'ablazione di altro bene di pari valore) (C S.U. 15/31617)[288]".
In tale direzione si precisa ulteriormente da parte della successiva giurisprudenza che "il denaro, essendo il bene fungibile per eccellenza, non solo si confonde necessariamente con le altre disponibilità del reato, ma perde anche qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica. Ciò che rileva, quindi, è che le disponibilità monetarie del percipiente si siano accresciute di quella somma, il che legittima sempre la confisca diretta del relativo importo, ovunque o presso chiunque custodito nell'interesse del reo[289]".
Tale orientamento è ormai pacificamente accolto e spesso anche in relazione al profitto risparmio e non solo nei confronti del profitto accrescitivo[290]. In tale direzione, ancora, si precisa che: "Potendo essere oggetto di confisca in via diretta anche somme di denaro di cui è certa l'origine lecita, essa ben può aggredire somme giacenti su conti intestati all'imputato ed affluite prima della commissione del reato o anche somme pervenute successivamente e che non si siano confuse con quelle provenienti direttamente o indirettamente dal reato per cui si procede recentemente"[291].
Da ultimo la sesta sezione non ha accolto pienamente tale orientamento considerando illegittima l'apprensione diretta delle somme di denaro entrate nel patrimonio del reo in base ad un titolo lecito, ovvero in relazione ad un credito sorto dopo la commissione del reato, che non risultino allo stesso collegate, neppure indirettamente[292]. La confisca diretta presuppone che "si tratti di denaro già confluito nei conti o nei depositi al momento della commissione del reato ovvero al momento del suo accertamento", in quanto "solo in tali ipotesi è possibile ragionevolmente sostenere che il denaro è sequestrabile e poi confiscabile in via diretta come profitto accrescitivo, dunque indipendentemente da ogni verifica in ordine al rapporto di concreta pertinenzialità con il reato, perché tale relazione è considerata in via fittizia sussistente proprio per effetto della confusione del profitto concretamente conseguito con tutte le altre disponibilità economiche del reo. Diversamente argomentando, cioè ammettendo che il vincolo reale possa estendersi anche su importi di denaro indistintamente accreditati sui conti o nei depositi dell'autore del reato, sulla base di crediti lecitamente maturati in epoca successiva al momento della commissione del reato – momento che giuridicamente finirebbe per recidere ogni rapporto di pertinenzialità con il reato – si finirebbe obiettivamente per trasformare una confisca diretta in una confisca per equivalente: in quanto avente ad oggetto somme di denaro sì oggetto di movimentazione sui conti o sui depositi nella disponibilità dell'autore del reato, ma che solo con una inaccettabile forzatura possono essere qualificate come profitto accrescitivo, perché del tutto sganciate, dal punto di vista logico e cronologico, dal profitto dell'illecito"; si mette in evidenza che "se la finalità della confisca diretta è quella di evitare che chi ha commesso un reato possa beneficiare del profitto che ne è conseguito, bisogna ammettere che tale funzione è assente laddove

[288] "Né è a dirsi, come parte della giurisprudenza mostra di ritenere, che la confisca del denaro costituente prezzo o profitto del reato, in assenza di elementi che dimostrino che proprio quella somma è stata versata su quel conto corrente, determinerebbe una sostanziale coincidenza della confisca diretta con quella di valore, dal momento che è la prova della percezione illegittima della somma che conta, e non la sua materiale destinazione: con la conseguenza che, agli effetti della confisca, è l'esistenza del numerario comunque accresciuto di consistenza a rappresentare l'oggetto da confiscare, senza che assumano rilevanza alcuna gli eventuali movimenti che possa aver subito quel determinato conto bancario".
[289] Cass. 29.3.2017 n. 23393, Garau, in *CEDCass*, m. 270134; in senso conforme, Cass. 18.1.2018 n. 5459, Barbato.
[290] Cass. 25.2.2022 n. 12007: "La confisca del denaro costituente profitto o prezzo del reato, comunque rinvenuto nel patrimonio dell'autore della condotta, e che rappresenti l'effettivo accrescimento patrimoniale monetario conseguito, va sempre qualificata come diretta, e non per equivalente, in considerazione della natura fungibile del bene, con la conseguenza che non è ostativa alla sua adozione l'allegazione o la prova dell'origine lecita della specifica somma di denaro oggetto di apprensione, con la specificazione che si ha accrescimento patrimoniale anche in presenza di un risparmio di spesa e, a maggior ragione, quando tale risparmio si consegue attraverso un ricavo effettivamente e materialmente conseguito da cui però, in virtù della condotta illecita, non sono stati decurtati i costi che si sarebbero dovuti sostenere come nel caso di omesso versamento di tributi".
[291] Cass. 3.2.2022 n. 13446.
[292] Cass. 29.1.2019 n. 6816, Sena, in *CEDCass*, m. 275048; Cass. 9.2.2016 (dep. 7.7.2016) n. 28223.

l'ablazione colpisca somme di denaro entrate nel patrimonio del reo certamente in base ad un titolo lecito ovvero in relazione ad un credito sorto dopo la commissione del reato, e non risulti in alcun modo provato che tali somme siano collegabili, anche indirettamente, all'illecito commesso".
Tale divergenza di orientamenti ha fatto sì che fosse rimessa la questione alle Sezioni Unite, chiamate a "chiarire se, al fine del sequestro finalizzato alla confisca diretta, la fungibilità del bene (e dunque del denaro che è il bene fungibile per eccellenza) esenti sempre dalla prova che il denaro sia legato al profitto del reato, ovvero detto aspetto configuri solo una presunzione superabile da prova contraria"[293], evidenziando correttamente che "il rapporto di pertinenzialità tra bene e reato – richiesto per la confisca diretta – pare essere strutturalmente autonomo rispetto alle caratteristiche estrinseche del bene e, dunque, alla sua fungibilità", si evidenziava, inoltre, che "non pare conforme al dettato dell'art. 27 Cost. e 6 CEDU negare all'indagato il diritto di difendersi provando, se non attribuendo una impropria natura punitiva (tipica della confisca per equivalente) alla confisca diretta". La Corte rimettente sembra non pretendere l'accertamento della pertinenzialità, ma piuttosto – ritenendo sussistente una presunzione relativa di origine illecita del denaro – solo la garanzia alla difesa della possibilità di evitare la confisca provando la natura lecita del denaro, dimenticando che spetta all'accusa provare i requisiti della confisca diretta, a partire dalla pertinenzialità.
Le Sezioni Unite, in ogni caso, non hanno accolto il corretto richiamo della Corte rimettente a distinguere tra fungibilità e pertinenzialità[294] e hanno convintamente ribadito la posizione ormai consolidata precisando che «per il denaro, il nesso di pertinenzialità col reato non può essere inteso come fisica identità della somma confiscata rispetto al provento del reato, ma consiste nella effettiva derivazione dal reato dell'accrescimento patrimoniale monetario conseguito dal reo, che sia ancora rinvenibile, nella stessa forma monetaria, nel suo patrimonio. È tale incremento monetario che rappresenta il provento del reato suscettibile di ablazione, non il gruzzolo fisicamente inteso»[295]; l'applicazione della confisca diretta del denaro non determina alcuna deroga rispetto agli ordinari *standard* probatori, essendo sempre necessario provare l'effettivo conseguimento da parte del reo del profitto o del prezzo del reato.
Al quesito posto le Sezioni Unite rispondono che "Qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca viene eseguita, in ragione della natura del bene, mediante l'ablazione del denaro, comunque rinvenuto nel patrimonio del soggetto, che rappresenti l'effettivo accrescimento patrimoniale monetario da quest'ultimo conseguito per effetto del reato; tale confisca deve essere qualificata come confisca diretta, e non per equivalente, e non è ostativa alla sua adozione l'allegazione o la prova dell'origine lecita del numerario oggetto di ablazione". Secondo le Sezioni Unite, «la somma di denaro che ha costituito il prezzo o il profitto del reato non va dunque considerata […] nella sua fisica consistenza, ma nella sua ontologica essenza di bene fungibile e paradigma di valore. Se il prezzo o profitto del reato è rappresentato da una somma di denaro, essa si confonde con le altre componenti del patrimonio del reo e perde per ciò stesso ogni giuridico rilievo la sua identificabilità fisica». Di conseguenza, sarebbero del tutto irrilevanti sia «l'eventuale esistenza di altri attivi monetari in ipotesi confluiti nel patrimonio del reo, foss'anche a seguito di versamenti di denaro aventi origine lecita», sia «le vicende che abbiano in ipotesi interessato la somma riveniente dal reato, una volta che la stessa – intesa, come per sua natura, quale massa monetaria fungibile – sia stata reperita nel patrimonio del reo al momento dell'esecuzione della misura ablativa o, se del caso, del prodromico vincolo cautelare».
La sentenza precisa correttamente che "alla confisca diretta, contrariamente a quanto suggerito nell'ordinanza di rimessione, è estranea qualunque forma di presunzione ed è l'accusa a dover dimostrare l'effettivo conseguimento del prezzo o del profitto monetario del reato da parte del suo autore" (la Corte ritiene, poi, che "se si ammettesse che la confisca diretta del denaro costituente il

[293] Cass. 17.11.2020 n. 7021.
[294] Idem.
[295] Cass. S.U. 27.5.2021 n. 42415, Coppola, in *CP* 2022 (2), 555 con nota critica di F. Compagna, *op. cit.*, 555 ss.; conforme Cass. 22.9.2021 n. 40068.

prezzo o il profitto del reato si debba arrestare di fronte alla concreta allegazione che gli attivi monetari oggetto di ablazione abbiano origine lecita", «il metodo probatorio della confisca diretta, basato sul rigoroso accertamento del nesso eziologico di derivazione dal reato dell'accrescimento patrimoniale monetario conseguito dall'autore del fatto delittuoso" finirebbe per essere soggetto ad una innaturale ibridazione con le modalità di accertamento del presupposto della sproporzione, proprie della confisca di prevenzione e di quella "allargata"». Verrebbe infatti ad essere riconosciuta al reo – nei confronti del quale è stato dimostrato l'effettivo conseguimento del *pretium delicti*, entrato pertanto nel suo patrimonio – una eccezione probatoria, finalizzata alla giustificazione della provenienza del denaro oggetto di ablazione, fondata sull'allegazione che nella componente patrimoniale attinta dalla misura sono confluite disponibilità monetarie di origine lecita").
Si deve evidenziare che le Sezioni Unite hanno affrontato solo l'ipotesi del profitto accrescitivo nella forma del denaro e non si sono occupati del caso del profitto risparmio, in cui a monte la pertinenzialità non è dimostrabile. Uno degli effetti positivi di tale interpretazione dilatata della confisca diretta è quello di limitare l'ambito di applicazione di quella discutibile nuova disciplina di esecuzione della confisca per equivalente *ex* art. 86 nuovo comma 1-bis Cpp.
Tale diatriba, probabilmente, è nata dall'esigenza delle Sezioni Unite nella sentenza Gubert di garantire la sottrazione del profitto nei confronti della persona giuridica che aveva trattenuto il profitto risparmio nella misura dell'imposta evasa, applicandogli la confisca diretta *ex* art. 322-ter in considerazione del fatto che l'ente beneficiario non è considerato terzo estraneo, in un momento storico in cui non si applicava la responsabilità amministrativa da reato *ex* d.lgs. 231/2001 agli enti per i reati tributari (poi introdotta con l'art. 25-quinquiesdecies d.lgs. 231/2001 dal d.l. 124/2019, convertito con modificazioni dalla l. 157/2019) e non si riteneva applicabile la confisca per equivalente in considerazione del fatto che, come esaminato, è considerata *pena* da dottrina e giurisprudenza consolidata. In realtà tale interpretazione finisce per non richiedere più il *nesso di pertinenzialità* in violazione del principio di legalità in quanto si dovrebbe come minimo dimostrare che il denaro è pervenuto in un certo conto ed è stato confuso; dovrebbe sussistere la prova della confusione[296], "non pare fondata la presunzione secondo cui la confusione si determinerebbe automaticamente, non essendo conseguentemente necessario provarne l'effettiva, materiale, oggettiva verificazione"[297]. In mancanza di tale accertamento si finisce per applicare analogicamente la confisca di valore. Tale forzatura interpretativa non sarebbe stata necessaria e non sarebbe necessaria laddove la confisca di valore fosse prevista nel nostro ordinamento per tutti i reati capaci di produrre profitto, come previsto negli strumenti sovrannazionali, e non fosse considerata una pena, come sopra proposto; laddove non fosse possibile accertare il nesso di pertinenzialità, neanche nella forma minima della confusione, si dovrebbe applicare la confisca di valore. Le recenti riforme non fanno sperare in tale possibile soluzione, e allora l'interpretazione giurisprudenziale che considera sempre diretta la confisca del denaro rappresenta una comoda scappatoia che rende più semplice ed efficiente l'applicazione della confisca del profitto, anche se evidentemente a scapito del rispetto del principio di legalità.
La questione dopo le plurime pronunce della Sezioni Unite e diverse prese di posizione delle sezioni semplici dovrebbe essere chiusa, salva la possibilità, si osserva in dottrina, di muovere una questione di legittimità costituzionale[298].

---

[296] *Contra* Cass. 3.2.2022 n. 13446: "Potendo essere oggetto di confisca in via diretta anche somme di denaro di cui è certa l'origine lecita, essa ben può aggredire somme giacenti su conti intestati all'imputato ed affluite prima della commissione del reato o anche somme pervenute successivamente e che non si siano confuse con quelle provenienti direttamente o indirettamente dal reato per cui si procede".
[297] F. Colaianni-D. Colombo, *op. cit*., 8; critico nei confronti di questo orientamento R. Borsari, *Percorsi interpretativi in tema di profitto del reato nella confisca*, cit., 14 ss.: "addivenendo, per tal modo, alla sostanziale abolizione della distinzione tra confisca diretta e confisca per equivalente".
[298] 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 23.11.2021.

Per quanto riguarda l'ipotesi del profitto risparmio, infine, si deve ricordare un ulteriore contrasto giurisprudenziale laddove parte della giurisprudenza della Suprema Corte pretende che la confisca diretta si applichi al denaro presente nel patrimonio del reo al momento della consumazione del reato, giurisprudenza contrapposta non applica tale limite, ritenendo confiscabile anche il denaro pervenuto successivamente. Il primo orientamento confermato da una recentissima pronuncia stabilisce che quando si tratta di reati tributari «le somme percepite dopo la commissione del reato e, quindi, in epoca successiva rispetto al momento in cui il risparmio di spesa si è determinato, non sono suscettibili di confisca diretta»[299], e tale soluzione è considerata conforme al principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite Coppola che si riferiscono al profitto accrescitivo, in quanto nel caso di profitto risparmio sarebbe di tutta evidenza l'assenza di qualsivoglia nesso di pertinenzialità. In base al secondo orientamento si ritiene che il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite «deve ritenersi applicabile anche ai reati tributari, e perciò in tutti i casi in cui il profitto consista in un risparmio di spesa, atteso che – ai fini del vantaggio conseguito, siccome in ciò si risolve prevalentemente il profitto del reato – l'accrescimento patrimoniale e il mancato decremento delle risorse monetarie nella disponibilità del soggetto che ha tratto profitto dall'illecito, rappresentano concetti equivalenti»[300]. La prima posizione sembra ricordarsi dell'esigenza di accertare il nesso di pertinenzialità, richiedendo – una volta ammesso che il risparmio di spesa rientri nella nozione di profitto direttamente confiscabile – che si mantenga la parvenza della pertinenzialità perlomeno nel senso del nesso tra il mancato decremento del patrimonio sussistente al momento del fatto illecito e quest'ultimo (l'evasione di imposta); nesso mancante rispetto al denaro pervenuto successivamente. La seconda posizione assume un orientamento particolarmente efficientista, per cui ciò che rileva è la sottrazione di un ammontare corrispondente al vantaggio conseguito, indipendentemente dalla sua forma (profitto accrescitivo o risparmio di spesa) e da qualunque considerazione del nesso di pertinenzialità. In materia si può ricordare che, come sopra esaminato, l'ordinamento tedesco nell'applicare la confisca di valore pretende che il profitto/denaro da sottrarre si trovi nel patrimonio del reo, si richiede che "la sottrazione del valore delle spese risparmiate presuppone che vantaggi economici misurabili si riflettano nel patrimonio della persona coinvolta nel reato o nella confisca"[301].

7. La Direttiva 2014/42, nel definire il concetto di provento del reato nel considerando n. 11, precisa che nel caso di commistione dei proventi del reato con beni di origine lecita, sarà possibile confiscare "fino al valore stimato dei proventi confusi".
Sarebbe auspicabile l'introduzione di una simile disposizione anche nel nostro ordinamento. Questa precisazione è molto importante, infatti, contro le tentazioni della giurisprudenza italiana di applicare la confisca, in particolare allargata *ex* art. 240-bis Cp (dei beni di valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività economica) o la confisca misura di prevenzione (24 d.lgs. 159/2011, cod. mis. di prev.) nei confronti di interi compendi aziendali, e non solo nei confronti dei beni di valore

[299] Cass. 4.2.2022, n. 11086: "essendosi in particolare puntualizzato che, per accertare se il denaro costituisce profitto del reato tributario, e, cioè, un risparmio di spesa aggredibile in via diretta (come invece sostiene il ricorrente nel caso in esame), è necessario avere riguardo non all'identità fisica delle somme, ma al valore numerarlo delle disponibilità giacenti sul conto dell'imputato alla scadenza del termine per il versamento dell'imposta, mentre il denaro versato successivamente a detto termine, che fosse stato sequestrato, non può essere ritenuto "profitto" del reato, ma rappresenta un'unità di misura equivalente al debito fiscale scaduto e non onorato, confiscabile se ricorrono i presupposti per la confisca per equivalente". "Non può, pertanto, come già sottolineato, ritenersi superato l'orientamento cui è pervenuto questa Sezione secondo cui nei reati tributari il profitto è essenzialmente costituito non già da un aumento patrimoniale, bensì in un risparmio di spesa e, quindi, in un mancato esborso, facendosene discendere che le somme percepite dopo la commissione del reato e, quindi, in epoca successiva rispetto al momento in cui il risparmio di spesa si è determinato, non sono suscettibili di confisca diretta (Sez. 3, n. 8995 del 30/10/2017, P.M. in proc. Barletta e altro, Rv. 272353; Sez.3, n. 6348 del 04/10/2018, dep. 2019, Torelli, Rv. 274859)".
[300] Cass. 2.2.2022 n. 11630; Cass. 26.11.2021 n. 375.
[301] BGH (1. Strafsenat), Beschluss vom 23.12.2020 – 1 StR 310/20; cfr. BGH, 6.8.2020 - 1 StR 198/20, BeckRS 2020, 26035 Rn. 18; BGH, 15.1.2020 - 1 StR 529/19, BeckRS 2020, 6131 Rn. 11 ff.

sproporzionato o di origine illecita, come se si trattasse di una sorta di pena patrimoniale in palese violazione del principio di legalità, della tutela costituzionale della proprietà privata e del principio di proporzione[302].
In particolare, infatti, si deve ricordare che per applicare la confisca di prevenzione *ex* art. 24 d.lgs. 159/2011 si richiede l'accertamento sia dei requisiti di carattere soggettivo – la pericolosità sociale, anche se nel passato (art. 6 e art. 18 d.lgs. 159/2011) –, sia di carattere oggettivo – la titolarità o disponibilità dei beni, il carattere sproporzionato del valore dei beni rispetto al reddito o all'attività economica oppure l'origine illecita dei beni, la mancata giustificazione dell'origine lecita da parte del prevenuto, la correlazione temporale tra l'acquisto dei beni e la pericolosità sociale –.
Frequentemente, invece, la giurisprudenza fonda la confisca di prevenzione esclusivamente sull'attribuzione del carattere mafioso all'impresa[303] basato sul presunto accertamento della pericolosità sociale del prevenuto, senza un concreto accertamento dei requisiti oggettivi, prima indicati come necessari per procedere al sequestro e alla confisca: la sproporzione o l'origine illecita. Si finisce così per presumere il carattere illecito di tutta l'impresa e quindi la sua confiscabilità dalla mera pericolosità sociale del prevenuto. Emblematica la pronuncia della Corte di appello di Caltanissetta: «Va ribadito, invero, a tale proposito che, nella fattispecie, l'accertamento del presupposto della pericolosità sociale del proposto – per i suoi rapporti di contiguità con la criminalità organizzata mafiosa ovvero per il suo modo di atteggiarsi dialettico o interattivo rispetto alla stessa e non con un atteggiamento meramente passivo – non può che fare ritenere consequenziale l'adozione del provvedimento ablativo, a prescindere da un accertamento specifico in ordine alla pertinenzialità dei beni sequestrati rispetto agli affari illecitamente assunti dal proposto in virtù dei suoi legami con la medesima organizzazione criminale mafiosa"; "una volta accertata la pericolosità sociale del proposto per il suo rapporto di 'contiguità' con il mondo della criminalità organizzata mafiosa … non occorre procedere ad un ulteriore accertamento concernente la provenienza illecita dei singoli beni, secondo una visione atomistica"[304].
Quest'orientamento si pone in contrasto, innanzitutto, con il *principio di legalità* perché finisce per applicare una forma di confisca non prevista dall'art. 24 cod. ant. (prima dall'art. 2-ter l. 575/1965) che presuppone l'accertamento non solo della pericolosità sociale, *ex* art. 6 d.lgs. 159/2011 – anche se in seguito alle riforme introdotte con il d.l. 92/2008, convertito in l. 125/2008, e con la l. 94/2009 la pericolosità può anche non essere più attuale (requisito necessario per applicare le misure personali) e riguardare il passato, e cioè il momento di acquisto dei beni –, ma anche dei requisiti oggettivi, rappresentati innanzitutto dal valore sproporzionato dei beni al momento dell'acquisto o dalla loro origine illecita.
Tale indirizzo contrasta, inoltre, con l'insegnamento della Suprema Corte che richiede l'accertamento di una duplice tipologia di indizi, sia di carattere soggettivo, sia di carattere oggettivo[305]. "Questa Corte ha infatti ripetutamente affermato" che, "in tema di misure di prevenzione nei riguardi di appartenenti ad associazioni di stampo mafioso, ai fini dell'adozione della misura patrimoniale della

[302] A.M. Maugeri, *Dall'*actio in rem *alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia*?, in C. Visconti–G. Fiandaca, *Scenari attuali di mafia*, Torino, 2010, 297 ss.; Ead., *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, in *DPenCont* 2022, 106 ss.
[303] S. Pellegrini, *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale. Un'indagine sociologico-giuridica*, Roma 2018.
[304] App. Caltanissetta 18.10.2012 (23.10.2012).
[305] Cfr. Cass. 16.12.2005 n. 1014, Lo Presti; Cass. 23.6.2004, Palumbo, in *CP* 2005, 2704; Cass. 5.2.1990, Montalto, in *RP* 1991, m. 95; Cass. 12.5.1987, Ragosta, in *GP* 1988, III, c. 335; App. Napoli, 7.1.1987, Sibilia, in *FI* 1987, II, c. 359; App. Napoli, decreto 13.10.1986, Del giudice, in *FI* 1987, II, c. 360; cfr. Cass. 18.5.1992, Vincenti ed altri, in *CP* 1993, 2377. In questa direzione cfr. A. Ruggiero, *Amministrazione dei beni sequestrati o confiscati*, in *Quaderni del C.S.M.* 1988, n. 12, 1988, 41; V. Molinari-U. Papadia, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge antiviolenza nelle manifestazioni sportive*, Milano 2002, 416 - 514 - 590; G. Conte, *Poteri di accertamento, misure patrimoniali e sanzioni amministrative antimafia*, in *FI*, 1984, V, 261, 261; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni*, cit., 371.

confisca non è sufficiente la verifica della sussistenza di adeguati indizi di appartenenza del soggetto ad una associazione mafiosa per ritenere che il suo patrimonio, anche se ingente e acquisito rapidamente, sia di provenienza illecita, ma occorre anche la sussistenza di indizi inerenti ai beni che facciano ritenere, per la sproporzione rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, o per altri motivi, che gli stessi siano frutto di attività illecita o ne costituiscano il reimpiego (Cass., n. 35628 del 23/6/2004; n. 1171 del 19/3/1997; n. 265 del 5/2/1990) "[306].

Come recentemente affermato dalla Suprema Corte, riprendendo alla lettera una precedente e ben nota sentenza, "non può bastare che un determinato soggetto sia socialmente pericoloso ed abbia messo in atto iniziative imprenditoriali per far scattare l'ablazione di beni destinati all'attività produttiva e comunque conseguiti grazie ad essa, essendo necessario provare che l'attività non sarebbe sorta o non si sarebbe sviluppata in quel modo se non fosse stata pesantemente condizionata dal potere e dall'intervento del soggetto pericoloso (Sez. 5, n. 12493 del 17/12/2013, dep. 2014, Cinà, non mass.)»[307].

Un altro orientamento interpretativo utilizza la categoria dell'"impresa mafiosa" per giustificare la confisca di interi compendi aziendali, di tutte le quote societarie, nel caso di confusione tra redditi leciti e proventi illeciti, sia nell'ipotesi in cui il capitale sia di origine lecita e sia stato investito in un'attività illecita, sia nell'ipotesi in cui i beni di origine illecita siano stati investiti in attività lecite. La commistione non consentirebbe di distinguere il lecito dall'illecito e comporterebbe la confisca di tutta l'impresa.

In tal modo, pur trattandosi di una forma di confisca che dovrebbe colpire solo dei beni di origine illecita che siano nella disponibilità del soggetto proposto o condannato, si consente, per lo meno secondo l'interpretazione di una certa giurisprudenza, di colpire delle intere attività economiche contaminate, indipendentemente dall'origine illecita del patrimonio. La Suprema Corte fonda questo orientamento sul convincimento che "sulla base di insegnamento di legittimità[308], al quale questo Collegio aderisce pienamente …, nell'insieme aziendale non fosse possibile operare la reclamata distinzione, stante il carattere unitario dell'azienda, che è il risultato combinato e sinergico di capitali, beni strumentali, forza lavoro ed altre componenti, giuridicamente inglobati ed accomunati nel perseguimento del fine rappresentato dall'esercizio dell'impresa, secondo la definizione civilistica (art. 2555 c.c.). Nell'insieme unitario costituente autonoma realtà economico-sociale, proprio perché i vari fattori interagiscono finalisticamente e si integrano vicendevolmente, dando luogo ad un'entità autonoma, non è possibile discernere l'apporto di componenti lecite (riferibili a capacità ed iniziativa imprenditoriale) da quello imputabile ad illecite risorse, tanto più ove il consolidamento e l'esponenziale espansione delle aziende del proposto siano stati, sin dall'inizio, agevolati dall'organizzazione mafiosa, in un circuito perverso di illecite cointeressenze (cfr., pure, in tema di

[306] Cass. 6.6.2019 n. 31549 (richiama Cinà); Cass. 23.6.2004 n. 35628, in *CEDCass*, m. 229725; Cass. 16.12.2005 n. 1014, L.P.T.: «Occorre prima stabilire che a carico di un soggetto esistano concreti indizi in ordine all'appartenenza ad un consesso criminoso. Svolto quest'accertamento si deve stabilire se in capo ad un soggetto si rinvengano sostanze di valore sproporzionato rispetto al tenore di vita dello stesso ed all'attività svolta. Infine, occorre raccogliere "sufficienti indizi" sulla base dei quali si abbia fondato motivo di ritenere che i beni di pertinenza di una persona, siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego»; Cass. 17.12.2013 (17.3.2014), n. 12493, Cinà: «La confisca di prevenzione – tipica misura patrimoniale – non è collegata, a differenza di quella personale, alla qualità di mafioso del proposto, ma all'attività da lui esercitata. Pertanto, se l'appartenenza a consorterie mafiose giustifica l'applicazione di una misura personale – giacché a tale condizione è sempre collegato il pericolo di azioni illecite – per l'applicazione delle misure patrimoniali occorrono, invece, manifestazioni concrete e dimostrabili di quella mafiosità, strumentali all'accumulazione illecita di ricchezza».

[307] Cass. 6.6.2019 n. 31549; si precisa che "la Suprema Corte sempre in relazione alla confisca di una c.d. "impresa mafiosa" ha contestato la «motivazione chiaramente tautologica" della decisione della Corte d'Appello "perché desume la natura latamente mafiosa dei beni dalla "disponibilità" del titolare ad entrare in rapporti d'affari con esponenti mafiosi. Essa non è minimamente sufficiente a giustificare l'ablazione del compendio, giacché, ... occorre invece la prova, secondo lo statuto probatorio del giudizio di prevenzione, che l'azienda sia "frutto di attività illecita" o che l'impresa si sia concretamente avvalsa, nello svolgimento della sua attività, delle aderenze mafiose del titolare".

[308] Cass. 30.1.2009 n. 17988, Baratta, in *CEDCass,* m. 244802; Cass. 8.2.2007 n. 5640, Schimmenti, non massimata.

sequestro, Sez. 3, n. 6444 del 7.11.2007, Donvito, rv. 238819)"[309]. Come recentemente ribadito "In tema di misure di prevenzione patrimoniali, può essere disposta la confisca di tutto il patrimonio immobiliare e societario del proposto qualora l'apporto di componenti lecite si sia risolto nel consolidamento e nell'espansione della sistematica e reiterata attività di riciclaggio e di reimpiego di preponderanti capitali illeciti sì da non essere più scindibile la minoritaria quota lecita, stante il risultato sinergico dei capitali impiegati, determinante una loro inestricabile commistione e contaminazione"[310].

In base a quest'approccio si ritiene possibile estendere l'ambito di applicazione della confisca all'intero gruppo societario, in quanto dal ripudio di qualsiasi approccio atomistico deriva anche l'estensibilità della confisca all'intero gruppo societario e dunque anche alle "strutture societarie diverse da quelle direttamente operanti nel settore dei pubblici appalti" nella misura in cui queste "avevano tratto beneficio dalla ritenuta contiguità e, dunque, fossero pur esse suscettibili di ablazione", e ciò superando il limite derivante dall'autonomia giuridico patrimoniale di ciascuna delle società facenti parte del gruppo, e valorizzando il fatto che risorse illecite – "determinate o favorite, nella loro formazione, dalla ritenuta contaminazione mafiosa – fossero state immesse nel circuito imprenditoriale/finanziario, nella prospettiva non solo del relativo occultamento, ma anche dell'utile e remunerativo reimpiego"[311].

Una simile interpretazione trasforma la confisca dei profitti e del reimpiego in una forma di confisca generale dei beni, in palese violazione del principio di legalità, perché gli artt. 24 e art. 34, comma 7, d.lgs. 159/2011 (prima l'art. 2-ter e 3-quinquies l. 575/1965), consentono la confisca solo dei beni che siano frutto o reimpiego e nella misura in cui siano frutto o reimpiego; si trasforma la confisca del "frutto o reimpiego" in una sorta di pena patrimoniale sproporzionata in contrasto con la tutela costituzionale della proprietà privata e con lo stesso principio di proporzione.

La forma di confisca in esame non è una forma di confisca generale dei beni, come accennato, modello previsto invece in altri ordinamenti. Basti pensare alla *confiscation générale* francese, concepita come pena contro il patrimonio che si rivolge contro gravi reati connessi al crimine organizzato, come le più gravi fattispecie di traffico di droga *ex* art. 222-49, § 2 code pénal, riciclaggio, traffico di armi *ex* art. 222-66 e in particolare colpisce l'"association de malfaiteurs; nell'ordinamento svizzero è stata introdotta una forma di confisca dei beni di cui si "presume la destinazione illecita" per le finalità dell'organizzazione criminale, in quanto nella disponibilità di un soggetto condannato di partecipazione nell'organizzazione criminale (§ 72 swStGB). Nel Progetto Grosso per la riforma del codice penale del 2000, l'art. 117 prevede lo "scioglimento delle società o associazioni le quali siano state utilizzate esclusivamente o prevalentemente per la realizzazione di attività delittuose. Il patrimonio che residua dalla liquidazione viene confiscato".

Un simile approccio si applica non solo rispetto ai proventi di reati collegati al crimine organizzato, la c.d. impresa mafiosa, ma anche in relazione ai proventi di reati economici, come l'evasione fiscale[312]. Basti pensare al caso Repaci valutato dalle Sezioni Unite relativo a un caso di evasione fiscale consistente e sistematica: "Infine, il caso di specie – in cui è pacifico, essendo addirittura oggetto di aperta rivendicazione nei motivi di ricorso, che l'evasione fiscale è stata ripetuta negli anni, sistematica e "colossale" – preclude di entrare nella valutazione della problematica circa la quota confiscabile (che avrebbe senso solo ove si trattasse di un'evasione puntuale, circoscritta ed unisussistente, senza effettivo reimpiego) essendosi di contro in realtà realizzato il reimpiego e la

[309] Cass. 23.1.2014 n. 16311; Cass. 30.1.2009 n. 17988, Baratta, in *CEDCass*, m. 244802.

[310] Cass. 4.7.2019 n. 49750; Cass. 19.11.2019 n. 3883; Cass. 11.2.2015 n. 9774: ""L'iniziale carattere lecito delle quote versate dai diversi soci diviene irrilevante ove la vita dell'impresa sia stata fin dall'inizio condotta con mezzi illeciti, nel senso che sia il consolidamento che l'espansione dell'attività imprenditoriale siano stati da sempre agevolati da un'organizzazione criminale. In tal caso, tutto il capitale sociale e l'intero patrimonio aziendale ne sono contaminati, divenendo essi stessi parti dell'impresa mafiosa, come tali soggetti a confisca"

[311] Idem.

[312] Cfr. A.M. Maugeri, *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, in *DPenCont* 2022, 122 ss.

confusione totale tra profitti leciti ed illeciti; del resto, al di là dell'impossibilità pratica di accertare la concreta distinzione in caso di lunghi periodi, è del tutto evidente, per legge economica, che le attività lecite non sarebbero state le stesse (con quei volumi e con quei profitti) ove vi fosse stato impiego di capitali minori (solo quelli leciti): dunque l'inquinamento, per definizione e per legge logico-economica, non può non essere omnipervasivo e travolgente"[313]. Tale orientamento è stato recentemente confermato in tale settore[314].

Nella medesima direzione, da ultimo, si utilizza in maniera disinvolta tale orientamento per procedere alla confisca dell'impresa in cui sono reinvestiti i proventi del reato di ricettazione, riciclaggio, autoriciclaggio, reimpiego, anche applicando altre – rispetto alla confisca di prevenzione – forme di confisca obbligatoria del profitto. "Il sequestro preventivo funzionale alla confisca del profitto del reato di cui all'art. 648 ter Cp, può riguardare una intera società e il relativo compendio aziendale quando sia riscontrabile un inquinamento dell'intera attività della stessa, così da rendere impossibile distinguere tra la parte lecita dei capitali e quella illecita"[315]; "in tema di riciclaggio, è legittima la confisca ai sensi dell'art. 648-quater Cp dell'intero complesso aziendale di una società, qualora sia riscontrabile una inestricabile commistione e contaminazione tra attività lecite ed illecite svolte dalla società che non può non ripercuotersi a danno dell'imputato titolare della stessa"[316]. "In ogni caso anche a ritenere fondata la tesi di parte ricorrente circa una iniziale attività lecita della menzionata società si sarebbe verificata una inestricabile commistione e contaminazione fra attività lecita ed illecita della società che non può che ridondare a danno dell'imputato"[317].

Si confisca, poi, come profitto di autoriciclaggio l'intera attività economica acquisita con i proventi di altri reati: "Pertanto, l'acquisto della attività commerciale di ristorazione (OMISSIS) con i proventi dei reati presupposti di truffa e appropriazione indebita, costituisce profitto del reato di autoriciclaggio e legittima il sequestro *ex* art. 648-quater Cp"[318]. In tale ipotesi, addirittura, fermo restando che l'attività economica sarebbe già confiscabile come surrogato dei proventi dei reati presupposti, si dubita che possa essere considerata provento dell'autoriciclaggio, che dovrebbe essere rappresentato dai "proventi conseguiti dall'impiego di questi ultimi in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative"[319].

In maniera simile nel sistema giuridico tedesco si applica il principio del "*Teil-Kontaminationen*", che consente di considerare come oggetto del riciclaggio e dell'autoriciclaggio – e, quindi, di confiscare – l'intero patrimonio, quando sia solo parzialmente contaminato da proventi illeciti[320]. In accoglimento di tale orientamento la Corte Suprema tedesca ha affermato che nel caso di commistione tra beni legali e illegali, l'intera proprietà può essere considerata come qualcosa che deriva da crimini; questo quando la parte che deriva dal reato in senso economico non è irrilevante: in questo caso tra il 5,9% e il 35% negli anni 2007-2009. Questa interpretazione si basa sul significato linguistico dei

---

[313] Cass. S.U. **29.5.2014 (dep. 29.7.2014) n. 33451,** Repaci.

[314] Cass. 15.9.2020 n. 27228; Cass. 4.7.2019 n. 49750.

[315] Cass. 15.9.2020 n. 27228: fattispecie in cui la Corte ha confermato il sequestro, disposto ai sensi dell'art. 648-quater Cp, su tutti i beni, compresi quelli strumentali, di una s.a.s. formalmente intestata al figlio dell'indagato, sui conti della quale il padre aveva riversato i proventi di una serie di truffe e appropriazioni indebite.

[316] Cass. 24.11.2020 n. 9102.

[317] Idem che continua così: "In proposito va richiamato l'orientamento secondo cui il sequestro preventivo funzionale alla confisca del profitto del reato di cui all'art. 648-ter Cp, può riguardare una intera società e il relativo compendio aziendale quando sia riscontrabile un inquinamento dell'intera attività della stessa, così da rendere impossibile distinguere tra la parte lecita dei capitali e quella illecita (Nella concreta fattispecie, si trattava di una società che aveva utilizzato capitali di provenienza illecita, riconducibili al gestore del patrimonio di un sodalizio di stampo mafioso, per coprire crisi di liquidità, onorare gli impegni assunti con le banche e i fornitori, ed incrementare l'attività aziendale). (Sez. 1, n. 2737 del 21/12/2010 - dep. 26/01/2011, Tassielli, *CEDCass,* 24917801)". In questo caso la confisca *ex* art. 648-quater è utilizzata per combattere l'infiltrazione del crimine organizzato nell'economia lecita.

[318] Cass. 15.9.2020, n. 27228; cfr. Cass. 25.10.2017 n. 49003.

[319] Cass. 7.6.2018 n. 30401, Ceoldo, in *CEDCass,* m. 272970. In materia M. Grande, *Il prodotto, il prezzo e il profitto del reato di autoriciclaggio - Sez- II, 7 giugno 2019 (dep. 5 luglio 2018), n. 30401*, in *CP* 2019, 209 ss.

[320] Cfr. BGH, 20.5.2015 – 1 StR 33/15.

concetti di «oggetto (Gegenstand)» e «deriva (herrührt)»[321]. L'applicazione di questo principio in caso di evasione fiscale, significa che non solo il risparmio fiscale ma anche la parte lecita del patrimonio è considerata contaminata e oggetto di riciclaggio (Bt-Drs. 14/7471, 18) o auto-riciclaggio. Considerando che il riciclaggio di denaro consente l'applicazione della confisca dei profitti e della confisca estesa (§ 73 *Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern* e § 73a *Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern*), la conseguenza è l'applicazione di una sorta di pena patrimoniale; ma la *Vermögenstrafe* (pena patrimoniale), § 43a StGB, fu dichiarata incostituzionale perché questa sanzione violava il principio di legalità (articolo 103, § 2 GG) (e colpevolezza)[322].
Nei casi in esame la Corte applica lo stesso ragionamento alla base della confisca della c.d. "impresa mafiosa" ad altre fattispecie in cui avviene il reinvestimento dei proventi illeciti, anche dell'evasione fiscale, in un'impresa originariamente lecita (per il capitale investito) e che svolge un'attività economica legale, perché si ritiene che non sarà più possibile distinguere il lecito dall'illecito e che si dovrà confiscare tutta l'impresa divenuta del tutto illecita a causa del massiccio reinvestimento dei proventi illeciti; il reimpiego comporta l'illiceità degli ulteriori redditi prodotti e rende difficile lo scorporo dei redditi leciti dagli illeciti, diventando tutto confiscabile; o comunque si confisca tutto in base alla presunzione che in mancanza degli investimenti di proventi illeciti, l'ente non avrebbe conseguito lo stesso sviluppo economico anche se in sé lecito. Si trasforma anche in questo caso la confisca dei profitti (prezzo, prodotto) e del reimpiego in uno strumento di confisca generale dei beni, in virtù della nozione di "obiettiva commistione" tra investimenti leciti e investimenti illeciti.
Se già sembra assolutamente criticabile la giurisprudenza che consente l'ablazione di tutta l'impresa c.d. "mafiosa", invece di procedere al calcolo del valore del "reimpiego" laddove si tratta di affrontare l'infiltrazione del crimine organizzato nell'economia lecita, ancor più preoccupante sembra l'utilizzo di un simile ragionamento in altri settori, e in particolare in relazione alla mera criminalità economica; in questo settore le ragioni di politica criminale con cui si tenta di giustificare l'uso disinvolto della nozione di impresa mafiosa come strumento per lottare l'infiltrazione del crimine organizzato nell'economia non sussistono e lasciano spazio solo a mere esigenze di semplificazione probatoria. Non solo si viola il principio di legalità, trasformando la confisca del profitto (frutto o reimpiego) in una confisca generale dei beni, ma anche il principio di proporzione come *Überbegriff*, in termini di mancanza di necessità del mezzo rispetto ad altre forme di tutela meno invasive per proteggere gli interessi finanziari statuali, nonché in termini di proporzione in senso stretto, nel senso che il sacrificio che così si finisce per imporre al diritto di proprietà e di iniziativa economica non appare proporzionato rispetto allo scopo. La confisca di tutta l'impresa tout court si può giustificare solo nell'ipotesi in cui l'impresa sia destinata esclusivamente alla consumazione di reati, come la frode fiscale, e, quindi, rappresenti solo un paravento per lo svolgimento dell'attività illegale.
Per ulteriori considerazioni critiche, anche alla luce dello statuto di garanzie riconosciuto per la confisca allargata e di prevenzione dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 24/2019 – che ribadisce in particolare l'esigenza di rispettare in materia i principi di legalità e di proporzione –, e per una disamina della più recente giurisprudenza più garantistica su tale nozione di impresa mafiosa o illecita, sia consentito il rinvio all'esame compiuto in altra sede[323].

[321] BGHSt 53, 205 [208-210]= NJW 2009, 1617 = NStZ 2009, 328 Rn. 12 – 15.
[322] BverfGE 105, 135.
[323] A.M. Maugeri, *Prevenire il condizionamento criminale*, cit., 106 ss.

VERSO UNA LETTURA PIU' ARTICOLATA DEL FENOMENO CONCORSUALE: TRA CAUSE 'FONDANTI' ED IPOTESI DI ESCLUSIONE DELLA RESPONSABILITA' DEI COMPARTECIPI

di *Giovannangelo De Francesco*

Lo scritto si propone di riesaminare i profili sistematici ed il significato sul piano teleologico delle questioni relative al contenuto degli artt. 110 e 119 c.p., non senza una significativa 'incursione' nelle tematiche collegate alla figura della cooperazione colposa di cui all'art. 113 c.p. Dopo aver riflettuto sulla portata delle predette disposizioni nel quadro delle diverse teorie sul concorso nel reato, viene affrontato il problema del regime concernente le cause oggettive di esclusione della pena, proponendo una lettura del modo di operare delle cause di giustificazione parzialmente diversa da quella comunemente adottata. Si procede quindi a sviluppare una prospettiva in grado di valorizzare, traendo spunto da alcune problematiche della legittima difesa, l'eventuale esplicazione di condotte 'ulteriori' rispetto a quelle di mera 'adesione' al fatto in concorso. Tale visione maggiormente 'dinamica' dei fenomeni di interazione tra le condotte concorsuali viene poi riferita anche alle ipotesi 'soggettive' di esclusione della pena, traendone infine la conclusione, corroborata anche dall'analisi dell' art 118 c.p., secondo la quale le disposizioni esaminate dovrebbero essere inquadrate in una più ampia visione teleologica (ancor meglio, se perseguita con una riforma della materia), volta a superare le strettoie ermeneutiche apparentemente imposte dalla normativa in vigore.
The paper aims to re-examine the systematic profiles and meaning on the teleological level of the issues related to the content of Articles 110 and 119 of the Criminal Code, not without a significant 'foray' into the issues related to the figure of culpable cooperation under Article 113 of the Criminal Code. After reflecting on the scope of the aforementioned provisions in the framework of the different theories on concurrence in crime, the problem of the regime concerning objective causes of exclusion of punishment is addressed, proposing a reading of the way causes of justification operate that is partially different from the one commonly adopted. It then proceeds to develop a perspective capable of enhancing, drawing from some of the problems of self-defense, the possible performance of conduct 'in addition' to that of mere 'adherence' to the act in concurrence. Such a more 'dynamic' view of the phenomena of interaction between concurrent conduct is then also referred to the 'subjective' hypotheses of exclusion of punishment, finally drawing the conclusion, corroborated also by the analysis of art 118 c.p., that the provisions examined should be framed in a broader teleological vision (even better, if pursued by a reform of the subject), aimed at overcoming the hermeneutic narrows apparently imposed by the current legislation.

SOMMARIO: 1. L'art. 110 Cp quale modello normativo per i diversi 'titoli' di responsabilità concorsuale. – 2. La specifica funzione sistematica dell'art. 113 Cp – 3. La disciplina dei casi di esclusione della pena: una breve disamina delle opinioni in materia. – 4. L'art. 119, 2° comma Cp: presupposti ed ambito di rilevanza. I 'casi' dell'esecuzione frazionata e del 'concorso' nell'esercizio di un diritto. – 5. Le controversie in tema di uso legittimo delle armi: alcuni errori di prospettiva circa le ipotesi di 'concorso' nella scriminante. – 6. Il problema della legittima difesa 'provocata' dal concorrente. Il significato sul piano teleologico della previsione dell'art. 48 Cp nelle dinamiche punitive del concorso. – 7. Uno sguardo 'in parallelo' sull' esclusione della pena *ex* art. 119, 1° comma, Cp I rapporti tra quest'ultimo e l'attuale previsione dell'art. 118 Cp, nel segno del principio di colpevolezza. – 8. Le cause di non punibilità, ed in particolare quelle 'sopravvenute'; i limiti teleologici degli art. 119, 1° comma e, per analoghi casi di 'postfatto', dell'art. 118 Cp in materia di circostanze. - 9. Una breve sintesi: punibilità e non punibilità dei concorrenti alla luce dei 'mutamenti

di contesto' indotti dal variegato atteggiarsi delle relazioni tra i compartecipi. – 10. Cenni conclusivi: tra impegno ermeneutico e necessità di una riforma del sistema.

1. Il costante incremento degli illeciti realizzati in forma concorsuale sollecita l'interprete verso ulteriori approfondimenti della struttura del fenomeno plurisoggettivo, ed in particolare verso una più puntuale individuazione dei criteri mediante i quali valutare la posizione dei singoli compartecipi. In effetti, sembra di poter dire come al progressivo declino del dogma del carattere unitario del titolo di responsabilità, così come, per altro verso, di quello fondato sulla natura accessoria della partecipazione, non abbia tuttavia corrisposto il compimento di alcuni passi 'decisivi' nel far discendere da tali ripensamenti una ridefinizione della tematica concorsuale in grado di superare alcune restanti difficoltà sotto il profilo sistematico che la materia – ed il relativo dibattito sul piano teorico ed applicativo - lascia tuttora trasparire.
Non intendiamo qui soffermarci sull'identificazione della condotta concorsuale dal punto di vista dei suoi nessi d'influenza (causale? prognostica? strumentale?) rispetto agli sviluppi dell'illecito, quanto invece, da un lato, sulla questione, or ora accennata, inerente ai 'titoli' di responsabilità dei concorrenti, e, dall'altro, sul modo di presentarsi delle ipotesi in cui la punibilità dei compartecipi debba, di volta in volta, considerarsi esclusa. In questa prospettiva, sembra allora fondato ritenere come le disposizioni maggiormente significative della disciplina sul concorso di persone siano rappresentate dal primo e dall'ultimo articolo contenuti nel Capo III del Titolo IV della Parte generale, vale a dire l'art. 110 e l'art. 119 del testo normativo fondamentale: disposizioni, per vero, non sempre adeguatamente valorizzate, vuoi, relativamente alla prima, a causa dell'apparente genericità ed incompletezza della formula normativa, vuoi, riguardo alla seconda, sotto l'influenza di opinioni volte a segnalarne – chi più, chi meno, a seconda degli autori – la mancanza di una reale utilità.
Orbene, il primo profilo da considerare – e che in un precedente scritto, di taglio più 'specialistico', avevamo appena accennato, senza affiancarvi un accurato corredo argomentativo - riguarda la possibilità o meno di desumere dal processo d' 'integrazione' normativa del disposto dell'art. 110 con le singole norme incriminatrici la rilevanza di tutte le possibili forme di concorso – in delitti e contravvenzioni – in cui i compartecipi agiscano, ora con dolo, ed ora con colpa. Ad una soluzione negativa pervengono, anzitutto, quanti, facendo leva sull'art. 42 Cp, in rapporto all'art. 113 Cp, mentre sostengono la mancanza di limitazioni quanto ai reati contravvenzionali, ravvisano nella necessità di una menzione espressa della colpa riguardo ai delitti l'inammissibilità di un concorso colposo in delitto doloso[1]. Né si deve peraltro dimenticare come non manchino pure coloro che, facendo leva sul richiamo, da parte dello stesso art. 113, ai soli delitti, escludono la configurabilità di un concorso – almeno di quello colposo – negli stessi reati contravvenzionali[2].
Sennonché, valorizzando alcuni spunti della dottrina (per quanto inseriti all'interno di visioni sistematiche differenti da quella qui tratteggiata[3]), è il caso di osservare come il concorso di persone, pur rilevando come una figura autonoma, non possa non atteggiarsi come una fattispecie di carattere delittuoso o contravvenzionale, venendo dunque a 'ripetere', da questo punto di vista, la medesima qualifica spettante alle norme incriminatrici cui il concorso si riferisce. Ed allora, nella misura in cui si tratti di delitti colposi già previsti dall'ordinamento, sembra coerente ritenere come la punibilità in forma concorsuale debba, per ciò stesso, considerarsi conforme alle direttive sistematiche cui s'ispira il nostro ordinamento penale.
Né, a smentire una soluzione del genere, potrebbe essere addotta la disciplina riservata al tentativo di delitto: facendo leva, in altri termini, sulla circostanza che l'esclusione della colpa relativamente a quest'ultimo viene fatta spesso derivare dalla mancanza di una previsione espressa al riguardo. In

[1] Cfr. T. Padovani, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano 1983, 90 ss.
[2] V. P. Severino, *La cooperazione nel delitto colposo,* Milano 1988, 275.
[3] Cfr. F. Albeggiani, *I reati di agevolazione colposa*, Milano 1984, 209 nt. 62. In argomento v. anche M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo,* Milano 1997, 302, e, già prima, R. Dell' Andro, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano 1956, 101.

realtà, tale soluzione dipende, in questa materia, dalla circostanza che il tentativo viene ad immutare il fatto tipico di riferimento, privandolo di quanto è richiesto per la consumazione; mentre, trattandosi di concorso di persone - e, pur rilevando, all'interno di quest'ultimo, anche singole condotte altrimenti non punibili - resta indiscutibile la necessità che il meccanismo estensivo si radichi su di una fattispecie di parte speciale integralmente realizzata: onde, l'esclusione della colpa, se potrà ben essere affermata, laddove il delitto al quale si concorra (e come tale, in quanto figura autonoma, pur sempre 'integro' nei suoi requisiti) si arresti alle soglie del tentativo, non potrà, al contrario, venire riconosciuta qualora tale fatto venga a corrispondere ad una ipotesi colposa – espressamente incriminata - la quale si atteggi, come non può non essere, nella forma di un delitto consumato.
Infine, nemmeno potrebbe addursi come elemento critico la configurazione, autorevolmente postulata, di fattispecie plurisoggettive differenziate in relazione a ciascun compartecipe[4]: nel senso di dover ammettere che ognuna di tali fattispecie, ed in particolare quella che si realizzi 'ricomponendo' tra loro la condotta di per sé atipica di un concorrente con il relativo fatto tipico, venga a richiedere, data la sua autonomia rispetto alla figura (monosoggettiva) originaria, che ne risulti espressamente sancito il rispettivo titolo di responsabilità (tanto più se colposa).
In verità, a noi sembra che, questa volta, la replica a tale obiezione si fondi su un motivo più radicale, ossia sulla mancanza di basi adeguate a giustificare, già in linea di principio, quella necessaria moltiplicazione di figure concorsuali in cui dovrebbe risiedere la struttura del fenomeno plurisoggettivo. Più in particolare, è il caso di osservare come, pur muovendo dal presupposto – generalmente condiviso - dell'esistenza di una fattispecie plurisoggettiva unitaria, ciò non sembri rappresentare un ostacolo al riconoscimento di atteggiamenti diversi nel realizzarla; ed invero, appare del tutto ragionevole che, data la necessaria presenza di più soggetti, si possano registrare delle variazioni in ordine al tipo di coefficiente che ne esprima e ne caratterizzi la relazione con quel (medesimo) fatto cui il concorso si riferisce. La tesi criticata, insomma, nell'intento di superare il dogma dell'unicità del titolo di responsabilità, sembra andare francamente troppo oltre, giungendo, fra l'altro, ad affermare l'esistenza di una pluralità di illeciti, anche laddove il titolo d'imputazione (ad es., il dolo del fatto) resti il medesimo, con la conseguenza, per di più, di dover ammettere un simile effetto 'moltiplicatore' – con un'evidente forzatura - nelle stesse figure di reato comunemente annoverate tra le fattispecie a concorso necessario.

2. Le considerazioni appena svolte non appaiono smentite, a ben guardare, dalla previsione normativa espressamente dedicata alla cooperazione nel delitto colposo (art. 113 Cp). Tale previsione ha fatto scorrere, com'è noto, fiumi d'inchiostro (ed anche noi vi abbiamo fatto altrove riferimento, sia pure come premessa rispetto al tema specifico dell'intreccio di posizioni di garanzia in contesti 'organizzativi'), che hanno visto progressivamente delinearsi, anche negli ultimi tempi, una serie cospicua di interpretazioni divergenti sotto molteplici profili, complice, altresì, la crescente rilevanza delle tematiche della colpa nei settori più disparati di attività pericolose[5].
Se quanto si è osservato sinora può ritenersi fondato, dovrebbe tuttavia riconoscersi che tale disposizione non possa, anzitutto, giocare in senso contrario all' ammissibilità di un concorso colposo nel reato (sia esso delittuoso o contravvenzionale), dovendo questo venire ricondotto – come si è dianzi ribadito – alla stessa previsione fondamentale dell'art. 110 Cp. E tuttavia – malgrado simili premesse - sarebbe affrettato pretendere di ricavarne, come logico corollario, la conclusione secondo la quale il disposto dell'art. 113 Cp verrebbe ad assumere, come si è spesso affermato, un ruolo di sola 'disciplina' del concorso, e non invece una vera e propria funzione 'incriminatrice'.

[4] Cfr. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, agg. V. Militello, M. Parodi Giusino, A. Spena, Milano 2020, 618 s.
[5] Ci limitiamo qui a segnalare, tra gli scritti più recenti, quelli di A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa 2022, 95 ss.; L. Risicato, voce *Cooperazione colposa*, in *ED-I Tematici*, II-2021 – *Reato colposo*, diretto da M. Donini, Milano 2021, 321 ss., entrambi con amplissimi riferimenti.

In realtà, una soluzione del genere, oltre a rendere pressoché irrilevante la portata della statuizione contenuta nel primo comma dell'articolo, non terrebbe conto del fatto che, a ben guardare, la peculiarità del fenomeno che la norma descrive dipende dalla circostanza ch'esso appare strettamente collegato (come suggerisce, non solo la formula adottata, ma anche il suo significato sul piano teleologico) ai soli delitti colposi (a forma libera) causalmente orientati. In particolare, sembra fondato ritenere che in tale ambito sistematico si delinei l'esigenza di postulare un requisito indefettibile affinché la rilevanza della partecipazione possa venire riconosciuta: vale a dire, come si cercherà adesso di dimostrare, la necessità di richiedere in ogni caso l'esistenza, nella condotta (o nelle condotte) che siano state causa dell'evento, le note qualificanti di un fatto colposo.
Per comprendere un simile profilo, è opportuno muovere, allora, dall'esame delle fattispecie, generalmente contrapposte a quelle ora richiamate, che assumono le sembianze di reati (non più a forma 'libera', ma) a forma necessariamente 'vincolata' a determinate modalità di esplicazione – quali si riscontrano, non soltanto in materia contravvenzionale, ma anche, per l'appunto, nell'ambito di determinate ipotesi delittuose (si pensi, per tutte, a quelle degli artt. 440 ss. Cp, e, per le corrispondenti figure colpose, art. 452, 2° comma, Cp, in tema di tutela penale della pubblica salute) -
Orbene, non è difficile accorgersi come in una simile tipologia di reati la regola violata dal concorrente non potrà non inerire al tipo di condotta da cui scaturisce quello stesso 'vincolo' modale che giunge ad investire, sia la condotta tipica – in ipotesi, quella di chi adulteri o corrompa certe sostanze alimentari - sia, per l'appunto, quella del partecipe di cui si tratta di valutare la colpa – nel nostro caso di chi renda possibile la condotta incriminata, lasciando nella disponibilità del terzo componenti materiali suscettibili di permettere la suddetta alterazione-. Da ciò deriva l'ulteriore conseguenza secondo cui, una volta che la colpa (accompagnata dalla prevedibilità dell'altrui condotta pericolosa) possa essere ravvisata in capo al compartecipe, la sua responsabilità potrà essere affermata, sia che l'adulterazione delle predette sostanze venga posta in essere con dolo, sia che essa venga realizzata con colpa, sia, infine, che tale fatto debba considerarsi incolpevole (come nel caso, giustamente ricordato, in cui esso venga compiuto da un soggetto che versi in un errore scusabile, dovuto, ad es., alla difficoltà di discernere le differenze della sostanza 'adulterante' rispetto alle caratteristiche di componenti alimentari da tempo note e sperimentate[6]); in effetti – è il caso di ribadirlo – le caratteristiche del fatto incriminato, pur essendo quest'ultimo realizzato da un terzo (onde il carattere di per sé atipico della condotta del partecipe) fanno sì che la colpa del concorrente venga ad investire – e nel nostro caso ciò indubbiamente si verifica - proprio quel connotato 'modale' di tale fatto che assume rilievo per chiunque vi partecipi.
Ben diverso è lo scenario che si prospetta nell'ambito dei reati causalmente orientati. In questi, per vero, i 'passaggi' attraverso i quali condotta tipica può di volta in volta estrinsecarsi. e che qualificano la vicenda causale che ha condotto all'evento, potranno – ed anzi dovranno – costituire oggetto di ulteriori valutazioni sotto il profilo del loro significato cautelare, non sempre tali da poter fondare la colpa rispetto al comportamento esplicato dal compartecipe. Più esattamente: ciò potrà accadere, ora perché alla condotta di rilievo causale non si è accompagnata un'inosservanza di regole cautelari, ed ora perché quest'ultima venga a risultare 'dissociata' dal riscontro in concreto di un nesso preventivo rispetto all'evento (e ciò, sia che nel fatto commesso non siano ravvisabili gli estremi di una colpa, sia che la colpa, pur esistente, riguardi una violazione estranea al contenuto sul piano teleologico della cautela disattesa dal cooperatore).
Exempla docent. Quanto al primo caso: qualora un soggetto abbia affidato incautamente un veicolo ad una persona inesperta, nessuno dei due, nel caso di un incidente, potrà presentare i coefficienti della colpa, ove il guidatore non avesse di fatto trasgredito, nello specifico contesto in cui il sinistro si è verificato, una regola di prudenza (fosse questa generica o specifica). Ma soprattutto: se, ad es., il conducente di un'automobile, esortato da un terzo ad aumentare l'andatura, abbia investito un pedone gettatosi fulmineamente sotto le ruote per suicidarsi, la mancanza di un nesso preventivo

[6] V. P. Severino, *La cooperazione*, cit., 123.

rispetto all'evento (i limiti di velocità non sono preordinati ad evitare suicidi) escluderà la colpa non solo in capo al guidatore, ma anche riguardo al suo pur spregiudicato compagno di viaggio. Infine, laddove, ad es., l'autore di un incidente lo abbia provocato deviando il percorso verso una strada a senso unico - e la persona trasportata si fosse invece 'limitata' a suggerirgli di aumentare la velocità – mentre il primo potrà considerarsi in colpa, quest'ultima verrà invece a mancare rispetto al partecipe, non essendo il relativo atteggiamento imprudente 'concretizzatosi' nella violazione da cui è scaturito l'evento.
Ragionando in questi termini, risulta congruo affermare come, a ben vedere, la disputa inesauribile circa la posizione sistematica dell'art. 113 Cp sia destinata, a conti fatti, a rivelarsi sostanzialmente fuorviante. Vero è che la norma in questione è in grado di operare in relazione a soggetti di cui si presuppone la colpa, da ciò derivando anche un ruolo di 'disciplina' del concorso, fondato sulla previsione di un analogo regime sanzionatori[7]; ma è altrettanto vero, tuttavia, che la duplice rilevanza dell'imputazione per colpa - ora della condotta da cui l'evento è derivato, ed ora di quella relativa al concorrente - non rappresenta un dato già 'naturalmente' insito nel fenomeno partecipativo, esigendo essa di venire preventivamente riconosciuta, ponendo tra loro in contatto la vicenda causale (espressa dalla norma mediante il richiamo ad un delitto colposo su cui si incardini l' "evento" cagionato) e quella riferibile al comportamento di chi si sia limitato ad una partecipazione c.d. 'atipica'.
D'altra parte, ciò non implica il corollario di dover ipotizzare, nell'ambito del fenomeno di cui si discute, una sorta di valenza necessariamente 'comune' della disciplina penale, tale far sì, in ultima analisi, che (non solo l'esistenza, ma anche) la stessa mancanza della colpa debba ritenersi una circostanza 'comunicabile' ai compartecipi, sulla falsariga di quanto stabilito dall'art. 119 Cp Invero, è sufficiente osservare come, nel caso ora considerato, l'esclusione della colpa altro non rappresenti, per così dire, se non il 'contraltare' della rilevanza 'in positivo' della trasgressione commessa *in executivis*, quale condizione necessaria per 'integrare' la dimensione preventiva delle cautele violate dal compartecipe. Ne deriva che non si tratta qui di 'estendere' al compartecipe la mancanza della colpa, quanto piuttosto di riconoscere, ancor prima, che la colpa che lo riguarda 'personalmente' deve necessariamente 'proiettarsi' su di una violazione cautelare di analoga portata sul piano preventivo; il che non comporta, peraltro, il dover abbracciare in una valutazione unitaria le posizioni dei soggetti implicati nell'illecito, potendo ben accadere – come mostra l'ultimo esempio sopra formulato – che la condotta che è stata causa dell'evento vada incontro ad un'imputazione per colpa, rimanendone invece esclusa (malgrado la 'cautela' disattesa dal compartecipe: nella specie, quella di astenersi dall' indurre ad aumentare la velocità) l'attività esplicata da quanti non abbiano preso parte all'esecuzione del fatto.

3. Quando detto finora non significa, a ben vedere, che debba darsi per scontata l'interpretazione della norma cui si è fatto or ora riferimento (sia pure per contestarne la rilevanza nella partecipazione colposa) vale a dire quella previsione 'di chiusura' della disciplina concorsuale (ossia, art. 119 Cp) che già abbiamo menzionato in apertura dell'indagine.
In realtà, proprio quest'ultima disposizione sembra destinata, a sua volta, a suscitare interrogativi di particolare rilievo, i quali appaiono strettamente collegati all'analisi delle tematiche concorsuali secondo la prospettiva di ricerca adottata in questa sede. A tale riguardo, è necessario allora premettere come, già sotto un profilo di carattere metodologico, tale previsione normativa appaia ben lungi dal registrare una posizione condivisa, come dimostra in maniera eloquente il susseguirsi nel corso degli anni di tre impostazioni (soprattutto a livello dottrinale) sostanzialmente eterogenee.

[7] La peculiarità del fenomeno contemplato dall'art. 113 può spiegare, d'altronde, la scelta del legislatore di pronunciarsi in maniera esplicita in merito al regime delle circostanze. Il che non esclude (ma semmai avvalora, malgrado l'assenza di indicazioni al riguardo) il buon fondamento della tesi secondo cui sarebbe comunque difficile applicare ai casi di concorso colposo estranei alla previsione in esame le circostanze di cui all'art. 112, 1° comma, nn. 1 e 2, Cp, per essere queste compatibili, data la loro natura o la loro dimensione teleologica, con i soli fenomeni di concorso doloso: cfr., per tutti, G. Grasso, in M. Romano – G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Art. 85-149, Milano 1996, 205.

La prima, nell'intento di superare eventuali dubbi interpretativi, è venuta ad ispirarsi ad un parallelismo sul piano sistematico con la natura delle ipotesi regolate dalla disposizione precedente – ossia, l'art. 118 Cp – sul presupposto che entrambe le norme verrebbero ad occuparsi della 'comunicabilità' o meno ai concorrenti dei fenomeni in esse contemplati[8].
La seconda, viceversa, procedendo ad un'autonoma ricostruzione del contenuto normativo dell' art. 119, ha ritenuto di dover tracciare una distinzione fondata sul carattere 'personale' delle situazioni contemplate nel primo comma – come tali, riferibili, *in primis* (anche se non esclusivamente), ai casi di mancanza di colpevolezza – e del connotato, all' opposto, obiettivo ed 'impersonale' proprio dei fenomeni indicati nel secondo (per lo più identificati con quelli integranti gli estremi di una causa di giustificazione[9]).
La terza opinione, infine, nel rilevare la difficoltà di distinguere *a priori* la portata oggettiva ovvero soggettiva delle cause escludenti la pena, si è detta favorevole a tracciare la suddetta distinzione in relazione al modo di presentarsi della vicenda concorsuale, con la conseguenza di dover ritenere oggettive le ipotesi suscettibili di giustificare, in concreto, una loro estensione ai compartecipi, e soggettive, viceversa, quelle insuscettibili di riflettersi, sempre in relazione al loro atteggiarsi in concreto, sulla posizione assunta dagli altri concorrenti[10].
Simili prese di posizione, malgrado le differenze, presentano tutte, a ben guardare, dei profili meritevoli di ulteriori approfondimenti. Prima di procedere oltre, mette conto ricordare, tuttavia, come la seconda e la terza opinione registrino attualmente un consenso abbastanza diffuso, mentre la prima soluzione abbia perso progressivamente terreno, essendosi obiettato come la distinzione – rinvenibile, altresì, nella formula originaria (ossia prima della riforma del '90) dell'art. 118, in correlazione con l'art. 70 Cp – tra fattori oggettivi e soggettivi, in quanto riferita alle circostanze, non possa venire utilizzata nel campo dell'esclusione della punibilità. Peraltro, come avremo modo di osservare, malgrado il vigente art. 118 continui a disciplinare le sole circostanze, e che esso non richiami più il contenuto normativo dell'art. 70, proprio il 'cambio di regime' inerente a detta norma si presta, se non altro, ad avvalorare ulteriormente, in quanto maggiormente in linea con le scelte d'insieme, determinate scelte interpretative in merito alla disposizione contigua.
Giunti a questo punto – ed entrando finalmente *in medias res* – sembra fondato ritenere, anzitutto, come la terza impostazione poc'anzi richiamata appaia difficilmente compatibile, almeno nelle scelte di principio, con la stessa funzione della disciplina delineata dall'art. 119 Cp. Come riconoscono gli stessi fautori di un simile indirizzo[11], l'idea di una valutazione caso per caso degli effetti sulla posizione giuridica dei concorrenti finisce invero col riservare alla disposizione in esame un ruolo sostanzialmente pleonastico, nel senso che, aderendo a tale opinione, la previa determinazione della natura 'oggettiva' o 'soggettiva' di un certo requisito dovrebbe comunque cedere, nella concretezza del fatto storico, ad un parametro del tutto indipendente dalla precedente qualificazione: un parametro, in effetti, che, nell'assumere rilevanza soltanto *a posteriori*, farebbe sì che l'estensione o meno ai concorrenti del regime di favore appaia del tutto svincolata dalla posizione sistematica attribuita al requisito corrispondente.
Alla luce di un simile rilievo, sembrerebbe, allora, che l'opinione maggioritaria – la quale fa leva sulla natura e sul ruolo sistematico della causa di non punibilità – debba considerarsi maggiormente fondata. E tuttavia, non è difficile accorgersi come, nel valutare la portata dei fenomeni evocati dall' art. 119 Cp (e non solo da questo), gli interpreti siano talora incorsi in alcuni fraintendimenti, i quali rischiano di investire, ad un tempo, le caratteristiche del concorso criminoso e, almeno in parte, una corretta configurazione delle stesse categorie sostanziali cui detta norma si riferisce.

[8] Cfr. G. Vassalli, voce *Cause di non punibilità*, in *ED*, VI, 1960, 625.
[9] V., per tutti, F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Milano 2020, 593 ss.
[10] In questo senso cfr. A. Pagliaro, *Principi*, cit., 670 s.
[11] V. ancora A. Pagliaro, *Principi*, cit., 671.

4. Orbene, e procedendo anzitutto ad esaminare la disciplina applicabile alle cause 'oggettive' di esclusione della pena, non v'è dubbio, in effetti, che quest'ultime debbano venire identificate, almeno in larga prevalenza (ed anzi, in termini pressoché esclusivi[12]) con la categoria delle scriminanti, sia ch'esse figurino all'interno della parte generale, sia che vengano a riferirsi a determinate tipologie di fattispecie. La ragione è nota, e in questa sede è sufficiente accennarvi: in presenza di un giudizio di liceità del fatto, sarebbe invero difficile spiegare le ragioni per le quali le situazioni su cui esso si fonda possano lasciar sussistere il carattere antigiuridico del comportamento di chi vi concorra. Allo scopo di definire con maggiore chiarezza il modo di operare della scriminante, è stato, peraltro, autorevolmente sottolineato[13] come la funzione propria di quest'ultima, dovendo essere apprezzata in relazione al fatto tipico, presupponga che tale fatto venga sempre commesso da colui al quale il potere o dovere di agire risulti specificamente attribuito.
Tale ultima affermazione, per quanto sostanzialmente fondata, necessita tuttavia di alcune precisazioni. Anzitutto, sarebbe affrettato dedurne – come un primo sguardo potrebbe indurre a ritenere – una ragione decisiva per legittimare, ancora una volta, il dogma della c.d. 'accessorietà' del concorso nel reato[14]. Premesso che tale dogma dovrebbe *sempre* esigere una condotta c.d. 'principale' (onde, la presenza, nelle ipotesi più frequenti, di un unica condotta tipica non sarebbe sufficiente a dimostrarne la validità), deve allora osservarsi come, ai nostri fini, proprio i fenomeni solitamente richiamati per contestare la natura accessoria della partecipazione – primo tra tutti, quello dell' 'esecuzione frazionata' – vengano ad esprimere la loro rilevanza sullo stesso terreno del regime applicabile alle cause di giustificazione.
In particolare, non sembra possibile escludere che uno soltanto dei soggetti che realizzino *pro parte* il fatto tipico possa giovarsi di una valutazione di liceità, con la conseguenza di dover negare, da questo punto di vista, che tale fatto, concepito secondo lo schema monosoggettivo, debba costituire l'unico possibile oggetto della norma scriminante.
Si pensi al caso in cui Tizio e Caio si accordino per commettere una rapina a danno di Sempronio, il quale, a loro insaputa, fosse in procinto di aggredirli. Orbene, supposto che, dei due rapinatori, l'uno privi Sempronio della disponibilità del mezzo di cui intendeva servirsi (in ipotesi, un attrezzo sportivo – ad es., una mazza da *golf* - di cui i soggetti in questione miravano ad appropriarsi per essere questo appartenuto ad un grande campione), e l'altro usi violenza nei confronti del medesimo, non si può escludere l'eventualità che la presenza di una difesa legittima possa tornare a favore di uno solo dei soggetti in pericolo; ciò potrà accadere, ad es., laddove Caio, autore della violenza, nonostante il dissenso di Tizio (manifestato, anche *in loco*, con gesti rivolti ad impedirglielo) persista per suo conto nel colpire Sempronio, nella convinzione di doverne bloccare ulteriori reazioni, arrecandogli in tal modo un' offesa oltre i limiti della necessità e della proporzione. In un simile contesto, sarebbe allora difficile negare come, mentre Tizio venga a beneficiare degli estremi della scriminante, non altrettanto possa dirsi di Caio, essendo egli incorso in un eccesso dai limiti della causa di giustificazione.

[12] Non del tutto pacifica è tuttavia l'esclusione dalla disciplina ora menzionata delle figure riconducibili al fenomeno delle c.d. 'scusanti': e ciò, almeno laddove (diversamente da quanto accade, ad es., nell'errore sul precetto o nell'insindacabilità dell'ordine dell' Autorità, dove emerge, ora un *deficit* sul piano intellettivo, ora la mancanza di un potere 'personale' di controllo sui presupposti dell'ordine) si tratti del contributo ad un fatto – come quello commesso in stato di necessità 'scusante' – dichiarato non punibile, com'è ben noto, in base ad un criterio più accentuato di 'generalizzazione' in chiave normativa. Nell' auspicare un intervento legislativo su questo ed altri profili della disciplina concorsuale (v. anche, *infra*, par. 10), è il caso di ricordare, peraltro, come le incertezze relative al trattamento delle 'scusanti' siano dovute, già 'a monte', alla scarsa attenzione dedicata, nella nostra tradizione giuridica, a questo pur fondamentale capitolo dell'analisi del reato.
[13] Cfr. T. Padovani, *Diritto penale*, Milano 2019, 348.
[14] Sulle tematiche dell'accessorietà cfr., di recente, M. Papa, *La compartecipazione criminosa*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, I, Milano 2022, 609 s.; S. Seminara, *Accessorietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato. Considerazioni sul senso di una disputa dottrinale*, in *RIDPP* 2021, 437 ss.

Al di fuori di tale ipotesi, e pur riconoscendo l'esigenza di valutare la scriminante in relazione ad un fatto tipico, non sembra fuori luogo precisare, tuttavia, come tale rapporto non possa venire sempre concepito in senso puramente fisico-materiale, pena il rischio di dover accogliere una visione eccessivamente riduttiva ed 'angusta', per così dire, di determinate circostanze esimenti, tale da svilirne e mortificarne il significato teleologico.
Si consideri, a tale proposito, la scriminante dell'esercizio di un diritto (art. 51 Cp). Ipotizzando, in particolare, che, ad es., gli amici e conoscenti di Tizio, titolare di una servitù di passaggio, e che li abbia esortati ad avvalersene, ne approfittino, anche a proprio vantaggio, per recarsi nell' abitazione del primo, il titolare della servitù verrà senza dubbio ad esercitare il proprio diritto, per quanto il passaggio venga effettuato da terze persone. Certo: la soluzione sembra discendere, in questo caso, dal presupposto che la servitù, oltre a gravare sul 'fondo', è preordinata comunque a quell' 'utilità' (anche) per il titolare del diritto, che viene concepita dalla più recente e qualificata giurisprudenza civile (ed in particolare, dalla stessa Corte di cassazione) in una dimensione particolarmente ampia ed estensiva. E tuttavia, resta pur sempre il fatto, se sono corrette le premesse, che, alla luce delle dinamiche con cui la scriminante può manifestarsi, l'idea che l'esercizio del diritto debba andare sempre a 'coprire' in maniera pedissequa la condotta esteriormente 'tipizzata' non si riveli, a rigore, pienamente conforme all' ambito entro il quale può arrivare concretamente a spaziare il giudizio di liceità.
A tale conclusione non sarebbe, d'altro canto, corretto obiettare come il terzo che transiti su quel fondo possa invocare a proprio favore la scriminante del consenso dell'avente diritto (art. 50 Cp), in base alla stessa scelta del relativo titolare di permettergli il passaggio sul fondo 'servente'. Ed invero, è appena il caso di rilevare come un siffatto consenso verrebbe ad eccedere gli stessi limiti di 'disponibilità' del diritto, dovendo escludersi, in linea di principio, che il 'peso' derivante dalla costituzione della servitù possa risultare ulteriormente aggravato – in mancanza di un apposito titolo che lo giustifichi – in forza di una determinazione unilaterale del soggetto beneficiario della servitù.

5. Oggetto di maggiori controversie è, peraltro, la questione della portata estensiva della causa di liceità, laddove la scriminante risulti concepita in relazione all'esercizio di poteri pubblicistici, in quanto tali suscettibili di esprimere un 'vincolo' alla loro esplicazione ritenuto particolarmente intenso e stringente. Vengono qui in considerazione, com'è ben noto, le opinioni formulate con riguardo alla causa di giustificazione consistente nell'uso legittimo delle armi o di altri mezzi di coazione fisica, quale risulta disciplinata dall'art. 53 Cp.
A tale riguardo, merita soprattutto di venire ricordata l'autorevole opinione secondo la quale, non essendo permesso che l'uso delle armi possa vedere coinvolti soggetti diversi dall' appartenente alla forza pubblica, ai primi, se concorrenti nel fatto commesso da quest'ultimo, non possa venire 'estesa' la qualifica di liceità inerente all'offesa prodotta dalla coazione esercitata. Si dovrebbe dunque ritenere come, a conti fatti, il regime della scriminante, rispetto ai concorrenti, debba venire 'assimilato' a quello predisposto dal primo comma dell'art. 119, con la conseguenza di dover riconoscere il carattere esclusivamente 'personale' della causa di esclusione della pena riguardante il soggetto legittimato al ricorso alle armi[15].
In realtà, a noi sembra che un simile assunto rischi di trascurare alcune differenze in merito alla tipologia di fenomeni rispetto ai quali si tratta di valutare l'estensione o meno del giudizio di liceità.
Per fare chiarezza in proposito, non si può fare a meno di sottoporre ad esame il disposto normativo dell'art. 53, 2° comma Cp, in base al quale la scriminante dovrà essere applicata, oltre che ai soggetti titolari del potere coercitivo, "a qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza".
Orbene, stando all'opinione ora richiamata, dovrebbe appunto ritenersi che tale previsione normativa suoni, già *prima facie*, come un'evidente conferma dell'impossibilità di ammettere una soluzione 'estensiva' della scriminante: col dire che questa potrà giocare a favore di terzi nel solo caso in cui

[15] Così G. Marinucci, voce *Cause di giustificazione*, in *DigDPen*, II, 1988, 136 s.

questi collaborino con il pubblico ufficiale ove ne siano 'legalmente richiesti', esso lascerebbe intuire che, mancando tale richiesta, i concorrenti non potrebbero allora vedersi riconosciuta la circostanza di liceità.
Una simile interpretazione, che è stata successivamente riproposta anche in relazione alla disciplina delle c.d. attività 'sotto copertura'[16], non sembra, tuttavia, poter sfuggire ad una critica di fondo, la cui portata riceve luce da un'analisi più approfondita riguardante la stessa logica 'interna' della previsione normativa che andiamo considerando.
In linea di principio, deve ribadirsi, anche a tale riguardo, che l'operatività della scriminante richiede di venire ricollegata al fatto tipico commesso da quanti risultino titolari del potere attribuito. Ed anzi, è stato osservato che una siffatta limitazione dovrebbe ritenersi ancor più intensa e vincolante, considerato il fatto che il comune cittadino, non essendo in possesso di una preparazione adeguata all'esercizio di poteri particolarmente incisivi quali quelli indicati nel primo comma, potrebbe facilmente incorrere in una reazione sproporzionata rispetto alle effettive necessità che giustificano l'uso della forza (vuoi per difetto, vuoi anche per eccesso; per non parlare del rischio di arrecare offesa a terzi estranei al conflitto con l'Autorità).
Sennonché, sembra parimenti innegabile come l'art. 53, 2° comma, nel fare riferimento alla condotta del "prestare assistenza", intenda alludere – giusta un'opinione largamente condivisa - proprio ad un comportamento caratterizzato da un'attiva partecipazione all'uso di mezzi di coazione a difesa dell'Autorità. D'altro canto, sarebbe francamente incongruo affermare che una simile scelta debba considerarsi arbitraria o priva di misura: essendo, invero, difficilmente contestabile come, nella dinamica in concreto dei fatti, possano ben darsi delle situazioni in cui le forze dell'ordine siano poste nella necessità di avvalersi dell'intervento di terzi soggetti (anche se) non 'qualificati': un intervento, per l'appunto, che esse stesse vengano di volta in volta a richiedere nel rispetto delle previsioni di legge, e a condizione, naturalmente, che i soggetti di cui venga sollecitata l''assistenza' offrano sufficienti garanzie di poter esercitare correttamente i poteri loro attribuiti per iniziativa della stessa Autorità competente.
Ove si condivida una simile ricostruzione, sembrerebbe, tuttavia, altrettanto ragionevole adottare una soluzione differente riguardo al contributo del terzo, laddove non si tratti propriamente di un'assistenza alla forza pubblica tale da implicare un''azione congiunta' nel ricorso alle armi, bensì di una partecipazione *ab externo* nella forma dello svolgimento di attività c.d. 'atipiche' di cooperazione al fatto commesso. Com'è stato, di recente, giustamente sottolineato[17]– rievocando l' autorevolissima opinione [18], secondo la quale l'art. 53 Cp non darebbe vita ad un' esimente 'personale', quanto piuttosto ad una scriminante 'propria' (similmente, per intendersi, alle situazioni inerenti alle fattispecie di 'reato proprio') - sarebbe invero discutibile subordinare al vincolo sancito dal secondo comma l'esplicazione di condotte che non comportino di per sé stesse il ricorso all'uso di armi od altri mezzi coercitivi; si tratterebbe, invero, in casi del genere, di quelle forme di adesione al comportamento direttamente compiuto dal soggetto 'qualificato', che si esauriscono in una dimensione esclusivamente "prodromica o strumentale" rispetto all' attività in cui si incarna l'uso della violenza da parte dei (soli) soggetti abilitati ad esercitarla (si pensi, *ex multis*, al gesto di un "passante che aiuti il pubblico ufficiale a recuperare il caricatore di un'arma" da fuoco, o che solleciti la polizia ad estrarre le armi per rispondere ad un 'agguato' da parte di terroristi, oppure, ancora, che "indichi alle forze dell'ordine l'entrata sul retro di un edificio"[19] appena occupato da una banda di rapinatori).
Ne deriva, in conclusione, che la scelta di attribuire alla scriminante in questione un carattere esclusivamente 'personale' non sembra rivelarsi sufficientemente fondata: in realtà, non

[16] V. in proposito C. De Maglie, *L' agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano 1991, 279.

[17] Cfr. N. Amore, *Commento all'art. 53 c.p.*, in *Codice penale*, I, a cura di T. Padovani, Milano 2019, 455 s.
[18] In proposito v. l'ampia analisi di T. Delogu, *L'uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coazione fisica*, in *AP* 1972, I, 166 ss.
[19] Così N. Amore, *Commento*, cit., 456.

diversamente da quanto accade per le altre cause di giustificazione, essa potrà – e dovrà – essere estesa anche ai concorrenti nel reato, restando esclusa la possibilità di applicarla, soltanto nei confronti di coloro che – non essendo stati investiti da un' apposita 'richiesta' – vengano ad immettersi nell'esercizio dei poteri propri dei (soli) soggetti espressamente autorizzati.

6. Giunti a questo punto, si deve tuttavia avvertire come la questione inerente al carattere 'personale' o meno della posizione dei concorrenti induca a confrontarsi con ulteriori, delicati interrogativi, i quali offrono il destro per poter valutare in maniera ancor più approfondita il modo di atteggiarsi delle dinamiche concorsuali.

Il pensiero corre a quell' ipotesi problematica – da tempo considerata come un terreno privilegiato per poter 'testare' la validità delle diverse teorie – caratterizzata dalla presenza di un'eventuale iniziativa da parte del concorrente volta a creare i presupposti perché possa configurarsi una reazione giustificata dalla norma sulla legittima difesa (art. 52, 1° comma, Cp). Si tratta del caso, che risale ad un famoso scritto di Hegler[20], in cui un soggetto venga a 'provocare' un'aggressione nei confronti di una terza persona, affinché questa, costretta a difendersi, cagioni la morte dell'aggressore. Di fronte ad una simile eventualità – e una volta escluso (in quanto incompatibile con il nostro sistema) il ricorso alla figura dell''autore mediato' – si sono andate sviluppando tre differenti soluzioni ermeneutiche.

Secondo una tendenza meno recente[21], la punibilità, ritenuta innegabile, dell'autore della 'provocazione', verrebbe a collocarsi nella logica dell' 'accessorietà' del concorso, concepita nella versione 'minima' della sua rilevanza: nel senso che, data la realizzazione di un fatto tipico, questa sarebbe sufficiente a fondare un concorso punibile, non essendo indispensabile che, quanto al requisito dell'antigiuridicità, esso debba venire sempre valutato in senso favorevole a tutti i partecipanti a quel fatto. Ad avviso di un'altra parte della dottrina – già in precedenza menzionata – dovendo la distinzione tra cause 'oggettive' e 'soggettive' ai sensi dell'art. 119 Cp essere tracciata alla luce dell'accadimento storico, dovrebbe invece ritenersi che la punibilità (pur sempre innegabile) dell'artefice dell'aggressione dipenda dall'essere la sua posizione 'personale' inidonea a giustificare in concreto l'estensione della scriminante[22].

In proposito, deve osservarsi, tuttavia, come, già ad un primo sguardo, simili opinioni non appaiano in grado di offrire una soluzione convincente alla problematica or ora delineata. Così, quanto alla teoria dell'accessorietà, essa si mostra, ancora una volta, inadeguata (oltre che per le ragioni già in precedenza accennate) a causa del fatto che chi l'ha prospettata (anche) in relazione all'esempio di cui si discute, non ha però proceduto ad un confronto analitico con la disciplina sancita dallo stesso art. 119 Cp; non è ben chiaro, di conseguenza, se la soluzione formulata rispetto al caso in questione debba pur sempre ritenersi in linea con detta norma, ovvero ne rappresenti, eventualmente, una deroga implicita, o se non si tratti, piuttosto, di un corollario a sé stante del postulato teorico dell' accessorietà nella sua versione 'minima', destinato a trovare in tale opzione sul piano puramente 'dogmatico' il suo esclusivo fondamento. Quanto, poi, alla seconda opinione, è appena il caso di osservare ch'essa viene ad ispirarsi, anche con riguardo al caso di specie, a quel parametro di valutazione in concreto del carattere oggettivo o soggettivo delle cause esimenti, che ci è già apparso radicalmente incompatibile con la stessa ragion d'essere dell'art. 119 Cp.

Ma v'è di più. Entrambe le impostazioni esaminate, al di là dei limiti intrinseci ch' esse rivelano, sembrano trascurare, soprattutto, il dato di fondo in base al quale la posizione dei concorrenti – nella prospettiva dell'art. 119 Cp – dovrebbe collocarsi in un contesto tale da lasciare necessariamente 'invariato', per così dire, il modo di presentarsi del contributo al quale riferire (o meno) l'estensione del regime di favore: un contesto, in altri termini, il quale denoti la *mancanza di eventuali mutamenti*

[20] Cfr. A. Hegler, *Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigem Handeln der Mittelsperson*, in *Festgabe für Richard Schmidt*, I, Leipzig 1932, 56.

[21] V. C. Pedrazzi, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo 1952, 67 s.

[22] Cfr. A. Pagliaro, *Principi*, cit., 670.

nel rapporto tra i compartecipi, riconducibili ad iniziative ulteriori in grado di alterare i confini dello scenario presupposto dalla previsione in esame.
È un merito di illustri studiosi – quali Marcello Gallo[23], e più ancora, Tullio Padovani[24]– l'aver posto in evidenza come nel nostro sistema non manchino alcune, fondamentali, indicazioni normative proprio nella direzione ora ipotizzata. Tale deve considerarsi, ad es., la disposizione dell'art. 48 Cp: la quale, in effetti, appare rivolta a punire l'inganno ad opera del compartecipe, pur in mancanza di un'offesa tipica nella condotta del relativo destinatario – come nel noto esempio della deposizione resa da un soggetto da altri ingannato sulla realtà dei fatti, e che, riferendo quanto da lui ritenuto vero, non potrebbe comunque ritenersi autore di una falsa testimonianza - : e ciò, proprio perché un simile inganno rappresenta un *plus* rispetto ad un' ipotesi di concorso non ulteriormente 'qualificata', la quale si avrebbe, viceversa, laddove il terzo avesse istigato (sia pure per trarne vantaggio) il testimone a dire, *contra facta*, quanto da lui *già supposto* come vero (ché, se così fosse accaduto, anche il concorrente non potrebbe considerarsi responsabile). Né può dimenticarsi l' ulteriore esempio offerto da Padovani[25], in relazione al concorso in un reato plurisoggettivo necessario; se è vero, ad es., che nella ricettazione il vendere una cosa proveniente da delitto, pur se correlato all' 'acquisto' incriminato, non è dichiarato punibile - e tale rimane anche laddove l'acquirente versi in errore circa la detta provenienza - diversa dovrà essere invece la conclusione laddove "il venditore avesse ingannato il compratore sulla provenienza delittuosa delle cose offerte": in tal caso, in effetti, proprio in virtù del predetto art. 48 Cp, "l'inganno determina una responsabilità in capo al venditore, allo stesso titolo in cui sarebbe incorso il compratore ove fosse stato consapevole della circostanza su cui è stato indotto in errore".
Orbene, e valorizzando i profili teleologici di una simile ricostruzione, sembra di poter dire che il disposto dell'art. 48 Cp – di cui pure va riconosciuta l'importanza – non possa, tuttavia, considerarsi espressione di una scelta del tutto singolare od 'eccezionale' nell'economia del fenomeno partecipativo; esso, semmai, coglie e porta alla luce il senso di una prospettiva maggiormente sensibile ai rapporti d' interazione' che possono qualificare in termini più articolati e più lontani dalla loro usuale 'fisiologia' le vicende collegate ad un contesto 'pluripersonale'. E del resto, a conferma della ragionevolezza di tale linea ermeneutica, non va trascurata la circostanza che, con una contrapposizione particolarmente accentuata, il regime dell'errore frutto dell'altrui inganno vede 'coesistere' tra loro la responsabilità dolosa del *decipiens* alla carenza, addirittura, dell'offesa tipica in capo al *deceptus*: un esito, certo, difficilmente contestabile, ma, per l'appunto, data la 'sproporzione di scala' tra le due valutazioni, tale da rendere plausibile il ricorso ad un'indicazione normativa dotata (per lo meno) di una funzione chiarificatrice.
Ragionando in questa prospettiva, non può dunque sorprendere la circostanza che, pur mancando una previsione *ad hoc*, una soluzione analoga possa riguardare, *mutatis mutandis*, anche il caso della legittima difesa 'provocata': un caso, in particolare, che, data la sua più intuitiva evidenza, si presta ad essere inquadrato in maniera lineare nella logica di una valutazione differenziata della posizione dei compartecipi. Se è vero, in effetti, che siamo qui nel campo di un bilanciamento di interessi, il perno attorno al quale l'ordinamento fa ruotare la soluzione del conflitto non può non apparire – come si è autorevolmente notato[26]– quello dell'esistenza di una "costrizione" nei confronti di colui che intenda avvalersi della scriminante, venendo essa a designare il "modo" stesso "con cui il conflitto si espresso nei confronti" del soggetto in questione; una costrizione che non sarebbe dunque concepibile – per proseguire con le parole di Padovani – "ogni qualvolta l'alternativa conflittuale" – invece di 'imporsi' come tale – "risulti o intenzionalmente provocata, o consapevolmente accettata"[27]. Da tale punto di vista – e venendo al nostro tema specifico - pare allora difficile negare come, qualora il concorrente nel fatto sia stato l'artefice della minaccia, del tutto inammissibile sarebbe trattarlo alla

[23] M. Gallo, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano 1957, 92 s.
[24] T. Padovani, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano 1973, 116 s.
[25] Così T. Padovani, *Le ipotesi*, cit., 118 s.
[26] Cfr. T. Padovani, voce *Difesa legittima*, in *DigDPen*, III, 1989, 29 ss. (dell'estratto).
[27] T. Padovani, *Difesa legittima*, cit., 31.

stessa stregua di colui che tale minaccia ha subito: perché mai valutare a suo favore la causa di giustificazione, quando era stato egli stesso a 'pianificare' l'intervento delle circostanze da cui è scaturita l'offesa?
Giunti a questo punto, ci si potrebbe tuttavia domandare se la soluzione or ora illustrata possa eventualmente trovare un fondamento sul piano ermeneutico nell'art. 119, 1° comma, nel senso di dover riconoscere la posizione 'personale' dell'autore della reazione e il conseguente ostacolo all'estensione dell'impunità. Ma una simile scelta, a ben guardare, si rivelerebbe sostanzialmente 'eccentrica' rispetto alla logica di fondo che sorregge la responsabilità del concorrente. Non si tratta qui di stabilire se debba estendersi una circostanza escludente la pena, quanto piuttosto di riconoscere l'esistenza di una situazione atta a fondare e a giustificare *in positivo* la *punibilità* dell'atto di partecipazione. Rievocando il parallelismo con la *ratio* posta alla base dell'art. 48 Cp, si può ben dire, insomma, che, qui come là – giusta quanto puntualmente osservato[28]– è giocoforza ravvisare una rilevanza "incriminatrice" dell'esplicazione di quell' *ulteriore* iniziativa ad opera del concorrente che è destinata a 'spostare' i termini del problema rispetto ai casi assoggettabili al regime dell'art. 119 Cp.

7. Piuttosto, un'ulteriore ed interessante questione - che si pone sulla scia dei rilievi che precedono – concerne l'interrogativo se la prospettiva in cui essi si collocano debba venire circoscritta alla sola dimensione 'punitiva' delle condotte di partecipazione, ovvero se le esigenze teleologiche che la ispirano consentano di pervenire, *mutatis mutandis*, a conclusioni in certa misura 'speculari' anche nel campo dell'esclusione della pena.
Come s'intuisce agevolmente, la risposta al quesito ora formulato non può non muovere, anzitutto, dall' esame delle cause di non punibilità di cui viene esclusa, in linea di principio, l'idoneità a produrre effetto riguardo agli altri compartecipi. Il che induce allora a prendere in esame con maggiore attenzione il contenuto ed i risvolti sul piano sistematico della disciplina contenuta, questa volta, nel primo comma dell'art. 119 Cp.
A tale proposito, non possono sussistere dubbi circa la necessità di applicare tale disposto normativo alle cause che escludono la colpevolezza. Il carattere 'personale' proprio di quest'ultime rappresenta invero un ostacolo difficilmente superabile rispetto alla possibilità di valutarle a favore di quanti non ne siano direttamente coinvolti. Del resto (e sciogliendo una riserva in precedenza formulata), se è pur vero che, ieri come oggi, non è consentito postulare una sorta di 'omologazione' tra i contenuti dell'art. 119 e 118 Cp, data la diversità tra le rispettive materie, e l'attuale mancanza, per di più, di un rinvio di quest'ultimo all'art. 70 Cp, non può sfuggire, tuttavia, quanto al profilo della colpevolezza, un significativo 'punto di contatto' tra le due norme.
Come si è notato in altra sede[29], le circostanze attualmente escluse, in base all'art. 118, dal regime di 'comunicabilità' ai concorrenti mostrano invero una stretta correlazione – mai come adesso così chiara e perspicua - con i contenuti del rimprovero di colpevolezza (inteso in senso 'normativo'): essendo, per l'appunto, le circostanze inerenti alla persona del colpevole collegate al giudizio di imputabilità (che configura il primo elemento della colpevolezza) o alla recidiva (che la migliore dottrina considera come indice di una maggiore rimproverabilità), le circostanze attinenti al dolo e alla colpa connaturate al secondo tradizionale requisito del rimprovero penale, le circostanze, infine, concernenti i motivi a delinquere destinate a caratterizzare, per definizione, il 'processo di motivazione' su cui si fonda il livello di 'esigibilità' di una condotta conforme al precetto.
Da tale punto di vista, una lettura congiunta delle previsioni in esame sembra dunque inviare un messaggio particolarmente significativo nel senso di un' adeguata valorizzazione – e di una puntuale verifica in concreto - dell'atteggiamento soggettivo proprio dei singoli compartecipi, in omaggio

[28] Cfr. T. Padovani, *Le ipotesi*, cit., 190.
[29] Cfr., volendo, G.A. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2022, 692.

(oltre che della tradizione più 'illuminata', già scolpita nelle parole di Carrara[30], che ne rimarcava la necessaria 'individualità'), al volto 'personalistico' dell'illecito penale postulato dalla stessa Carta costituzionale; un messaggio, a ben vedere, alla cui stregua le opzioni normative ora ricordate si pongono quale corollario di una premessa di ben maggiore importanza nella logica del sistema: ossia, per l'appunto, quella fondata sul previo accertamento del diverso livello di responsabilità dei concorrenti, e sul conseguente ripudio di una scelta che, grazie anche al vantaggio di eludere le difficoltà legate alla prova dei 'fatti psichici', conduca ad una visione 'massificante' e indifferenziata del fenomeno concorsuale, oggi radicalmente inaccettabile dopo l'abbandono dell' antico postulato (in funzione repressiva) della 'criminalità collettiva' vista come un insieme unitario.

8. I rilievi che precedono non implicano, beninteso, che la categoria delle ipotesi contemplate nell'art. 119, 1° comma debba essere riportata al solo terreno dell'esclusione della colpevolezza. Ad es., è ben noto come tale disposizione si presti ad includere nel suo raggio applicativo anche determinati fenomeni di 'non punibilità' in senso stretto, tra i quali, *in primis*, quello disciplinato dall'art. 649 Cp: il quale, per vero, viene ad assumere rilevanza unicamente in relazione ai soggetti indicati nella norma, essendo irragionevole valutare nei confronti di eventuali concorrenti un regime ispirato alla finalità di salvaguardare l'integrità e la conservazione del nucleo familiare[31].
Detto questo, non può sfuggire, tuttavia, come, proprio con riguardo ai fenomeni di non punibilità, la possibilità di definire il regime applicabile in base alla previsione in esame finisca col risultare quantitativamente modesta, per non dire sostanzialmente marginale. Già in tempi meno recenti un autorevole studioso della materia, Gaetano Contento, ebbe invero ad osservare[32] come il richiamo alla dimensione 'soggettiva' delle cause escludenti la pena non potesse offrire elementi sufficienti per riferire una simile qualifica alle numerose (e sempre più frequenti) ipotesi di non punibilità 'sopravvenuta' rispetto al fatto commesso, ivi inclusa, per quanto anteriore alla consumazione, la figura della 'desistenza' rispetto ad un tentativo di delitto.
"La peculiare struttura" di dette figure – precisava l'Autore – induce a ritenere che il quesito circa la possibilità di valutarle anche per gli altri compartecipi debba ricevere una risposta fondata su un diverso ordine di argomentazioni. Complice anche la particolare difficoltà (su cui torneremo) di stabilire se il fattore considerato – come nell'esempio emblematico della ritrattazione (personale 'resipiscenza' o ripristino della giustizia e della 'legalità' processuale?[33]) – appartenga ad una valutazione in termini oggettivi o soggettivi, si dovrebbe, piuttosto, seguire un percorso ermeneutico teso a valorizzare l'autonomia della condotta postdelittuosa rispetto alla posizione di coloro che ne siano rimasti completamente estranei. Ed invero, dato che tale condotta interviene successivamente

[30] V. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale (Del delitto, della pena)*, ripubb., Bologna 1993, 274.
[31] Cogliamo l'occasione per precisare che la causa di non punibilità – volendo servirsi dello stesso linguaggio adottato dal codice (cfr. artt. 60 e 70) – si fonda su determinati "rapporti tra il colpevole e l'offeso". Una precisazione che, peraltro, assume maggiore importanza con riguardo alla problematica del concorso tra fattispecie, ove si ritenga che il concorso formale (come si è altrove sottolineato: cfr. G. A. De Francesco, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali,* Milano 1980, 60 ss.) si sostanzi in un'ipotesi di specialità reciproca 'bilateralmente' *per aggiunta*: tale essendo, ad es., la violenza sessuale incestuosa, caratterizzata dalla presenza degli elementi aggiuntivi – e fra di loro eterogenei – della violenza e del rapporto di parentela. E' dunque da respingere la critica a tale impostazione fondata sul presupposto che la qualità, ad es., di persona consanguinea sarebbe soltanto una *species* rispetto al soggetto attivo 'generico' di cui alla norma concorrente, onde l'esclusione di una specialità bilaterale che possa considerarsi 'per aggiunta' in entrambe le disposizioni (cfr. A. Pagliaro, *Principi*, cit., 219, nt. 13). In realtà, anche in quest'ambito viene in considerazione, riguardo all'incesto, un determinato tipo di rapporto (in particolare, di parentela o affinità): ed è appunto questo – e non già una qualità a sé stante propria del singolo soggetto – a costituire l'elemento aggiuntivo su cui si radica il concorso formale
[32] Cfr. G. Contento, *Corso di diritto penale*, II, Roma – Bari 1996, 496 s.

[33] Sulla questione cfr., tra gli altri, F. Bottalico, *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, Milano 2011, 432 ss.; M. Mastrojeni, *L'estensione della ritrattazione all'istigatore tra cause di non punibilità e disciplina della partecipazione criminosa*, in *RIDPP* 2003, 1491 ss.

al fatto commesso, l'idea di valutarla nei confronti di questi ultimi darebbe vita ad una singolare – e francamente abnorme – ipotesi di 'irresponsabilità' per fatto altrui, coinvolgendo nel regime di favore quanti si siano casualmente imbattuti in una scelta riferibile unicamente al soggetto non punibile. Ad evitare simili conseguenze, si dovrebbe, in definitiva, riconoscere che l'art. 119 non è in grado di cogliere il significato di simili fenomeni nella prospettiva del regime della non punibilità; prima ancora di un profilo soggettivo per sua natura 'inestensibile', verrebbe qui in considerazione l'impossibilità di un collegamento, o, se si vuole, di una connessione 'funzionale' tra il ruolo dei concorrenti e la maturazione dei presupposti di un fenomeno separato dal precedente accadimento lesivo.

Si dirà: un rilievo del genere rischia di apparire, tutto sommato, sostanzialmente privo di rilevanza pratica. In effetti, una volta ritenuto che la scelta operata dal beneficiario dell'impunità è, per l'appunto, soltanto 'sua' e non di altri, perché non concludere ch' essa dovrebbe ritenersi pur sempre inquadrabile in una dimensione 'soggettiva', e come tale non comunicabile in base allo stesso art. 119 Cp?

Sennonché, a ben guardare, un assunto del genere presterebbe il fianco ad un duplice ordine di obiezioni. In primo luogo, resterebbe, ancora una volta, l'arduo compito di definire il criterio con cui riconoscere il carattere 'soggettivo' dell'elemento controverso. Si è detto poc'anzi che un simile compito, in ipotesi del genere, è tutt'altro che facile da espletare: in presenza di fenomeni potenzialmente 'ambivalenti' – in quanto tali suscettibili di una duplice lettura, ora collegata all'incidenza (sia pure *ex post*) sul disvalore dell'illecito, ed ora concepiti in chiave essenzialmente personalistica – vi sarebbe il rischio di devolvere al 'soggettivismo' (questa volta, davvero!) dell'interprete la soluzione riguardante il regime applicabile ai concorrenti; in altri termini, mancando un appiglio sicuro per 'distribuire' le ipotesi in esame tra il primo e il secondo comma dell'art. 119, sarebbe giocoforza riconoscere che il carattere soggettivo (o meno) del fenomeno debba ancora 'attendere', per così dire, di venire identificato sulla base delle argomentazioni di volta in volta prospettate a sostegno di tale diversa configurazione.

Ma non basta. Venendo a considerare il secondo profilo che inficia la validità della tesi in questione, deve infatti osservarsi come, se un regime analogo a quello del soggetto meritevole dell'impunità non appare facilmente concepibile per gli altri compartecipi, altrettanto discutibile sarebbe, tuttavia, la scelta di escludere questi ultimi da tale disciplina, laddove non si fossero limitati a partecipare alla commissione del fatto. Non soltanto autorevole dottrina[34], ma anche la Corte di cassazione a Sezioni Unit[35] hanno invero sottolineato come una simile esclusione si rivelerebbe ingiustificata laddove gli stessi compartecipi abbiano contribuito a far sì che la condotta postdelittuosa venisse concretamente realizzata: come accadrà, per riprendere l'esempio già accennato, allorché il concorrente in una falsa testimonianza si sia attivato con successo mediante un' attività di "sollecitazione" a ritrattare la precedente dichiarazione.

Per poter meglio apprezzare il significato di una simile prospettiva, è opportuno avvertire come una soluzione analoga sia stata affacciata anche nel settore delle circostanze del reato. Un simile parallelismo si rivela, a ben guardare, particolarmente significativo, non appena si proceda a considerare un ulteriore profilo sistematico derivante dalla 'nuova' disciplina riservata alle circostanze nel concorso in base all'art. 118 Cp. In altra sede[36], si è avuto modo di rimarcare che, a differenza dell' assetto previgente, tale disposizione non è volta a disciplinare *ex professo* il complessivo regime della comunicabilità o meno delle circostanze ai concorrenti nel reato; essa, in altri termini, si limita esclusivamente a vietare l'estensione dei fattori attinenti alla colpevolezza, senza pronunciarsi circa il 'destino' degli altri fenomeni circostanziali, lasciando impregiudicata, sotto questo punto di vista, la questione di stabilire quali – ed a quali condizioni (salvo comunque,

[34] Cfr. G. Contento, *Corso*, cit., 497; F. Coppi, *Ritrattazione*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, Torino 1996, 359 s.; nonché F. Bottalico, *La ritrattazione*, cit., 450 ss.

[35] Cfr. Cass. S.U. 30.10.2002, *Vanone*, in *RIDPP* 2003, 1470 ss., con nota di M. Mastrojeni, *L'estensione della ritrattazione*, cit., 1479 ss.

[36] Si rinvia a G.A. De Francesco, *Diritto penale*, cit., 691 s.

per le aggravanti, il rispetto dell'art. 59, 2° comma Cp) – possano essere riferiti anche agli altri compartecipi.
Ne deriva, per quanto ci riguarda, una conseguenza di particolare interesse circa gli stessi rapporti tra gli artt. 118 e 119 Cp. Come a quest'ultimo – alla luce dei rilievi finora svolti – sembra rivelarsi estranea la tematica dell'estensione o meno di fattori irriducibili al binomio 'oggettivo-soggettivo' che in esso figura, così, pure con riguardo all'art. 118, sembra corretto ritenere che il problema simmetrico relativo alle circostanze debba essere affrontato sulla base di un *test* di compatibilità con la posizione dei concorrenti frutto di una valutazione autonoma rispetto a quanto evincibile dalla *ratio* e dai contenuti della suddetta disposizione.
Per altro verso, proprio l'analogia dei fenomeni posti a confronto viene ad implicare – come si accennava poc'anzi – il riconoscimento della possibilità di assoggettarli ad un medesimo regime penale, anche nei casi in cui il compartecipe venga invece a contribuire all'avverarsi dei requisiti posti alla base della circostanza. Tale soluzione, già prospettata (specialmente in relazione alle ben note previsioni di cui all'artt. 61 n. 8 e 62, n. 6, Cp: in entrambi i casi, riferendole anche al terzo compartecipe) all'indomani della legge del '90[37], sembrerebbe, in ultima analisi, accordarsi con la necessità di allargare lo sguardo oltre le potenzialità applicative delle due norme considerate: essendo pur sempre possibile (come la sagacia della dottrina più consapevole ha ampiamente dimostrato) ricomporre per altre vie la trama complessiva del sistema, rispettandone la razionalità intrinseca e la conformità alle esigenze teleologiche.

9. Prima di svolgere ulteriori rilievi circa il significato dello scenario ora ipotizzato, un breve cenno merita, tuttavia, una posizione critica nei confronti della scelta di trattare diversamente le cause di esclusione della pena, a seconda del tipo di atteggiamento (non più inerte, cioè, ma concretamente 'collaborativo') mostrato dai compartecipi. Ad una simile diversità di prospettive – con particolare riguardo al settore della non punibilità – è stato invero obiettato[38] come al nostro sistema sarebbe estranea la verifica circa l'esistenza, accanto ad un concorso nel reato, di un eventuale 'concorso in una causa di non punibilità' (oltre tutto, sottoposto a requisiti particolarmente 'stringenti' sotto il profilo dell'influenza causale sull'avverarsi di quest'ultima).
E tuttavia, anche a non voler considerare il carattere essenzialmente 'nominalistico' di una simile obiezione (il quale tradisce, in realtà, l'utilizzo di un lessico improprio: si tratterebbe, semmai, di riconoscere un concorso nella condotta atta a fondare l'esclusione della pena), è opportuno ribadire come il fenomeno del concorso di persone abbia pur sempre ad oggetto, anche in questo caso, la commissione di un reato; il che non esclude - ma consente anzi di ipotizzare - che l'esame delle relazioni tra i concorrenti possa indurre a valorizzarne l' influenza su circostanze che incidano in vario modo sulla relativa disciplina, ivi compresi, per l'appunto, determinati profili che condizionano la punibilità. D'altra parte, è difficile negare come la tesi criticata venga a risentire, sia pur implicitamente, delle suggestioni di quel dogma dell' 'accessorietà' del concorso che non sono in pochi a considerare insoddisfacente: nel senso che l'esclusione del regime d'impunità anche per chi si sia attivato perché se ne integrassero i requisiti è chiaramente debitrice dell'idea che le qualificazioni inerenti alla condotta principale, una volta che se ne debba valutare l'estensibilità ai concorrenti, non possano subire variazioni in ragione del tipo d'influenza derivante dalle condotte 'accessorie', pena il contrasto con lo stesso assioma della 'dipendenza' di queste dal vincolo a quel fatto da cui traggono, in forma 'riflessa', il proprio statuto penale.

[37] Cfr. A. Melchionda, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *RIDPP* 1990, 1489 ss., pur se con diverse motivazioni. Per una visione in parte analoga alla prospettiva qui tratteggiata cfr. ancora G. Contento, *Corso*, cit., 496 s.
[38] Al riguardo v. G. Amarelli, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino 2006, 232 ss., 241, in sede di analisi della figura della ritrattazione, della quale, peraltro, viene affermata la rilevanza sul piano oggettivo. Condivide le critiche formulate dall'Autore nei confronti della pronuncia citata in nt. 35 A. Peccioli, *La ritrattazione*, in *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di P. Pisa, Milano 2009, 192 s.

Guardando più a fondo, non è difficile accorgersi, in realtà, come i dubbi avanzati dalla dottrina – come pure i rilievi or ora formulati riguardo all'accessorietà del concorso - offrano il destro (come spesso accade grazie alle suggestioni delle pur *dissenting opinions*) per svelare e portare alla luce la vera sostanza della questione. Esse lasciano invero trasparire una correlazione particolarmente intensa con quel parametro valutativo che, come si era preannunciato, consente di adottare un'impostazione più ricca ed articolata circa il modo di presentarsi dei fenomeni di concorso nel reato.
Ci si era invero soffermati, in prima battuta, sulla problematica del regime applicabile all'esplicazione di iniziative 'ulteriori' – nella specie, *meritevoli di punizione* - rispetto a quelle desumibili dalla posizione dei concorrenti quale risulta 'cristallizzata' dallo schema definitorio postulato dell'art. 119, 2° comma, Cp. E si era arrivati quindi a concludere che la soluzione del problema non potesse giovarsi delle indicazioni offerte da tale disposto normativo, pena il rischio di dar luogo a risultati sistematicamente incongrui e contrari ai principi. Ma non si era mancato, in secondo luogo, di formulare il quesito circa la possibilità di seguire un analogo percorso ermeneutico, con riguardo, questa volta, ai fenomeni suscettibili di condurre all'*esclusione della punibilità* del concorrente.
Ebbene, l'analisi che precede, complice la valorizzazione dei rapporti con il contiguo art. 118 Cp, sembrerebbe dunque sfociare in una risposta positiva anche nei confronti di un simile interrogativo: nel senso, in particolare, che – dato che l'art. 119, 1° comma (e similmente, riguardo alle circostanze, il predetto art. 118), pur contribuendo a definirne l'ambito di rilevanza, non possono sempre condurre alla soluzione del problema – anche il regime delle cause d'impunità potrà eventualmente risentire di quelle 'variazioni di contesto', per così dire, collegate alla presenza di iniziative ulteriori da parte dei compartecipi. Ed anzi, come mostra in maniera eloquente il riferimento alle condotte postdelittuose, già il fatto stesso che queste sembrino 'gravitare' al di fuori della previsione dell'art. 119 permette di adottare una soluzione diversificata a seconda del ruolo esplicato dai concorrenti. In definitiva, parrebbe dunque confermato, anche nel quadro della ricostruzione qui tratteggiata, quanto la dottrina più sensibile alla tematica in oggetto ha già da tempo avvertito: ossia che, se irragionevole sarebbe la scelta di 'estendere' l'impunità a quanti abbiano preferito, per così dire, 'rimanere in panchina', astenendosi dal contribuire alla realizzazione del 'postfatto', pienamente giustificata dovrà ritenersi, al contrario, la scelta di applicare il regime di favore laddove costoro si siano pur sempre attivati in direzione del risultato su cui si fonda l'esclusione della pena.

10. Alla luce di tali riflessioni, non può non risaltare in maniera ancor più evidente l'esistenza di un 'motivo conduttore' fondamentalmente comune, di una sorta di 'filo rosso' che viene a collegare, sia sul piano sistematico che sotto quello delle prospettive teleologiche, le soluzioni concernenti, ad un tempo, gli aspetti 'fondativi' e le cause di esclusione della responsabilità dei compartecipi. In definitiva, si tratta di riconoscere l'esigenza di valorizzare maggiormente gli aspetti dinamici delle relazioni tra i concorrenti, allo scopo di poter discernere – anche al di là delle rigide logiche classificatorie o delle forzose 'assimilazioni' che pesano tuttora sulla materia - le influenze sul regime di volta in volta applicabile del mutevole atteggiarsi delle condotte destinate ad imprimersi nella fisionomia della vicenda plurisoggettiva.
I limiti dell'indagine consigliano adesso di porvi termine; ma non ci si può esimere, tuttavia, dal rimarcare come il tentativo, sviluppato in questa sede, di sottoporre alcuni aspetti della disciplina ad un'interpretazione maggiormente sensibile alle esigenze teleologiche debba pur sempre fare i conti con le difficoltà e le 'resistenze' che le strutture del codice del '30 continuano ad opporre ad una lettura volta a ridimensionarne la portata a livello di opzioni dommatiche e di risvolti sul piano applicativo. Né si può fare a meno, in un simile contesto, di esprimere la convinzione – dettata da spirito realistico e da onestà intellettuale - che soltanto una riforma integrale di questo settore fondamentale della teoria del reato (e dello stesso regime delle pene)[39] potrà costituire una risposta

[39] Per una recente riflessione sul tema cfr. gli interessanti rilievi di M. Papa, *Quale statuto condiviso per il concorso di persone nel reato?*, in *www.disCrimen.it* 1.12.2022, 20 ss.

meno incerta ed opinabile ai molteplici problemi che si sono posti e si andranno profilando nel corso della sua vita tormentata e da sempre affetta dalla sindrome dell''incompiuto'.

ART. 131-BIS C.P. E COLPA LIEVE

di Marco Edgardo Florio
(*Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Roma "La Sapienza")*

Il contributo si occupa, anche alla luce delle modifiche apportate al tenore della disposizione dalla "riforma Cartabia", di verificare se e in che misura sia possibile far applicazione dell'art. 131-*bis* per rendere non punibili in via generale, già *de iure condito*, fatti caratterizzati da colpa lieve. A tal fine, vengono esaminati sia i possibili ostacoli applicativi che la disposizione pone sia le soluzioni interpretative che consentirebbero di superarli.
The contribution deals, also in the light of the amendments made to the tenor of the provision by the "Cartabia reform", with verifying whether and to what extent it is possible to apply Article 131-*bis* to make acts characterised by slight negligence not punishable in general, already *de iure condito*. To this end, both the possible application obstacles that the provision poses and the interpretative solutions that would enable them to be overcome are examined.

SOMMARIO: 1. Le clausole di esiguità e la loro essenziale funzione sistematica. – 2. La declinazione "all'italiana" della categoria concettuale dell'esiguità nell'art. 131-*bis* Cp. – 3. Le potenzialità inespresse dell'art. 131-*bis* Cp: la non punibilità per particolare tenuità del fatto come possibile mezzo per accordare generalizzato rilievo al (basso) grado della colpa già *de iure condito*? – 4. Il rilievo del «grado della colpa» ai fini del giudizio di tenuità del fatto. – 5. La preclusione di cui al co. 2 dell'art. 131-*bis*. – 6. L'art. 131-*bis* tra esiguità «analitica» e «sintetica». – 7. L'art. 131-*bis* e la colpa d'organizzazione. – 8. L'inapplicabilità della disposizione ai giudizi pendenti davanti al giudice di pace e nei confronti degli imputati minorenni. – 9. Postilla finale sull'indice-requisito della non abitualità: un limite consentaneo ai casi di non punibilità per colpa lieve?

1. Il termine "esiguità", notoriamente, designa la caratteristica saliente di ciò che può dirsi esiguo, minimo, di modesta entità. Riferita ai reati, tale qualità[1] – come s'insegna almeno a partire dagli anni '20 del secolo scorso – è suscettibile di attagliarsi: a) tanto alle fattispecie astratte, così come costruite dal legislatore (c.d. reati bagatellari "propri" o "autonomi"); b) quanto a quelle concrete, giacché anche le fattispecie astrattamente ritenute più gravi dal legislatore potrebbero sempre presentare, per le circostanze del caso, marcati tratti di esiguità (c.d. reati bagatellari "impropri" o "non autonomi")[2].
Il panorama degli ordinamenti europei oramai pullula di clausole che hanno quale scopo precipuo quello di consentire all'interprete di accertare di caso in caso l'esiguità concreta del fatto, così da attuare una depenalizzazione in concreto delle ipotesi criminose ritenute meno gravi: si pensi ai §§ 153 e 153a dello *StPO* tedesco, agli artt. 41-1 e 41-2 *Cpp* francese[3] o al § 42 dello *StGB* austriaco[4].
Clausole che hanno l'indispensabile funzione di conciliare «l'opzione per una giustizia efficiente, votata al perseguimento di una sorta di massimo profitto, e il sogno di una giustizia mite, dedita al dialogo e alla riconciliazione»[5].

[1] Di cui già discorreva F. v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts[21-22]*, Berlin-Leipzig 1919, 14 (§ 4).
[2] Per questa tradizionale distinzione, risalente a H. Mayer, *Zuchtgewalt und Strafrechtspflege. Ein grundsätzlicher Versuch*, Leipzig 1922, 53 ss., cfr., ampiamente, C.E. Paliero, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, 646 ss.
[3] Sui quali si v., per tutti, M. Giacopelli, *Les procédures alternatives aux poursuites. Essai de théorie générale*, in *RSC* 2012, 505 ss.
[4] Per l'analisi di questa disposizione cfr. F. Nowakowski, *Nochmals zu § 42 StGB*, in *Festschrift für H.H. Jescheck*, a cura di T. Vogler, Berlin 1985, 528 ss.
[5] Lo ricorda C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino 2005, 105.

Come si è osservato, in effetti, «nessun modello formale di giustizia può concedersi il lusso di prescindere da elementari esigenze di funzionamento quotidiano», dovendo anzi sempre «porsi il problema di assicurare al sistema la capacità di affrontare efficacemente la domanda di giustizia, dando risposte coerenti e tempestive»[6]. Sicché, alla luce della patente crisi da *overcriminalization* in cui versano quasi tutti gli Stati moderni, la presenza di clausole di esiguità in grado di espellere dal circuito penale (in una qualsiasi delle fasi precedenti alla conclusione del giudizio o, comunque, già nel giudizio di primo grado, senza dover attendere la celebrazione delle ulteriori fasi procedimentali) almeno tutte quelle fattispecie che presentano in concreto evidenti tratti di "bagatellarità" rappresenta, per ogni sistema giuridico (e in special modo per quelli che – a torto o a ragione – continuano a voler restare pervicacemente ancorati al feticcio dell'obbligatorietà dell'azione penale)[7], un'indispensabile "valvola di sfogo".

Il fatto che al giudice venga interamente rimesso il compito di individuare, sulla base di criteri previamente stabiliti, le ipotesi in cui i fatti concreti risultino tali da non meritare alcun rimprovero da parte del diritto penale, però, non può ingenerosamente reputarsi un mero espediente per raggiungere scopi deflattivi[8], o peggio ancora «una sconveniente abdicazione dello Stato di diritto a favore dello Stato di giurisdizione», ossia una «abdicazione costituzionalmente illegittima, in quanto lesiva della certezza del diritto, del principio di uguaglianza, del principio di sufficiente determinatezza della fattispecie e della conseguente prevedibilità delle pronunce giudiziali» (come si è talora sostenuto in dottrina)[9].

Nell'attribuire al modesto disvalore del fatto una rilevanza che travalica la determinazione del *quantum* sanzionatorio (sede in cui simili valutazioni restano di solito confinate), infatti, gli ordinamenti che contemplano clausole di esiguità fanno proprie le esigenze di giustizia sostanziale sottese alla c.d. "teoria gradualistica" del reato, con una scelta valoriale a favore di una giustizia penale "mite", incline all'estromissione dall'area del penalmente rilevante di tutta «quella fascia di criminalità bagatellare che ben può annidarsi all'interno di fattispecie incriminatrici» astratte potenzialmente espressive «di un disvalore quantitativamente molto differenziato»[10].

L'autentica *ratio* delle clausole di esiguità, perciò, riposa anche – e forse persino in maggior misura – su esigenze di sussidiarietà/*ultima ratio* dell'intervento penale, e certo non su ragioni meramente efficientistiche[11].

---

[6] Per un bilancio aggiornato, relativo a quasi tutti i maggiori Paesi del mondo (Argentina, Belgio, Finlandia, Germania, Grecia, Irlanda, Giappone, Olanda, Nuova Zelanda, Nigeria, Polonia, Russia, Spagna, Svizzera, Taiwan) cfr. i contrbuti raccolti nella terza parte del volume curato da P.H. Van Kempen, M. Jendly, *Overuse in the Criminal Justice System. On Criminalization, Prosecution and Imprison*ment, Bruxelles 2019, 253 ss. Sulla situazione nordamericana sempre attuale resta il saggio di D. Husak, *Overcriminalization. The Limits of The Criminal Law*, Oxford 2009, 1 ss.

[7] In realtà, però, anche per gli ordinamenti fondati sull'opposto principio della discrezionalità dell'azione penale, la possibilità di far ricorso a clausole di esiguità, che consentano all'interprete di omettere l'irrogazione della pena in alcuni casi o di venir a sostituire alla pena misure differenti (riparatorie o prestazionali), ha una sua indiscussa utilità: quella di sopperire all'inadeguatezza della classica dicotomia archiviazione/prosecuzione quale unica possibile risposta all'illecito [come osserva M. Giacopelli, *op cit.*, 505].

[8] Come a volte si è affermato con riferimento all'art. 131-*bis* Cp, ove s'è parlato di «scelta di politica criminale operata dal legislatore a fini eminentemente deflattivi» [ad es. Cass. 3.7.2017 n. 271016, in *CEDCass*, m. 271016], oppure si è affermato che mediante l'introduzione di tale disposizione si sarebbe soltanto cercato «di diminuire il numero di procedimenti penali e di evitare che, per fatti ritenuti al confine della sfera del penalmente rilevante, potesse intervenire una sentenza di condanna» [B. Romano, *Diritto penale. Parte generale*[4], Milano 2020, 335].

[9] Cfr. G. Licci, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*[5], Torino 2021, 659.

[10] Così C.F. Grosso, F. Palazzo, D. Siracusano, *Inoffensività e irrilevanza del fatto*, in *Per un nuovo codice penale. Relazione della Commissione Grosso (1999)*, II, a cura di C.F. Grosso, Padova 2000, 103. Per l'osservazione che «l'illecito "esiguo"» non si «presenta come un'entità […] manipolabile in funzione di obiettivi di pura efficienza», però, cfr. anche: G. De Francesco, *Punibilità*, Torino, 2016, 53; K.L. Kunz, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*, Berlin 1984, 189; C. Gabrielli, *L'archiviazione per particolare tenuità del fatto. Analisi, rilievi critici e prospettive*, Torino 2020, XII.

[11] Come condivisibilmente afferma M. Mavany, sub *§ 153 StPO*, in *Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*[27], V.1, Berlin 2019, Rn. 24, con riferimento alla disciplina tedesca, ritenendo che «il § 153, come il § 153a, non serva solo ad alleggerire il carico della giustizia, ma abbia anche una funzione di politica criminale»,

Introducendo clausole di esiguità all'interno di un ordinamento, invero, si riesce a dar soddisfacimento sia ad obiettivi d'efficienza che di garanzia, in maniera senz'altro migliore di quanto risulta possibile fare, viceversa, muovendosi soltanto lungo i binari (apparentemente più lineari) della depenalizzazione legislativa ispirata a logiche di c.d. sussidiarietà primaria. Sono note, in effetti, le difficolta e rischiosità che quest'ultima strada spesso presenta[12] e che, complessivamente, lasciano molte volte preferire alla stessa il ricorso ad istituti orientati a realizzare i principi di sussidiarietà ed *extrema ratio* in una dimensione, per così dire, secondaria o in concreto, ossia tramite una valutazione non generale ed astrattamente operata dal legislatore dei soli fatti bisognosi e meritevoli di sanzione penale (non sempre consigliabile per diverse ragioni), ma concreta ed effettuata caso per caso dall'autorità giudiziaria[13], secondo logiche di «deflazione senza depenalizzazione»[14].
Presupposto perché le clausole di esiguità possano venire a svolgere adeguatamente le loro essenziali funzioni, però, è che le stesse: a) vengano ad essere costruite su requisiti di operatività il più possibile flessibili e tali, comunque, da non ridurne drasticamente già in astratto ogni spazio d'operatività, giacché più si circoscrivono arbitrariamente le loro virtualità applicative (ad es. prevedendo una moltitudine di requisiti, non tutti strettamente essenziali per decretare la "bagatellarità" di un fatto, ma da integrare in via necessariamente cumulativa; oppure inserendo numerose condizioni ostative all'applicabilità delle stesse), impedendo all'interprete di vagliare sempre anche le peculiarità del

giacché mediante lo stesso «s'intende incentivare l'utilizzo della sanzione penale, cioè la pena […], come "ultima risorsa"».

[12] La depenalizzazione in astratto, in quanto si risolve in una limitazione del novero delle fattispecie incriminatrici è uno strumento – oltre che potenzialmente inefficace e di sempre difficile attuazione [cfr. G. Amarelli, voce *Non punibilità e responsabilità colposa*, in *Reato colposo*, diretto da M. Donini, Milano 2022, 826, il quale mette in luce come «riforme olistiche dell'intero novero delle fattispecie incriminatrici codicistiche, della legislazione penale complementare, nonché della attigua area del diritto penale-amministrativo» siano «complicatissime, lunghissime e, quindi, non agevolmente praticabili anche per ragioni strettamente politiche»] – da maneggiare con una certa cura. Anche dietro le lotte per il "diritto penale minimo", per un ritorno ad un sistema liberale *idealtipico*, infatti, si possono in realtà nascondere soluzioni potenzialmente replicartici di un diritto penale intrinsecamente discriminatorio e diseguale, qual era in verità quello Ottocentesco [come osserva M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 137 ss., «il diritto penale storicamente liberale e non mitico, quello veramente realizzato nelle società dell'Ottocento, era così attento alla tutela delle condizioni essenziali dello *status quo*, delle sue disuguaglianze, era così poco propulsivo e tanto "conservatore", che impediva il mutamento sociale. Esso era, per definizione, un diritto diseguale». Per l'osservazione che il diritto penale liberale fosse un diritto «di classe» cfr. anche: J.M. Silva Sánchez, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali (trad. it. a cura di V. Militello)*, Milano 2004, 107; K. Lüderssen, *Zurück zum guten alten, liberalen anständingen Kernstrafrecht?, in Vom Guten, das noch stets das Böse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger*, a cura di L. Böllinger, R. Lautmann, Frankfurt 1993, 268 ss., 271-272]. È questa, dopotutto, l'autentica ragione per cui nei confronti delle istanze dei fautori di un ritorno ad un modello liberale e non politicizzato del diritto penale, ad una riduzione dell'intervento penale entro i più ristretti confini delle sole offese rivolte a beni ritenuti di primaria rilevanza (con opportuna riduzione, inoltre, dei beni che possono effettivamente reputarsi tali), continuano a stagliarsi ancora oggi, a fronte di un sistema palesemente non più in grado di sorreggere il peso di tutte le incriminazioni che vi si prevedono, numerose voci critiche.

[13] Sulla "sussidiarietà secondaria" e sull'opportunità di ricercare la riduzione del sistema penale anche attraverso meccanismi di degradazione giudiziale, si rinvia ai molti lavori di M. Donini, *Il volto*, cit., 259 ss.; Id., *Non punibilità e idea negoziale*, in *IP* 2001, 1035 ss. Non ci sentiamo di condividere integralmente, pertanto, la prospettiva assunta da B. Romano, *op. cit.*, 335-336, là dove, con piglio fortemente critico nei riguardi del nostro art. 131-bis Cp, ha affermato che la «via maestra» sarebbe stata «piuttosto quella di effettuare un reale ed ampio "sfoltimento" dell'enorme massa di reati presenti nel nostro Paese, perché in tal caso la scelta sarebbe stata effettuata dal Parlamento, al quale è affidata la selezione democratica dei fatti penalmente rilevanti». Per l'autore, infatti, con «la estensione della non punibilità a tutti i reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena», non si sarebbe fatto altro che «ampliare a dismisura l'ambito discrezionale di intervento del giudice, con potenziale pregiudizio per la eguaglianza di trattamento tra imputati del medesimo reato». Seppur si condivida l'idea che almeno talune delle moltissime (troppe) fattispecie penalistiche esistenti meriterebbero una depenalizzazione già in via legislativa, con eventuale privatizzazione della risposta sanzionatoria approntata dall'ordinamento, non si può che guardare con favore all'avvenuta previsione, anche da parte del nostro sistema (al pari di molti altri ordinamenti europei), di una clausola generale in grado di attuare in concreto i principi di sussidiarietà ed *extrema ratio*.

[14] Per dirla con A. Gargani, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *RIDPP* 2018, 1495.

caso concreto, maggiore è il rischio che le stesse finiscano per tramutarsi soltanto in degli inutili "orpelli"; b) vengano congegnate in maniera tale da consentire all'interprete di valutare e valorizzare adeguatamente tutte le possibili singolarità del caso concreto, tanto di carattere oggettivo (come le conseguenze del fatto) quanto di carattere soggettivo (intensità del dolo, grado della colpa, ma anche elementi afferenti al piano della colpevolezza), anche indipendentemente le une dalle altre. Il notevole successo pratico avuto dalla più risalente clausola di esiguità ancora oggi prevista a livello europeo in un ordinamento di *civil law* (essenzialmente basato, come il nostro, sul principio dell'obbligatorietà dell'azione penale) crediamo discenda proprio da tale consapevolezza.

Invero, a distanza di anni dall'introduzione dei §§ 153 e 153a *StPO* nell'ordinamento penale tedesco è senz'altro possibile riconoscere che queste due disposizioni, per quanto inizialmente prestatesi anche ad alcune critiche[15], abbiano finito per dar ottima prova di sé[16], divenendo due degli strumenti di depenalizzazione secondaria più frequentemente ed efficacemente impiegati nella prassi applicativa del sistema giuridico in questione. Se ciò è potuto accadere, gran parte del merito va sicuramente attribuito – crediamo (alla luce degli approfondimenti svolti, di cui non è possibile dar adeguatamente conto in questa sede, ma che verranno convogliati all'interno di un più ampio contributo di futura pubblicazione) – al fatto che nel quadro della disciplina approntata dal legislatore tedesco si sia ritenuto di dover accordare rilievo centrale a requisiti malleabili e in qualche misura più aperti alla discrezionalità dell'interprete, non limitando l'operatività delle menzionate disposizioni ai soli casi di minor gravità "oggettiva" e, comunque, privilegiando sempre, rispetto a preclusioni "astratte", apprezzamenti "concreti"[17].

Entrambe le disposizioni citate, in effetti, non sembrano andare incontro a preclusioni astratte particolarmente stringenti e, men che meno, a preclusioni connesse alla mera gravità oggettiva del reato (imponendo di guardare ad es. in via esclusiva, o anche soltanto prevalente, alle conseguenze prodotte dal reato, come si prevedeva in alcuni falliti progetti di riforma), giacché l'unico requisito di carattere oggettivo realmente richiesto in astratto per far applicazione dei §§ 153 e 153a *StPO* (requisito che peraltro non è andato neppure esente da critiche) è che la fattispecie concreta sia qualificata come *Vergehen*, e non invece come *Verbrechen*[18]. Sicché, le clausole di esiguità

---

[15] Per le osservazioni critiche inizialmente rivolte al § 153a *StPO*, cfr. H. Zipf, *Kriminalpolitik: ein Lehrrbuch*[2], Heidelberg 1980, 146; riferimenti più completi anche in H.J. Hirsch, *Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, in *ZStW* 1980, 218 ss.

[16] Già P. Rieß, *Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153a StPO*, in *ZRP* 1983, 93 ss., osservava, ad es. come il § 153a si fosse col tempo «trasformato nello strumento di depenalizzazione più intensamente utilizzato dagli operatori», facendo cadere in disuso molti altri istituti di diritto sostanziale [cfr. pure J. Baumann, *Über die Denaturierung eines Rechtsinstituts (§ 59 StGB)*, in *JZ* 1980, 464; P. Cremer, *Erlebt die Verwarnung mit Strafvorbehalt – §§ 59 ff StGB – eine (Re)Naissance?*, in *NStZ* 1982, 449] e dando «un notevole contributo alla riduzione delle pene detentive brevi». Più di recente J. Brüning, *Die Einstellung nach § 153a StPO. Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?*, in *ZIS* 2015, 592, ha affermato che se fossimo stati nel 1974 ci sarebbe forse stata ancora la possibilità di continuare ad opporsi con veemenza all'introduzione del § 153a, tuttavia, non trovandoci più nel 1974, bisogna riconoscere come non vi sia più alcuna possibilità di abolire il § 153a *StPO*. In materia, per un'analisi statistica degli elevati tassi d'impiego dei due istituti, cfr. anche F. Saliger, *Umweltstrafrecht*, München 2012, Rn. 540 (nel diritto penale ambientale e non solo); B. Elsner, J. Peters, *The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System*, in *Coping with Overloaded Criminal Justice System*, a cura di J.M. Jehle, M. Wade, Berlin-Heidelberg-New York 2006, 222 ss. Per l'osservazione che il § 153 *StPO* finisca per trovare scarsa applicazione nel diritto penale tributario cfr. peraltro R. Höft, W. Danelsing, H. Grams, K. Rook, *Schätzung von Besteuerungsgrundlagen. Besteuerungsverfahren, Finanzgerichtliches Verfahren, Steuerstrafverfahren*, Stuttgart 2014, 246.

[17] Cfr. M. Mavany, *op. cit.*, Rn. 26. Simili sono anche le considerazioni di S. Untersteller, *Der Begriff „öffentliches Interesse" in den §§ 153 StPO und 45 JGG*, Heidelberg 2015, 22 s., là dove osserva che «il rischio, che certamente non può essere del tutto ignorato, che casi identici possano talvolta finire per essere trattati in modo diseguale» a causa dell'ampiezza dei concetti menzionati nei §§ 153 e 153a, è in gran parte «controbilanciato, dall'altro lato, dal vantaggio che all'interprete viene concessa», mediante gli stessi, quella «flessibilità necessaria per poter prendere in considerazione le peculiarità del singolo caso e non doversi quindi trovare a dover» necessariamente sempre «trattare in modo uguale situazioni diseguali».

[18] Nel tracciare una linea di demarcazione tra *Vergehen* e *Verbrechen*, mediante l'introduzione del (3) del § 12 StGB, il legislatore tedesco ha invero optato per un «approccio astratto»: non è la pena che si dovrebbe applicare in concreto ad

richiamate possono in tale sistema finire per trovare applicazione anche con riferimento a fattispecie come l'omicidio o le lesioni colpose (*Fahrlässige Tötung* e *Fahrlässige Körperverletzung*), che, per quanto suscettibili di produrre conseguenze particolarmente rilevanti, restano pur sempre dei *Vergehen*[19]. Saranno poi sempre e solo le circostanze del caso concreto, e in particolare l'elevato livello di colpevolezza ravvisato e/o la presenza di rilevanti esigenze preventive, a decretare l'inapplicabilità dei §§ 153 e 153a *StPO*, ovvero l'applicazione di questa seconda disposizione in luogo della prima (per la presenza di un qualche interesse pubblico alla prosecuzione del reato, oppure di una colpevolezza ritenuta non strettamente minimale); mentre le conseguenze oggettivamente realizzate, e in particolar modo la loro entità, di per sé prese, potranno al massimo contribuire a rendere necessario il consenso del giudice ai fini dell'interruzione operata ai sensi del § 153 *StPO*[20].

2. La declinazione "all'italiana" della categoria concettuale dell'esiguità nell'art. 131-*bis* Cp, invece, si è totalmente discostata dall'esperienza dell'ordinamento tedesco poc'anzi tratteggiata (sia pur molto brevemente), caratterizzandosi per una notevole sfiducia nei confronti del neo-introdotto istituto, che ha spinto ad apporvi già in astratto (sia legislativamente che in via interpretativa) tutta una serie di penetranti limitazioni applicative.
Com'è noto, infatti, il quadro degli istituti che in Italia hanno inteso dar rilevanza alla categoria concettuale della "esiguità" si è dal 2015 arricchito con l'introduzione del nuovo art. 131-*bis* Cp. E mediante questa norma si è finalmente introdotta nel sistema italiano (peraltro con grande ritardo rispetto al resto degli ordinamenti europei) una generale causa di non punibilità (tale natura, inizialmente alquanto discussa, risulta ormai unanimemente accolta) basata sul concetto di particolare tenuità del fatto e operante nei procedimenti ordinari a carico d'imputati maggiorenni. Una disposizione, quella in parola, che è stata però costruita dal legislatore – all'evidenza in un *pastiche* non troppo riuscito di letture contrastanti (ora più oggettive, ora più soggettive) – attorno a plurimi e discutibili requisiti limitativi di carattere oggettivo, i quali ne hanno fortemente ridotto già in astratto le ben più vaste potenzialità d'impiego.
Soltanto in anni recenti, con alcuni interventi giurisprudenziali e legislativi, si è riusciti ad estendere (non di molto) l'ambito applicativo della disposizione. In effetti, ancor prima del recente intervento attuato con la c.d. "riforma Cartabia", nonostante il tenore letterale della norma legittimasse interpretazioni forse persino più restrittive, si era arrivati a riconoscere che la stessa potesse e dovesse applicarsi anche ai reati caratterizzati da soglie di punibilità[21], in caso di reato continuato[22], alle

aver rilevanza per la classificazione, ma la considerazione della pena standard astrattamente comminata dal legislatore [cfr T. Fischer, *sub § 12 StGB*, in *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*[69], München 2022, Rn. 2; E. Hilgendorf, *sub § 12 StGB*, in *Leipziger Kommentar*[13], I, Berlin 2018, Rn. 11].

[19] Anche se una parte (minoritaria) della letteratura è parsa più esitante sull'applicabilità dei §§ 153 e 153a ai casi in cui l'evento causato sia la morte della vittima, ritenendo la possibilità di una siffatta applicazione "non proprio opportuna" e comunque da limitare a casi particolari [G. Duttge, *Zum Spannungsfeld zwischen Lebensschutz und Selbstbestimmung im Kontext ärztlicher Fahrlässigkeit*, in *Lebensschutz im Strafrecht*, a cura di M.A. Zöller, A. Sinn, R. Esser, Berlin 2017, 101; J.M. Plöd, sub *§ 153a StPO*, in *Kommentar zur Strafprozessordnung*, a cura di B. von Heintschel-Heinegg, J. Bockemühl, München 2022, Rn. 2; D. Stenberg-Lieben, F.P. Schuster, sub *§ 15 StGB*, in *Strafgesetzbuch Kommentar*[29], a cura di A. Schönke, H. Schröder, München 2014, Rn 203a], la prassi ha superato abbondantemente ogni riserva al riguardo, così come ha superato molte delle "obiezioni principali" che si sono mosse negli anni al § 153a, tanto che questa disposizione ha potuto indisturbata continuare la sua "ascesa trionfale" [come osserva K. Ulsenheimer, *Zur Praxis der Einstellung gegen Auflagen nach § 153a StPO in Artzstrafverfahren wegen sog. "Kunstfehler"*, in *MEDstra* 2017, 324].

[20] Cfr. C. Kluth, *Die "Schwere der Schuld" in § 153a StPO: Zugleich ein Vorschlag zur Parallelisierung mit § 59 StGB de lege ferenda*, Münster 2016, 71-72].

[21] Ci si era chiesti in un primo momento se l'art. 131-*bis* potesse ritenersi applicabile anche a quelle fattispecie incriminatrici, la cui integrazione risultava ancorata al superamento di una data soglia, come il reato di guida in stato d'ebrezza o talune fattispecie previste in materia tributaria. Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite, esprimendosi a favore dell'applicabilità della predetta disposizione anche ai reati soggetti a soglie di punibilità [cfr. M. Pelissero, *Fatto tipico e offensività*, in *Manuale di diritto penale. Parte generale*[3], a cura di C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, Milano 2020, 292].

[22] Sulla questione si consenta il rinvio a M.E. Florio, *Particolare tenuità del fatto e continuazione: le Sezioni Unite fanno il punto sulla questione della compatibilità tra i due istituti*, in *www.archiviopenale.it*., 22.7.2022, 1 ss.

fattispecie sprovviste di minimo edittale[23] e in presenza di condotte riparatorie poste in essere dall'agente.
Il legislatore delegante della "riforma Cartabia", poi, ha ulteriormente inteso allargare le "maglie" dell'istituto, convenientemente imponendo di modificare la limitazione astrattamente correlata al limite di pena edittale: lo stesso ha invero imposto al delegato di prendere a parametro di riferimento non più il massimo (come accadeva in origine), ma il minimo edittale, conseguentemente prevedendo l'applicazione della causa di non punibilità per tutti i reati puniti nel minimo con una pena non superiore a due anni di reclusione[24].
Nonostante i menzionati ampliamenti, però, sull'applicazione e interpretazione pratica della predetta disposizione hanno permanentemente continuato a gravare i timori di quanti, ritenendo che una soverchia apertura alla discrezionalità giudiziale avrebbe comportato irrimediabili sfaceli, hanno sin da subito ritenuto preferibile propugnare visioni oggettivistico-riduttive della stessa[25]. Timori che, sino ad oggi, hanno gravato come una pesante ipoteca sulla disposizione in esame, impedendo alla stessa di esprimere appieno tutte le sue (peraltro ancora latenti) potenzialità.
Anche con riferimento alle modifiche apportate con la riforma Cartabia, al di là delle considerazioni che sono state svolte da alcuni interpreti circa l'illegittimità di un sistema che abiliti il giudice «a infliggere zero pena, applicando (ormai pressoché integralmente) i criteri dell'art. 133 e purché non vi ostino le varie condizioni oggettive e soggettive dell'art. 131 *bis*», senza però consentirgli, nei casi in cui egli «non ritenga di spingere la sua valutazione equitativa sino allo zero», di «considerare qualunque misura della pena al di sopra di esso, senza doversi arrampicare fino al limite minimo superiore che la legge ancora incongruamente prevede» (constatazione che secondo alcuni dovrebbe portare a interrogarsi sulla tenuta costituzionale del sistema frattanto congegnato dal legislatore)[26], vien naturale di chiedersi, invero, se – con un pizzico di coraggio in più – non sarebbe stato forse il caso (già che ci si trovava a dover modificare la norma) di eliminare una volta per tutte quelle limitazioni aprioristiche all'applicabilità della disposizione, connesse a limiti edittali di pena o alla

[23] Con sentenza della C. cost., 25.6.2020, n. 156, in *www.sistemapenale.it*, 24.11.2020, 1 ss. (con nota di I. Giugni, *Da un monito (inascoltato) ad un intervento manipolativo: la Consulta rimedia all'inerzia del legislatore ed amplia l'ambito applicativo dell'art. 131-bis c.p.*), si era invero dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 131-*bis* Cp «nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva». La mancanza di un minimo edittale – riteneva la Corte – sottenderebbe sempre un bassissimo disvalore della fattispecie di reato che dovrebbe necessariamente consentire l'applicazione dell'art. 131-*bis* anche qualora la fattispecie – in assenza di minimo edittale – presenti, comunque, una pena massima eccedente i cinque anni (cfr. il § 3.6.).
[24] Il minimo edittale risulta quantomeno maggiormente espressivo della gravità astratta che il legislatore ritiene di dover attribuire a ciascuna fattispecie, comportando anche l'astratta applicabilità della clausola di esiguità a numerose fattispecie in precedenza escluse dalla sua cornice operativa (si pensi all'omicidio colposo commesso con violazione delle norme in materia d'infortuni sul lavoro, di cui all'art. 589 co. 2 Cp, o all'omicidio stradale, previsto dall'art. 589 bis Cp, puniti con pena edittale che va da 2 a 7 anni) [cfr. A. Natalini, *Esclusi i reati di violenza domestica con un ambito applicativo ampio. La particolare tenuità del fatto*, in *La riforma del Processo Penale. Commento alla legge n. 134 del 27 settembre 2021*, Milano 2021, 214 s.].
[25] La prevalente dottrina, facendo proprie considerazioni risalenti quantomeno a C.E. Paliero, *op. cit.*, 740 ss. (il quale riteneva che nella ricostruzione del «disvalore d'azione rilevante al fine dell'esiguità del fatto», occorresse «rinunciare a qualsiasi forma di soggettivizzazione, per ancorarsi piuttosto ai soli connotati oggettivi, gli unici evocativi del bene giuridico finale, qualificandone l'intensità della lesione e che caratterizzano altresì l'ambientazione criminologica del fatto e il suo disvalore attenuato nella coscienza sociale»), ha invero manifestato una viva avversità nei confronti dell'idea che la disposizione potesse aver inteso accordare al giudice il compito di effettuare accertamenti psicologico-soggettivistici, ritenuti «difficilmente maneggiabili, specialmente nelle fasi prodromiche al procedimento» [come li descrive, da ultimo, E. Addante, *Le metamorfosi del binomio reato-pena. Prodromi ed equivoci di un sistema di diversa punibilità*, Pisa 2020, 126]. Il criterio della tenuità dell'offesa ha finito quindi per venir prevalentemente riletto dalla nostra letteratura (penale e processuale) come un criterio dalla «natura prettamente oggettiva» [cfr. E. Dolcini, *Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace. Non punire come scelta razionale, non punire per ineffettività della pena*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, I, a cura di M. Catenacci, V. Nino D'Ascola, R. Rampioni, Roma 2021, 987-988; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*[11], Padova 2020, 872].
[26] Cfr. D. Brunelli, *La tenuità del fatto nella riforma "Cartabia": scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in *www.sistemapenale.it*, 13.1.2022, § 3.

specifica tipologia di reato astrattamente considerata, che il legislatore aveva originariamente ritenuto di dover imporre, consentendo all'interprete di valutare la sussistenza o meno della "tenuità" del fatto nei confronti di ogni singola fattispecie criminosa.
Ci si potrebbe invero anche sforzare di trovare delle ragioni oggettivamente in grado di giustificare quelle disparità di trattamento che inevitabilmente discendono da limitazioni astratte così congegnate. Senonché, sembra ormai sempre più difficile trovarne di realmente convincenti. D'altro canto, anche nella dottrina tedesca si dubita da tempo della legittimità della limitazione del campo d'operatività dei §§ 153 e 153a *StPO* ai soli *Vergehen* (categoria comunque in grado di ricomprendere anche reati dotati di una gravità astratta non del tutto minimale), osservandosi che, seppur di certo si possano almeno in parte comprendere le ragioni che nei primi anni '20 portarono il legislatore a inserire questo requisito limitativo nel § 153 *StPO*, sottintendendo l'idea che i *Verbrechen* non avrebbero giammai potuto considerarsi esigui, quali che fossero state le circostanze del caso, è ormai quantomeno lecito dubitare che la predetta limitazione conservi ancora oggi (a fronte delle variegate e mutevoli ragioni che possono spingere il legislatore a incasellare un fatto in una categoria astratta piuttosto che nell'altra) una sua razionale giustificazione[27].

Esempio. Dopo essere uscita da un supermercato, una donna rimette il suo carrello al proprio posto, agganciando la catena di sicurezza e rimuovendo la moneta da un euro che aveva usato per sbloccare il carrello dalla sua fila. Un uomo, in evidente stato di ebbrezza (2,4 % di tasso alcolemico), si avvicina alla donna e con un rapido movimento le toglie la moneta di mano, scappando via. In questo caso, il fatto verrebbe ricondotto sotto il §242 (1) *StGB*, che ai sensi del §248a *StGB* viene perseguito solo su querela dell'offeso, a meno che il pubblico ministero, a causa dell'interesse pubblico per la prosecuzione del fatto, non ritenga necessario intervenire d'ufficio. Il procedimento potrebbe quindi essere certamente interrotto ai sensi dei §§ 153 e 153a *StPO*.
Modificando leggermente il caso, le cose cambierebbero alquanto. Ipotizziamo che l'aggressore, anziché prendere la moneta con destrezza, minacci di schiaffeggiare la vittima per farsela consegnare, e che la vittima si decida a fare quanto richiesto dall'aggressore proprio a causa della minaccia subita. L'autore, in questo caso, commetterebbe una rapina ai sensi del combinato disposto dei §§ 253, (1), e 255 *StGB*, la cui pena minima, essendo quella detentiva di un anno – § 249, (1), *StGB* – ne determinerebbe la sussumibilità nella categoria dei *Verbrechen*, di cui al § 12, (1) *StGB*. Di conseguenza, la possibilità di un'archiviazione alla luce dei §§ 153 e 153a *StPO*, verrebbe in tal caso ad essere preclusa da una limitazione aprioristicamente instaurata, perché il fatto di cui è accusato l'autore resterebbe – quali che fossero le circostanze concrete – pur sempre un *Verbrechen*, alla luce del §12 (3) *StGB*.
Nell'esempio fatto, ad es., in virtù delle particolari condizioni presenti, e considerato che si tratterebbe senz'altro di un caso di rapina di minor gravità, da sussumere nel (2) del §249 StGB, la pena dovrebbe innanzitutto esser ridotta a sei mesi nel minimo e, inoltre, in ragione dello stato d'ebrezza dell'autore del reato, ulteriormente ridotta, ai sensi dei §§ 21, 49 (1) n. 3 *StGB*, fino a diventare una semplice multa – §12 (1) *EGStGB* –, a meno che, ai sensi del § 47 (1), (2) *StGB*, l'imposizione di una pena detentiva non si mostri eccezionalmente necessaria per altre ragioni.
A nulla varrebbero però tutte queste attenuanti, come pure gli ulteriori tratti di esiguità ravvisabili nel caso concreto (si tratta pur sempre della sottrazione di un solo euro, magari per motivi d'indigenza), avendo il legislatore limitato l'ambito d'operatività delle predette norme ai soli *Vergehen*.

[27] Così ad es. C. Kluth, *op. cit.*, 173 ss. La giustificazione veniva rintracciata da qualcuno – K.L. Kunz, *op. cit.*, 206 s. – nel fatto che nei *Verbrechen* la percezione dell'offensività da parte della società sarebbe stata talmente elevata che la non punibilità dell'atto criminale quale esito sarebbe apparsa alla collettività come una vera e propria aberrazione. Tuttavia, questo punto di vista non tiene conto del fatto che l'incasellamento di un fatto illecito tra i *Verbrechen* o tra i *Vergehen* – sempre più nel progredire degli anni – si sia sostanzialmente rivelato un atto di mera discrezionalità politica. Sicché, la qualificazione della fattispecie in termini di *Verbrechen* non sottende necessariamente, in molti casi, quell'elevatissimo disvalore che solo potrebbe giustificare la sua aprioristica esclusione dall'ambito d'operatività dei §§ 153 e 153a *StPO* (e lo stesso dicasi per i *Vergehen*, spesso reati astrattamente non così bagatellari).

Rapportandosi a casi concreti, si comprende quanto sia difficile affermare con sicurezza che simili limitazioni possano ritenersi al giorno d'oggi ancora giustificate e compatibili con i principi di uguaglianza e non discriminazione, come pure con quelli di sussidiarietà e *ultima ratio* (nella loro veste di principi potenzialmente giustiziabili e dotati di uno specifico valore anche nel quadro della "non punibilità"); e questo sia nell'ordinamento tedesco che nel nostro (dove non è affatto difficile immaginare che, in maniera del tutto speculare rispetto all'esempio fatto, un reato punito nel minimo con una pena di poco superiore a due anni di reclusione – e in quanto tale sottratto già in via di principio all'ambito d'applicazione dell'art. 131-*bis* Cp – ben possa trovarsi a presentare in concreto marcati tratti di esiguità)[28].

Quella del limite edittale di pena, peraltro, non è neppure l'unica aprioristica limitazione dell'ambito d'operatività della norma che è rimasta in piedi a seguito della riforma. Anche nel suo rinnovato tenore testuale la stessa, invero, continua a porre una serie di paletti all'interprete (la cui ragionevolezza è davvero tutta da verificare), allo scopo di impedirgli di considerare in concreto taluni fatti di «*particolare tenuità*»[29].

Ancor più a monte, poi, lo stesso fondamentale inciso volto a specificare che la punibilità possa venir «*esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, anche in considerazione della condotta susseguente al reato, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale*», venendo immancabilmente fatto oggetto di letture vieppiù oggettivistiche (che lo stesso non si mostra in grado d'impedire), ha di fatto consentito di portare a compimento quell'opera di riduzione delle virtualità applicative dell'istituto della particolare tenuità del fatto che già aveva significativamente avviato il legislatore.

Per molti versi, quindi, non può non sorprendere il fatto che, nonostante tutte queste limitazioni e le letture oggettivistico-riduttive che ne hanno caratterizzato l'esegesi, la disposizione menzionata abbia comunque finito per riscuotere un qualche successo (verrebbe da dire insperato) nella prassi, tanto da indurre la Commissione Lattanzi, cogliendo la sua «valenza "strategica"», a "puntare forte" sulla stessa, sollecitando «un opportuno cambio di passo nella disciplina dei presupposti operativi dell'art. 131-*bis* c.p.», nei suoi tentativi di approntare soluzioni alla conclamata crisi in cui versa il nostro sistema processualpenalistico[30].

Guardando anche all'esperienza tedesca nell'applicazione dei §§ 153 e 153a *StPO* (sommariamente illustrata), crediamo divenga quindi imprescindibile chiedersi se l'art. 131-bis, così come oggi risulta disciplinato, non presenti inespresse potenzialità che – abbandonando indugi e timori nella sua interpretazione – potrebbero essere opportunamente sfruttate dall'interprete: a) sia per dar maggior

---

[28] Una soluzione di compromesso, che quantomeno avrebbe potuto consentire di estendere ulteriormente le maglie della valutazione giudiziale a più fattispecie, rendendo un'eccezione sempre più limitata (e quindi "ragionevole") i "paletti" aprioristicamente apposti in via legislativa all'applicabilità della disciplina della particolare tenuità del fatto, sarebbe stata forse quella di elevare il minimo edittale preso come punto di riferimento, non già a due anni, ma a tre o più, come in origine aveva suggerito la Commissione Lattanzi. Sta di fatto che, in un contesto dogmatico come il nostro, in cui i più sembrano dubitare della possibilità di venir a correggere simili limitazioni in via ermeneutica [cfr. le osservazioni critiche di L. Bin, *Il dissolubile legame tra resistenza a pubblico ufficiale e beni personalistici*, in *GCos* 2021, 2, 274-275, con riferimento alla proposta di F. Valente, *La Consulta ritiene legittima l'esclusione della non punibilità per particolare tenuità del fatto al delitto di resistenza a pubblico ufficiale. Aperta una falla nel sistema?*, in *www.sistemapenale.it*, 27.9.2021, 12 ss., di trasformare in via interpretativa (abbandonano «la logica del bilanciamento ponendosi nell'ottica dei principi») l'art. 131-bis in una norma imposta dal sistema, insuscettibile di limitazioni], la scelta non particolarmente coraggiosa assunta dal legislatore sembri davvero acquisire tutto il "sapore" dell'occasione persa.

[29] Si prevede nella stessa, invero, con analitica e minuta elencazione, che l'offesa non possa «*essere ritenuta di particolare tenuità*», tutte le volte in cui «*l'autore*» abbia «*agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o*» adoperando «*sevizie o, ancora*» profittando «*delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa*», «*ovvero quando la condotta*» abbia «*cagionato o da essa*» siano «*derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona*». L'esclusione è poi estesa a tutta una serie di fattispecie, consumate o tentate, nominativamente individuate.

[30] Cfr. M. Gialuz, J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino 2022, 322 ss.

attuazione in concreto all'ideale – purtroppo spesso tristemente obliterato – del diritto penale quale *ultima ratio*; b) sia per "sfoltire" ulteriormente l'enorme carico giudiziale che il nostro sistema è ancora costretto a sopportare, con notevoli aggravi nella quotidiana amministrazione della giustizia penale.

3. Parlando di "potenzialità inespresse" (anche in considerazione dei dati che emergono a livello comparatistico e che saranno analizzati in un contributo *ad hoc*: si v. il particolare valore che il requisito della *geringe Schuld*, lieve colpevolezza, assume nell'applicazione pratica dei §§ 153 e 153a *StPO*)[31], crediamo, ad es., che proprio l'art. 131-*bis*, se opportunamente valorizzato, rappresenterebbe forse la carta migliore che il nostro ordinamento avrebbe da giocarsi per attuare finalmente, già *de iure condito*, una depenalizzazione in concreto e in via generale delle ipotesi di colpa ritenute meno gravi, in modo tale da "mettersi in pari" col resto degli ordinamenti europei (che in varia guisa già contemplano generalizzate forme di non punibilità per i fatti colposi di minor gravità).
Dall'entrata in vigore del codice Rocco, infatti, il tema della graduabilità della colpa in Italia è stato vieppiù relegato al profilo della quantificazione della pena da irrogare al reo. Soltanto sporadicamente, e con interventi normativi del tutto settoriali, il legislatore italiano s'è dato cura di accordare una sia pur blanda rilevanza al grado della colpa quale fattore di esclusione della responsabilità penale.
Tuttavia, il superamento del tradizionale modello italiano di punibilità "a tappeto" della colpa, senza differenziazioni di sorta relative alla forma incosciente o al grado lieve o lievissimo, crediamo sarebbe dovuto avvenire in via generale ed estesa, e non con interventi settoriali, limitati a sparute categorie di soggetti soltanto (medici, imprenditori, ecc.).
Oltre che mostrarsi verosimilmente inefficaci e scarsamente risolutivi, specie se rapportati alle profonde criticità che il sistema penale italiano presenta (ben poca cosa è escludere la rimproverabilità penale per colpa lieve del solo medico o imprenditore bancarottiere a fronte di un'area sterminata occupata dalla responsabilità colposa e di un ordinamento palesemente ormai non più in grado di sorreggere il peso delle "mille incriminazioni" che vi si prevedono), il rischio che si annida in interventi di questo tipo, a nostro avviso, è sempre quello di ricadere in un garantismo "a macchia di leopardo", in soluzioni settoriali di favore (che non a caso danno luogo a frequenti discussioni sulla loro ragionevolezza) che non tengono conto del fatto che, se pure è vero che in determinati campi dell'agire umano è forse staticamente più frequente incorrere in violazioni di regole cautelari, la colpa ci riguarda tutti allo stesso identico modo[32], perché in fondo davvero a chiunque può capitare di

[31] Come osservato di recente da M. Mavany, *op. cit*., Rn. 22, «per quanto riguarda la caratteristica della tenue colpevolezza, è ormai generalmente accolto che questa debba essere intesa come una colpevolezza individuale, fondata principalmente sui parametri dell'articolo 46 StGB». In tal senso, si v. tra molti: K. Javers, *Uno sguardo critico attraverso la lente dei §§ 153, 153a StPO*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocolo, Torino 2015, 176; C. Kluth, *op. cit*., 58 ss.; S. Untersteller, *op. cit*., 93. La tesi che intendeva la "colpevolezza" del § 153 StPO in chiave maggiormente oggettivistica [J. Krümpelmann, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin 1966, 63; N. Paschmanns, *Die staatsanwaltschaftliche Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit nach §§ 153, 153a StPO. Entscheidungen und Entscheidungskontrolle*, Frankfurt a.M. 1988, 133, R. Bloy, *Zur Systematik der Einstellungsgründe im Strafverfahren*, in *GA* 1980, 172], orientandosi a favore della considerazione dei tratti di colpevolezza riguardanti soltanto la condotta e l'illecito (*Unrecht*), è invero divenuta negli anni del tutto recessiva nella letteratura tedesca [tra i pochi ad averla riproposta in tempi più recenti cfr. H. Radtke, *„Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozess"*, Frankfurt a.M 1994, 203 ss.; T.J. Haack, *„Die Systematik der vereinfachten Verfahren"*, Hannover 2009, 74; G. Shirrmacker, *Neue Reaktionen auf umweltdeliktisches Verhalten*, Osnabrück 1997, 43 ss. (peraltro, soltanto nel caso del § 153, ritenendo invece la colpevolezza in senso più ampio con riferimento al § 153a)].

[32] Per questa perspicua osservazione si v., di recente, anche M. Donini, *Presentazione*, in *Il reato colposo*, diretto da M. Donini, Milano 2021, IX e X: «il fatto è che la colpa riguarda tutti»; «è tutto il diritto penale in generale a coinvolgerci come autori o vittime potenziali, nella sua inusitata estensione»; «dalle persone fisiche a quelle giuridiche, dai minorenni agli incapaci, nessuno si sottrae alla portata vincolante, motivante, comunque condizionante delle cautele che già sul piano oggettivo segnalano le soglie di rischio che non devono essere superate in tutte le attività, lecite e illecite»; «non c'è contesto della società e della vita familiare o lavorativa che non sia disseminato di cautele».

commettere un errore, incappare nella violazione di una qualche cautela o essere "sfortunato" almeno una volta nella vita[33].
Dire quindi che il medico, l'imprenditore bancarottiere o il controllore del traffico aereo non meritino di esser puniti per colpa lieve[34], mentre il conducente sfortunato o l'operatore di protezione civile magari sì (ma il ragionamento varrebbe anche qualora se ne invertissero i termini) – indipendentemente da ogni "buona ragione" che si voglia cercare di addurre in proposito – è argomentazione che non potrebbe che risultare iniqua, discriminatoria, falsamente o comunque solo settorialmente garantista (come tale, potenzialmente anche in contrasto con il canone di uguaglianza e ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost.)[35].
È invero lo spauracchio del buon vecchio "diritto penale di classe" quello che a nostro avviso riemerge dietro ogni iniziativa riformistica volta ad introdurre limitazioni della responsabilità penale per colpa connesse allo *status* sociale rivestito dall'autore o al tipo di attività da questi svolta (oltre che dietro le argomentazioni che vorrebbero dar legittimazione a simili forme d'intervento).
Temiamo che, perseverando in questa direzione, si continui a dar manforte alla prospettazione di un diritto penale che, consentendo di mandare impuniti in via astratta imprenditori negligenti e medici imperiti, ma non madri sciagurate e conducenti poco avveduti, continui a rivelarsi, in fin dei conti, «forte con i deboli e debole con i forti»[36].
Tradizionalmente si è sempre ritenuto che il superamento di un siffatto modello di punibilità, e la conseguente riduzione generalizzata dell'area di rilevanza della colpa penale, per poter essere raggiunte, avrebbero richiesto un intervento legislativo espresso. In altri termini, si è sempre riconosciuto come il tema dell'introduzione di forme generalizzate di non punibilità per colpa lieve

[33] Come osserva M. Donini, *Chi è senza reato scagli la prima pietra*, in *www.ilriformista.it*, 30.12.2021, 9, «nella vita privata, dalla scuola materna, alla casa di riposo, nella circolazione stradale, nei luoghi di lavoro, in famiglia, nella vita pubblica, nei pubblici uffici, nelle imprese, tutti abbiamo rischiato di fare male ad altre persone violando anche involontariamente regole di prudenza, o di correttezza, e solo perché fortunati non ci è accaduto di commettere lesioni od omicidio colposi, qualche abuso o violazione di obblighi occorsi invece ad altri meno fortunati di noi».
[34] La dottrina degli ultimi anni si è spesso focalizzata sulla necessità di limitare la responsabilità per colpa con riferimento a specifiche categorie di soggetti, verosimilmente per la ragione che la «restrizione dell'area della rilevanza penale alle condotte connotate da *colpa grave*» è stata reputata da molti «un'opzione, nell'attuale momento storico, non facilmente praticabile dal punto di vista della parte generale del diritto penale» [cfr. in tal senso, per tutti, E. Greco, *Profili di responsabilità penale del controllore del traffico aereo. Gestione del rischio e imputazione dell'evento per colpa nei sistemi a interazione complessa*, Torino 2021, 88].
[35] Di certo condivisibili ci sembrano, in effetti, le opinioni di quanti, osservando che anche altre attività, «come stare alla *cloche* di un aereo passeggeri, o inchiodati per ore agli schermi radar di una torre di controllo o ai monitor di una centrale nucleare, o come anche costruire un grattacielo, o un chilometrico ponte sospeso sul mare», avrebbero «un comparabile significato sociale», implicando «rischi altrettanto gravi per la vita o incolumità delle persone», inclinano verso soluzioni «che includano anche altre prestazioni d'opera, le cui *leges artis* richiedano quanto l'arte medica, a seconda dei casi, doti particolari di manualità, di prontezza, di rapidità di decisione e di esecuzione, oltre a cognizioni tecniche raffinate, aggiornamento scientifico permanente, ecc.», nel novero di quelle per cui il rimprovero dovrebbe limitarsi alla sola colpa "grave" [così M. Romano, *Tavola rotonda del 5 giugno 2009*, in *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, a cura di G. Forti, M. Catino, F. D'Alessandro, C. Mazzucato, G. Varraso, Pisa 2010, 123 ss.; G. Fiandaca, *Tavola rotonda del 5 giugno 2009*, *ivi*, 133; per un'estensione dell'area d'irrilevanza della colpa lieve anche ad altre attività cfr. pure E. Mezzetti, *La colpa grave del medico: dalla prospettiva dell'ultra legem a quella dell'ante litteram*, in *www.penaledp.it*, 10.12.2020, § 6]. Ma ancor più condivisibili ci paiono le argomentazioni di quanti inclinano verso una più generalizzata depenalizzazione dell'intera area della colpa non grave, osservando che «sotto il profilo dei principi, di *ultima ratio* e di colpevolezza, l'orientamento di politica legislativa più importante pare quello che miri a *estendere il più possibile i casi di imputazione solo per colpa grave*, come avviene sempre più, per i reati maggiori (delitti, crimini) nei sistemi di lingua inglese (che accanto a *gross negligence* e *recklessness*, però, hanno anche enormi spazi normativi di responsabilità oggettiva), in Germania (*Leichtfertigkeit*) e in Spagna ("*imprudencia grave*")» [così M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di M. Donini, R. Orlandi, Bologna 2013, 268 ss.; ma in senso analogo cfr. pure A. Manna, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa 2014, 192 ss.; D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 529 ss.].
[36] Prendiamo a prestito le parole impiegate in altro contesto da M. Donini, *Il volto*, cit., 137.

(o non grave) fosse orientato esclusivamente in prospettiva di riforma, in chiave *de iure condendo*[37]. Questo stato di cose, però, proprio grazie all'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 131-*bis* Cp potrebbe essere ormai divenuto, almeno in parte, non del tutto attuale.

Al fine di comprendere se sia veramente possibile venir a far applicazione della menzionata disposizione per ottenere un generale depenalizzazione in concreto dei gradi più tenui di colpa, però, occorre prima di tutto verificare se vi sia o meno la possibilità di distillare dalla norma maggiori virtualità applicative di quelle che le sono state sino ad oggi riconosciute.

La disposizione, infatti, finisce per presentare anche nella sua rinnovata formulazione (e nonostante tutti gli ampliamenti interpretativi e legislativi già segnalati) taluni elementi testuali che, se interpretati restrittivamente, potrebbero di fatto impedire alla stessa di tendere verso la meta prefigurata (la depenalizzazione in concreto di tutte le ipotesi meno gravi di colpa): a) in primo luogo non è stato finora chiarito positivamente se il rinvio dalla stessa operato al primo comma dell'art. 133 Cp debba ritenersi riferito anche degli indici soggettivi di cui al n. 3, concernenti l'apprezzamento dell'«*intensità del dolo*» e del «*grado della colpa*»; b) sotto altro profilo, il secondo comma dell'art. 131-*bis*, nell'individuare in astratto talune discutibili preclusioni al possibile riconoscimento della particolare tenuità del fatto (sostanzialmente delle presunzioni di non tenuità)[38], continua a far riferimento anche ai casi in cui «*la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona*»; c) inoltre, alcuni contrassegni testuali (ad es. l'utilizzo della congiunzione «*e*» tra i due indici di tenuità dell'offesa: «*modalità della condotta*» da un lato, «*esiguità del danno o del pericolo*» dall'altro) presenti nella norma, potrebbero orientare l'interprete verso una lettura della stessa in termini di c.d. «esiguità analitica», e non già «sintetica», facendo ritenere necessaria per la sua applicabilità la contemporanea sussistenza di un'esiguità concernente, al contempo, tutti i profili ivi indicati (con evidente riduzione delle potenzialità applicative della stessa)[39]; d) infine, la granitica giurisprudenza di legittimità ha per il momento immancabilmente ritenuto che l'applicabilità della causa di non punibilità riconosciuta nei confronti del singolo individuo non potesse estendersi all'ente, decretando anche la non punibilità di

[37] Si v. le proposte di riforma adombrate ad es. in D. Castronuovo, *op. cit*., 553 ss.

[38] In termini giustamente critici sull'introduzione delle preclusioni di cui al co. 2, cfr. V. Bove, *Particolare tenuità del fatto*, Milano 2019, 54-55, ove si ricorda che esse rappresentano «una aggiunta» che è stata «introdotta in sede di esame in Commissione, con un colpo di coda che ha snaturato il testo dell'Atto di Governo», e che «suscita notevoli perplessità». Invero, «inserendo una tipologia specifica di ipotesi di non tenuità, individuata in astratto ed in via assoluta, rispetto alle quali viene esclusa la possibilità di riconoscere la causa di non punibilità in esame, il legislatore delegato ha abbandonato il principio della proporzionalità e della valutazione in concreto del fatto ed è andato ben oltre gli ambiti fissati dal legislatore delegante, lasciando fondatamente ventilare il vizio di eccesso di delega». Con analoghi accenti critici si esprimono: A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Diritto penale*, I, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2022, 1067; A. Gullo, sub *art. 131-bis Cp*, in *Codice penale commentato*[4], I, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, Milano 2015, 1955, laddove osserva che «in effetti, una volta che il legislatore delegante ha individuato quale unico limite all'operatività della causa di non punibilità il massimo edittale della fattispecie di reato, non si sarebbe dovuta in linea di principio limitare l'applicazione dell'art. 131-*bis* in relazione a determinate figure di reato (scelta che, se del caso, avrebbe compiuto il legislatore delegante)». In definitiva, «si tratta di una previsione in cui si leggono i segni di un intervento evidentemente più politico che tecnico e che tradisce una certa confusione», presentandosi «in parte superflua e in parte poco coerente con l'impianto sistematico» [così P. Astorina Marino, sub *art. 131-bis Cp*, in *Commentario breve al codice penale*[7], a cura di G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, Padova 2017, 575].

[39] La distinzione della valutazione di esiguità in «analitica» e «sintetica» era stata adombrata in origine da R. Bartoli, *Le definizioni alternative del procedimento*, in *DPP* 2001, 176, nell'esaminare l'analogo istituto previsto per i minorenni. Rispetto a questo, infatti, si poneva in termini non dissimili l'interrogativo se, ai fini della dichiarazione di improcedibilità per irrilevanza del fatto, il legislatore avesse inteso imporre all'interprete di verificare che tutte le componenti indicate dalla norma si presentassero effettivamente esigue (c.d. esiguità analitica) [come ritenuto, tra gli altri, da: R. Bartoli, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *RIDPP* 2000, 1493; F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*[3], Milano 2002, 392; G. Panebianco, *Il sistema penale minorile. Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, Torino 2012, 227 ss.; C.E. Paliero, *op. cit*., 740; C. Cesari, *op. cit.*, 240 ss.; Id., sub *art. 27 d.P.R. n. 488/1988*, in *Il processo penale minorile*[5], a cura di G. Giostra, Milano 2021, 413; G. De Vero, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2020, 799], ovvero si fosse accontentato di una valutazione di esiguità concernente anche una soltanto di esse (c.d. esiguità sintetica) [così, ad es., S. Larizza, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Padova 2005, 224].

quest'ultimo (ciò che comporterebbe, ovviamente, minori possibilità d'impiego per la disposizione nel settore della responsabilità da reato degli enti)[40].
Si tratta di una serie di profili critici che avrebbero probabilmente meritato e richiesto (quasi tutti: v. infra, § 7) una revisione radicale da parte del legislatore delegato della riforma Cartabia (anche perché alla luce dell'ampiezza e del tenore della delega che gli era stata conferita sarebbe stato verosimilmente possibile per lo stesso rivedere estensivamente e in via più generale tutti i presupposti applicativi della disposizione)[41]. Considerato che non ci sono però state modifiche in tal senso e che continua a permanere la necessità di restituire all'istituto prospettive d'impiego maggiori di quelle che sino ad oggi gli sono state riconosciute (in maniera tale da "allineare" la nostra clausola di esiguità ad alcune delle altre vigenti in Europa, in modo tale da ottenere un risultato – la depenalizzazione, perlomeno in concreto, delle ipotesi meno gravi di colpa – da molti giustamente anelato), non resta che verificare se i predetti ostacoli siano davvero così insormontabili come sembrano o se non vi sia, invece, la possibilità di addivenire ad un loro superamento già in via interpretativa, *de lege lata*.

4. Partendo dalla prima questione suindicata, è d'uopo ricordare che il legislatore del 2015 ha bensì fornito all'interprete alcuni criteri per il giudizio di tenuità del fatto, ma tra questi, tuttavia, non ha espressamente ritenuto di dover indicare, differentemente da quanto fatto nell'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, il grado della colpevolezza. Questa mancanza ha di primo acchito fatto propendere la maggior parte degli interpreti per una lettura del rinvio operato dalla norma agli indici indicati dal primo comma dell'art. 133 Cp come limitato soltanto a quelli di carattere oggettivo, indicati dai nn. 1 e 2, con esclusione, invece, di quelli previsti dal n. 3[42].
Tale lacuna, tuttavia, è soltanto apparente. Da una parte, infatti, è evidente che nella valutazione delle modalità della condotta devono entrare – e non potrebbe essere altrimenti – pure apprezzamenti concernenti il «*grado della colpa*» (e l'«*intensità del dolo*»)[43], i quali ultimi, prima ancora che elementi afferenti al piano della colpevolezza, secondo la lettura da tempo offertane dalla migliore dottrina, rappresentano coefficienti in grado di concorrere pariteticamente a tratteggiare la fisionomia del fatto tipico. A riconoscerlo, dopotutto, era stata la stessa relazione illustrativa di accompagnamento al decreto legislativo che ha introdotto l'art. 131-*bis* nel sistema penale italiano. Nella stessa, infatti, si affermava espressamente che: «la formula adottata è ben lungi dall'escludere qualunque rilevanza dell'elemento soggettivo del reato. In effetti, appare del tutto ovvio che l'indice-criterio delle "modalità della condotta" si presti benissimo e del tutto naturalmente a permettere una valutazione sia del grado della colpa, sul presupposto che la violazione delle regole cautelari concorre ad integrare il modo di manifestarsi della condotta; sia dell'intensità del dolo, sul presupposto che assai spesso quest'ultima si riverbera e si traduce nell'adozione da parte dell'autore di determinate

[40] Per approfondimenti v. M. Teleseca, *Contributo all'analisi dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Torino 2022, 149 ss.
[41] Come osservava D. Brunelli, *La tenuità*, cit., §1, infatti, fatta salva la prescrizione di modificare il limite edittale di pena necessario a far scattare l'applicabilità dell'istituto, la delega appariva «in bianco, perché al delegato» erano «innanzitutto rimesse insondabili valutazioni di "opportunità", connesse ad altrettanto generiche "evidenze empirico-criminologiche" e a misteriose "ragioni di coerenza sistematica". Praticamente il delegato» avrebbe potuto «fare quello che» voleva. Al di là dell'ampiezza della delega, poi, crediamo fosse proprio il tenore delle modifiche imposte – tra le quali quella che imponeva di «dare rilievo alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa» – a non poter non implicare, altresì, un più generale ripensamento dell'intero tenore della disposizione anche sotto i menzionati profili.
[42] Il rinvio al co. 1 dell'art. 133 ha finito per essere molto spesso riletto in termini restrittivi, come riferito ai soli coefficienti di gravità descritti ai nn. 1 e 2, in quanto ritenuti «gli unici in grado di rispecchiare appieno la tenuità dell'offesa» [G. Panebianco, *Offesa esigua, assente e incidente sulle soglie di punibilità,* in www.lalegislazionepenale.eu, 7.1.2020, 22; E. Addante, *op. cit.,* 129 s.; F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *DPenCont* 2015, 86 («ciò che deve essere valutato nel prisma dell'art. 133 c.p. restano pur sempre, e soltanto, le caratteristiche oggettive della condotta e la sua portata lesiva»); A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.,* in *I nuovi epiloghi del procedimento per particolare tenuità del fatto,* a cura di S. Quattrocolo, Torino 2015, 24].
[43] Ritengono questo dato «controvertibile», peraltro, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*[8], Bologna 2019, 826.

modalità esecutive della condotta»[44].
È significativo notare, però, che se la norma avesse inteso limitare la rilevanza dell'elemento soggettivo ai soli profili afferenti al piano della tipicità dell'illecito non avrebbe verosimilmente contemplato un riferimento esplicito anche agli indici di cui all'art. 133 co. 1 Cp: «l'indice-requisito delle "modalità della condotta", sarebbe bastato di per sé, senza l'apporto dell'art. 133, co. 1., c.p., a dare una parziale rilevanza all'elemento soggettivo del reato, in quanto avrebbe consentito di valutare sia il grado della colpa […] sia l'intensità del dolo» obiettivatisi nella condotta dell'agente[45].
Non c'è da stupirsi, dunque, che la giurisprudenza (anche di merito)[46] e una parte della dottrina[47], superando del tutto l'infelice formulazione letterale della disposizione (frutto di un non perfetto *maquillage* tra l'originaria impostazione del legislatore delegante, che sembrava effettivamente voler privilegiare giudizi di carattere essenzialmente oggettivo, e quella infine fatta propria da legislatore delegato e dalla Commissione Giustizia della Camera)[48], si siano sin da subito orientate – assestandosi

[44] Cfr. *Relazione della Commissione ministeriale* nominata con D.M. 27 maggio 2014 *per l'elaborazione di proposte in tema di revisione del sistema sanzionatorio e per dare attuazione alla legge delega 28 aprile 2014, n. 67, in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione,* presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, in *www.senato.it*. Tant'è che in dottrina la rilevanza degli eventuali profili soggettivi è stata vieppiù relegata alle sole ipotesi in cui «l'elemento soggettivo» avesse contribuito anche «a misurare il disvalore d'azione», riflettendosi nella condotta [F. Caprioli, G. Melillo, F. Ruggieri, G. Santalucia, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria della particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *CP* 2006, 3496 ss. («dalle modalità della condotta – ma *solo* da esse – dovrà essere desunto anche il grado di colpevolezza dell'autore del fatto esiguo»); E. Addante, *op. cit.*, 129-130; A. Gullo, *La particolare*, cit., 24; C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *DPP* 2015, 519; G. Spangher, *L'irrilevanza del fatto*, in *DGM* 2015, 19; F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. A proposito della legge n. 67/2014*, in *RIDPP* 2014, 1709; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*[9], Milano 2020, 479; T. Padovani, *Diritto penale*[12], Milano 2019, 180 (ritenendo che «al giudice» sia «preclusa la considerazione del più ampio versante della colpevolezza, che, certamente, non si esaurisce nei criteri di imputazione soggettiva e nella valutazione del loro grado»].

[45] Come rileva in effetti E. Addante, *op. cit.*, 129 (seppur in termini critici, osservando come si sia in tal modo «legittimata una interpretazione irragionevole»). Nello stesso senso cfr. anche F. Caprioli, *op cit.*, 86, nt. 20, per il quale «il riferimento esclusivo alle modalità della condotta non avrebbe impedito valutazioni legate al grado di colpevolezza dell'imputato, consentendole, tuttavia, solo nella misura in cui il grado di colpa o l'intensità del dolo fossero svelate dalle caratteristiche oggettive dell'azione o dell'omissione».

[46] Con orientamento fatto proprio, tra le altre, da T. Milano, 29 aprile 2015, n. 4195, in *www.dirittoepenalecontemporaneo.it*, 21 maggio 2015; T. Milano, 2.4.2015, n. 3805, inedita; T. Torino, 9.4.2015, in *www.archiviopenale.it.*, 1 ss.

[47] Cfr. I. Giacona, *La nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.) tra esigenze deflattive e di bilanciamento dei princìpi costituzionali*, in *IP* 2015, 43 (che considera anzi il rinvio al n. 3 dell'art. 133 co. 1 Cp, l'unico riferimento effettivamente rilevante, ritenendo viceversa ridondante il richiamo agli indici di cui ai nn. 1 e 2 della medesima disposizione); A. Fiorella, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino 2019, 605; G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131-bis c.p. (seconda parte)*, in *SI* 2015, 1110; A.R. Castaldo, *op. cit*., 1066-1067; G. De Francesco, *Illecito esiguo e dinamiche della pena*, in *Crim* 2015, 220 ss. (per il quale una diversa lettura reca con sé il rischio «di "amputare" arbitrariamente il dolo e la colpa cui si riferisce l'art. 133 della loro dimensione "soggettiva"»). Quest'ultimo autore, del resto, già in precedenza [Id., *L'esiguità dell'illecito penale*, in *DPP* 2002, 893 ss.] aveva avuto modo di sottolineare l'imprescindibilità della valutazione d'insieme delle componenti dell'illecito penale (mettendo in relazione le scelte di criminalizzazione con la caduta delle esigenze punitive), pur nella consapevolezza della difficoltà di conciliare l'accertamento del grado della colpevolezza con le esigenze di semplificazione e contrazione del rito operanti nei confronti dei fenomeni di consistenza bagatellare. Sul punto cfr. anche le riflessioni di D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*[3], Torino 2019, 356, là dove osserva che perché il fatto possa dirsi tenue «occorre che si tenga conto, innanzitutto delle modalità della condotta e del "contesto" realizzativo, nonché dei motivi a delinquere, il tutto in controluce rispetto alla personalità del reo», sicché «la dimensione esclusivamente oggettiva dell'offesa al bene, in questa ottica, costituisce solo la porta d'ingresso per valutare la misura della ribellione ai valori dell'ordinamento che il reo ha realizzato con la sua condotta, in una sinergia tra i parametri "puri" dell'offensività e della colpevolezza».

[48] Come osserva V. Bove, *op cit.*, 45, l'inserimento del riferimento al 133 è stato «una modifica voluta nel corso dell'esame in Commissione ed è una modifica che ha purtroppo finito con il neutralizzare l'impostazione di fondo che era stata data all'Atto di Governo, in cui il giudizio sulla particolare tenuità dell'offesa era scevro da valutazioni personologiche o soggettivistiche ed era ancorato unicamente a criteri oggettivi, nei quali gli aspetti psicologici venivano in rilievo solo

su posizioni grossomodo analoghe a quelle raggiunte in Germania nell'interpretare la nozione di *Schuld* fatta propria dai §§ 153 e 153a *StPO* – nel senso di dover dare ampio spazio alla valutazione dell'elemento soggettivo, interpretando il rinvio effettuato all'art. 133 Cp come riferito, altresì, agli indici di cui al n. 3 e inserendo a pieno titolo il grado della colpevolezza tra gli indicatori della particolare tenuità. Un'interpretazione, questa, che ha infine trovato pure l'avallo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (in due sentenze gemelle, che portano entrambe la firma di Rocco Blaiotta)[49].

L'apparente lacuna, perciò, risulta senz'altro superabile (anzi, superata) alla luce di una lettura assennata della disposizione. Semmai, sotto questo profilo, un intervento correttivo, volto ad attribuire esplicita e indiscussa rilevanza ai profili più squisitamente soggettivi dell'illecito, avrebbe potuto mostrarsi consigliabile più per motivi di uniformità interpretativa che non per altre ragioni.

La lettura fornita dalle Sezioni Unite, in effetti, specie in ordinamenti di *civil law* come il nostro, rischia pur sempre di restare una semplice interpretazione (per quanto particolarmente autorevole), come tale passibile in qualsiasi momento di smentita o superamento[50].

Nel nostro ordinamento, in verità, è stata modificata di recente (con la c.d. "riforma Orlando") una disposizione (l'art. 618 Cpp) che potrebbe portare a opinare diversamente (fugando il timore di simili esiti), giacché nei suoi tre commi essa sembrerebbe complessivamente aver trasformato il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite in un «veicolo dell'esatta osservanza e uniforme interpretazione della legge»[51], non «molto lontano dall'idea del precedente di *common law*»[52].

Tale disposizione, in effetti, si mostra non dissimile da alcune altre norme già previste in sede civile e amministrativa[53], che mirano a risolvere i contrasti giurisprudenziali attraverso l'esplicito riferimento a principi di diritto precedentemente enunciati, tramite la previsione di meccanismi che «senza incidere direttamente sul valore del precedente mirano alla stabilità della giurisprudenza, […]

---

con riferimento alle modalità della condotta, ma non si spingevano fino all'intensità del dolo o al grado della colpa (parametri di cui all'art. 133, co. 1, n. 3 c.p.) come invece accade in virtù della aggiunta inserita nel testo definitivo». Per analoghe osservazioni cfr. anche E. Addante, *op. cit*., 127, nt. 157, ove peraltro si ricorda che «la modifica è frutto di una delle condizioni poste al Governo dalla Commissione Giustizia della Camera nel parere favorevole espresso sullo schema di decreto legislativo nel corso della seduta del 3 febbraio 2015», in cui s'imponeva al legislatore delegato di «specificare ulteriormente gli indici di valutazione della tenuità del fatto, attraverso la considerazione dei criteri specificati dall'art. 133, primo comma, del codice penale». Non condividiamo gli accenti critici espressi dalle due autrici nei confronti dell'aggiunta in oggetto, ma non possiamo che essere d'accordo con l'osservazione che nelle intenzioni originarie si privilegiasse in effetti una lettura più oggettivistica della disposizione.

[49] Cfr. Cass. S.U. 25.2.2016 n. 13681, in *CP* 2016, 2842 ss. (con nota critica di A. Varvaressos, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati con soglie di offensività: osservazioni a Sezioni unite 13681/2016*). Nonché, Cass. S.U. 25.2.2016 n. 13682, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 29.4.2016, 1 ss.

[50] Tant'è vero che la giurisprudenza più recente già sembra talvolta essersi parzialmente distaccata dalla lettura fornita dalle Sezioni Unite [cfr. Cass. 16.5.2019, n. 21409, in *GI* 2019, 1911; Cass. 10.1.2020, n. 660, in *QG* 2020 (con nota di C. Santoriello, *Prima gli causa lesioni personali poi lo accompagna al P.S.: in ogni caso niente tenuità*)].

[51] Così C. Colucci, *Nomofilachia "espressa" e nomofilachia "occulta": meccanismo di stabilizzazione della giurisprudenza nella recente evoluzione del diritto penale italiano*, in *Criminalia* 2017, 216. Sulla riforma si v. in particolare: G. Riccio, *La legge-Orlando tra pressioni comunitarie e crisi interne*, in *AP* 2017, 3; R. Aprati, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge (artt. 66-69 l. n. 103/2017)*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Marandola, T. Bene, Milano 2017, 278 ss.

[52] Per quest'osservazione cfr., in particolare, E. Reccia, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle Sezioni Unite*, Torino 2020, 98. Per l'analoga puntualizzazione che, «nel nostro sistema penale, il *sostanziale* valore del precedente ha trovato un primo *formale* riconoscimento con la c.d. riforma Orlando, cfr. anche Ant. Nappi, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Napoli 2020, 512.

[53] In particolare, alla riforma in esame aveva fatto da battistrada quella relativa al processo civile, nel quale, ai sensi dell'art. 374, co. 3, Cpc, già dal 2006 era stato fatto obbligo alla sezione semplice, dissenziente con le Sezioni Unite su di un principio di diritto dalle stesse emanato, di rimettere a quest'ultime il giudizio [cfr. G. Maniaci, *Il precedente giudiziale in Italia. Verso lo stare decisis?*, in *RCDP* 2014, 576 ss.]. La disciplina è stata successivamente trasposta anche nel processo amministrativo, in relazione ai rapporti tra una singola sezione semplice del Consiglio di Stato e l'Adunanza Plenaria dello stesso (art. 99 del d.lgs. n. 104/2010) [sul tema cfr. E. Follieri, *Correttezza e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *DA* 2014, 265 ss.].

"incentivando" l'adesione al precedente (o "disincentivando" il discostarsi da esso)»[54]: il neo-introdotto co. 1-*bis*, in particolare, impone alla singola sezione della Cassazione che ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato in precedenza dalle Sezioni Unite di rimettere a quest'ultima – con ordinanza – il ricorso. In tal modo, insomma, sembrerebbe aver assunto il crisma della legalità il (plus)valore degli indirizzi ermeneutici dei più alti consessi della giurisdizione – Sezioni Unite, ma anche Corte europea dei diritti dell'uomo., C.G. UE e Corte costituzionale – che, invero, già prima della riforma, essendo seguiti dagli altri giudici, tendevano a cristallizzarsi come fonte della *law in action*[55].

Molto si potrebbe dire sulla riforma in questione, col rischio peraltro di abbandonarsi a digressioni ampie e forse in questa sede ultronee. Quel che preme qui registrare è che, a dispetto delle apparenze, non tutti sono convinti (noi *in primis*, seppur ci riserviamo di mutare opinione, posto che il punto richiederebbe approfondimenti senz'altro maggiori di quelli che ci era qui consentito svolgere) che la soluzione adottata dal legislatore possa a tutti gli effetti contribuire a generare maggior certezza e prevedibilità, impedendo che l'indirizzo cristallizzato nelle predette sentenze delle Sezioni Unite possa tradursi sostanzialmente in un "nulla di fatto", venendo in futuro surrettiziamente superato e accantonato dalle sezioni semplici o dai giudici di merito.

Non solo, infatti, è significativo osservare che, anche a seguito dell'introduzione della predetta disposizione, le Sezioni Unite rimangono comunque «libere di mutare le proprie stesse interpretazioni, così come i giudici di rango inferiore mantengono la possibilità di discostarsene indicando le ragioni del dissenso»[56]: come anche si è detto, in breve, l'obbligatorietà della rimessione sembra valorizzare più che altro un dialogo virtuoso, interno alla Corte, comportante esclusivamente un cambio dei dialoganti (non più i collegi delle sezioni semplici tra loro, ma la singola sezione e la Cassazione riunita)[57]. Ma è altresì incerto quel che potrebbe accadere là dove una delle sezioni semplici o un giudice di merito dovessero decidere di non uniformarsi al principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite[58]. Nessuna sanzione processuale, invero, è stata espressamente inserita dal legislatore a presidio dell'eventuale violazione dell'obbligo dalla stessa imposto.

Dal momento, però, che il processo è già una "pena" per chi lo viene a subire e che è senz'altro ipotizzabile che un soggetto possa così trovarsi a dover attendere la trattazione del suo caso da parte

---

[54] Così F. Patroni Griffi, *Valore del precedente e nomofilachia*, in www.giustiziaamministrativa.it, 16.10.2017, 10. Come osserva anche F. Viganò, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *DPenCont* 2017, 150, il modello introdotto rinvia insomma a «un modo di intendere la giurisprudenza delle Sezioni Unite, da parte della Cassazione nel suo complesso, come formante tendenzialmente vincolante per le decisioni future, a garanzia della prevedibilità e della certezza del diritto per i consociati: un formante dotato di un'autorità analoga – almeno dal punto di vista funzionale – a quello delle pronunce della Corte costituzionale, e tale comunque da modificare *de facto* il diritto *vigente* attraverso la formazione di un diritto *vivente* dotato del massimo grado possibile di autorevolezza».

[55] Come osservava già M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 6.6.2016, 16 ss. e 36 ss.

[56] Così, tra molti, M. Daniele, *La norma processuale penale*, in AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, Padova 2019, 70, il quale, con riferimento all'art. 618, co. 1 *bis*, Cpp, osserva che «*lungi dall'introdurre il canone dello* stare decisis, *tale prescrizione si limita a dettare una regola di composizione dell'organo giudicante, statuendo che la Corte deve risolvere eventuali conflitti interpretativi nel suo assetto più garantito*». L'autore va quindi a porsi tra i tanti che – come osserva E. Reccia, *Il valore*, cit., 111 – non rivengono «nell'ipotesi di cui all'art. 618, comma 1 *bis*, c.p.p. l'introduzione di un precedente vincolante». Una conclusione fondamentalmente basata sull'assenza di una specifica sanzione processuale in caso d'inosservanza, che lascerebbe presupporre una scelta precisa nel senso di attribuire un valore debole al vincolo posto in capo alle sezioni semplici.

[57] Sul punto v. le osservazioni di G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 29.1.2018, 7 ss.; Ant. Nappi, *op cit.*, 520 s. (che proprio per questo motivo si mostra convinto del fatto che l'art. 618 co. 1 bis Cpp «rafforza l'essenza del principio della soggezione del giudice alla sola legge», anziché porsi in contrasto con esso).

[58] Cfr. R. Del Coco, *sub art. 618 Cpp*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*[3], diretto da G. Illuminati, L. Giuliani, Padova 2019, 3050, che in effetti osserva come «il nuovo meccanismo non sia in grado di produrre alcun vincolo diretto sui giudici di merito».

del giudice di legittimità onde potersi veder riconosciuta una tenuità del fatto sussistente *ab origine* e applicabile già in primo grado, era forse preferibile precisare meglio nel testo dell'art. 131-*bis* (visto che comunque ci si trovava a dover modificare la norma) quanto le Sezioni Unite avevano magistralmente già chiarito in via interpretativa, così fugando ogni rischio che le corrette conclusioni raggiunte nelle suddette sentenze gemelle potessero finire per venir inopinatamente e malauguratamente disattese da altri giudici di merito o legittimità in futuro. Il legislatore delegato non ha invece ritenuto di dover intervenire sul punto, sicché bisognerà verificare se e per quanto tempo ancora la giurisprudenza di merito e legittimità continuerà a prestare ossequio a tale orientamento.

5. Il secondo ostacolo letterale posto dalla disposizione – l'equivoco inciso che esclude l'applicabilità della disposizione nei casi in cui «*la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona*»[59] – avrebbe dovuto essere senz'altro eliminato o riformulato, in quanto in grado di ingenerare il convincimento che esso possa costituire uno sbarramento significativo all'applicazione dell'art. 131-*bis* Cp[60] nei casi di reati colposi in cui, ferma la tenuità della colpa, a essere grave è soltanto l'evento[61].
Sennonché, ci sembra possibile e opportuno fornire un'interpretazione di quell'inciso che consenta di impedire allo stesso di operare in senso così fortemente e acriticamente riduttivo sul campo d'operatività della norma[62]. In effetti, l'inciso in parola (che mira a precisare come «*la morte o le lesioni gravissime di una persona*» debbano apprezzarsi «*quali conseguenze non volute*» *della* «*condotta*») si rivelerebbe del tutto pleonastico se la preclusione fosse riferita anche ai reati colposi, essendo pacifico che dalle condotte colpose discendono essenzialmente conseguenze «*non volute*» (è questo, d'altro canto, il tratto identificativo della colpa).
La precisazione sembrerebbe avere un senso, perciò, soltanto nella misura in cui si riconosca che, mediante la stessa, s'intendesse escludere l'applicazione della norma con riferimento alle condotte dolose determinanti «*conseguenze non volute*», precludendone l'impiego relativamente ai soli reati preterintenzionali e aggravati dall'evento: ipotesi in cui vi è una condotta illecita volontariamente realizzata, da cui poi discendono conseguenze più gravi di quelle originariamente messe in conto dall'agente, che sarebbe verosimilmente illogico fare oggetto di un giudizio di speciale tenuità (proprio in quanto s'innestano su condotte di base dolose)[63].

---

[59] Per l'osservazione che la «formulazione sembra deliberatamente innescare un equivoco che toccherà all'interprete risolvere» cfr. P. Astorina Marino, *op. cit.*, 576.
[60] Cfr. già M.E. Florio, *Tenuità del fatto e grado della colpa*, in *Giustizia penale, ripresa economica e recovery fund. Verso la riforma del processo penale e del sistema sanzionatorio. Atti dell'XI corso di Formazione interdottorale di Diritto e Procedura Penale "Giuliano Vassalli" per Dottorandi e Dottori di ricerca*, a cura di A. Gullo, V. Militello, T. Rafaraci, Milano 2022, 177 ss., esaminando la conclusione cui era man mano pervenuta la prevalente dottrina: P. Astorina Marino, *op. cit.*, 576 («la formula utilizzata, tuttavia, pare indiziare nel senso della riferibilità della disposizione anche all'omicidio colposo e alle lesioni gravissime colpose»); A. Gullo, sub *art. 131-bis Cp*, cit., 1954 s.; A. Manna, *Corso di diritto penale. Parte generale*[5], Padova 2020, 552; E. Cadamuro, *L'irrilevanza penale del fatto nel prisma della giustizia riparativa*, Padova 2022, 87.
[61] Che tra le «situazioni preclusive» identificate dalla disposizione, quella in esame si riconnetta «a fattori di gravità oggettiva», è osservato anche da G. Fiandaca, E. Musco, *op cit.*, 828.
[62] Fortemente critico nei confronti di questa preclusione L. Cornacchia, *Condizioni negative di punibilità*, in *Manuale di diritto penale. Parte generale*[2], a cura di S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, Bologna 2017, 735, che nella stessa scorge «l'esplicita legittimazione della responsabilità oggettiva». Per la giusta osservazione che anche le fattispecie di omicidio e lesioni gravissime potrebbero alle volte presentare, in concreto, connotazioni «minime», cfr., le riflessioni di M. Donini, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *IP* 2003, 97; C. Pongiluppi, *Il concetto di "esiguità" del reato: profili dogmatici e politico-criminali*, in *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, a cura di E. Mattevi, C. Pongiluppi, N. Ventura, Milano 2009, 22.
[63] Non a caso, in sede di primo commento, si era riconosciuto da parte di alcuni interpreti che, «se è chiara la volontà del Governo di includere nell'eccezione la preterintenzione e i delitti aggravati dall'evento, meno chiaro risulta l'atteggiamento rispetto alla colpa» [S. Quattrocolo, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, in *PPG* 2015, 164; similmente cfr. P. Astorina Marino, *op. cit.*, 576]. In maniera emblematica, nell'esemplificare una condotta che ipoteticamente potrebbe dar luogo all'applicazione della già

Riteniamo che sia questa la lettura che si dovrebbe dare dell'inciso[64] in parola (convalidata anche dal fatto che «nessun riferimento si fa a eventi diversi dalla morte o dalle lesioni gravissime, in relazione ai quali l'accertamento di tenuità» appare «libero da "divieti tassativi"», ricalcando alla lettera la formulazione dell'art. 586 Cp)[65]. Pena, altrimenti, l'assurdo di dover amputare arbitrariamente la *littera legis* di una sua parte significativa, ponendo nel nulla un inciso che – volenti o nolenti – appare comunque pregno di significato[66].

Anche perché, riferendo questa preclusione alla colpa, si rischierebbe anche di dar luogo ad un'arbitraria differenziazione di trattamento tra quelle che sono giuridicamente due identiche ipotesi di colpa: la colpa "normale" e quella c.d. "impropria". Nella "colpa impropria", che pur sempre colpa rimane, in quanto manca la colpevolezza tipica del dolo[67], le conseguenze colposamente prodotte dall'agente (sia che s'intenda l'evento in termini naturalistici, sia che si concepisca l'evento come giuridico o significativo)[68] sembrerebbero infatti a tutti gli effetti "volute". Sicché, con una

---

menzionata preclusione, in G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *op cit.*, 480, si fa proprio riferimento alla «cessione di una piccola quantità di una "droga leggera"».

[64] Era effettivamente questa la lettura che ne avevano dato talune Procure della Repubblica, nelle linee guida fornite ai singoli sostituti Procuratori. Ad es., nella relazione del Proc. Agg. Carlo Nocerino presso il T. Ordinario di Brescia, datata 21 settembre 2016 (atto n. 1923/2016 Prot., reperibile online sul sito *www.procura.brescia.it.*) e trasmessa ai sostituti Procuratori dal Proc. Tommaso Buonanno «con preghiera di tenerne conto quale linea guida», si stabiliva a p. 9, che la preclusione in esame operasse «quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona (artt. 586 c.p., 116 c.p.)» (con eloquente indicazione tra parentesi dei reati cui applicarla). Similmente, nelle linee-guida della Procura di Lanciano, a firma del Procuratore della Repubblica, dott. Francesco Menditto [F. Menditto, *Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 3.4.2015, 22], si affermava come, per interpretare la preclusione, ben potesse «farsi riferimento all'elaborazione giurisprudenziale relativa, ad esempio, all'art. 586 c.p., pur se […] non vi è uno specifico riferimento testuale a disposizioni».

[65] Per questa constatazione cfr. S. Quattrocolo, *op cit.*, 164. Per l'osservazione che l'esclusione in parola finisca per riprodurre, «sostanzialmente, i caratteri tipici del delitto preterintenzionale», si v. poi, in particolar modo, P. Pomanti, *La esiguità da criterio di selezione della «tipicità bagatellare» ad indice di esclusione della punibilità*, Pisa 2017, 221.

[66] Ed in effetti è quanto è stato costretto a fare F. Mantovani, *Diritto penale*[11], cit., 873, che partendo dal convincimento aprioristicamente raggiunto circa il fatto che la preclusione dovrebbe per forza di cose riguardare la "colpa", ha ritenuto il co. 2 «di non felice formulazione», in quanto: a) «più semplice e corretta» sarebbe stata «la locuzione "ha cagionato la morte o le lesioni ad una persona"»; b) «non si comprende per quale ragione non» debba ritenersi «tenue anche la lesione grave o anche soltanto lieve (artt. 582, 583)». Alla luce delle considerazioni svolte, non ci sembra pertanto condivisibile l'atteggiamento banalizzante assunto dalla Cassazione in merito all'applicazione della disposizione a reati colposi cagionanti morte o lesioni gravissime, che ha spesso superficialmente liquidato la questione in senso negativo, sostenendo sbrigativamente come nel caso oggetto di giudizio, essendosi ravvisati nelle vittima «lesioni e postumi permanenti», «la causa di non punibilità non sarebbe stata concettualmente applicabile (cfr. il comma 2 dell'articolo 131-*bis* cod. pen: "…l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità…quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona)» [così ad es. Cass. 13.4.2017 n. 23124, in *www.italgiure.giustizia.it:* in cui ci si confrontava con un caso di lesioni riconducibili a condotta colposa nella custodia di un cane Doberman, che risultava aver aggredito e provocato lesioni alla persona offesa (consistite in numerose ferite al volto, con lesione del nervo facciale)].

[67] Riteniamo, con un'impostazione che riecheggia la *rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie*, ossia la "teoria della colpevolezza che rinvia alle conseguenze giuridiche" prospettata da W. Gallas, *La struttura del concetto di illecito penale*, in *RIDPP* 1982, 466 e 467, che l'effetto di elisione determinato dagli art. 55 e 59, co. 4, si lasci apprezzare sul piano della colpevolezza, e non già su quello del dolo del fatto. Che si debba cioè accogliere quella ricostruzione della colpa c.d. "impropria" che ha trovato ampio riscontro in Italia, seppur con sistematiche talvolta leggermente differenti [G. Verzera, *Forme di manifestazione dell'eccesso colposo*, in *DeF* 2004, 726; S. Prosdocimi, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano 1993, 70 s.; G. Fornasari, *Le cause di esclusione della colpevolezza*, in *Introduzione al sistema penale*, II, Torino 2001, 268 s.; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 88 ss., 124 ss., 141 ss., 203 ss.; C. Santamaria, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli 1961, 87 e 112; A. Pecoraro Albani, *Il dolo*, Napoli 1955, 234 ss.; R. Dolce, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano 1957, 23], e che è stata negli anni messa a punto, in particolar modo, da M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 492 s., 524 ss., 528 ss., 539 ss., 550 s.; Id., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, 297 s., 389, nt. 136].

[68] Ritiene «che si tratti di un evento lesivo anche in caso di omicidio per legittima difesa (reale o putativa)», M. Donini, *Illecito*, cit., 536 e 539, rispettivamente alle nt. 53 e 56. Conforme anche la posizione di G. Marinucci, voce *Cause di*

differenziazione sprovvista di qualsivoglia ragionevole giustificazione, l'inciso in parola (a volerlo ritenere riferito alla colpa) rischierebbe di condurre a conseguenze discriminatorie, potendo teoricamente portare ad aprioristicamente escludere dall'area d'applicabilità della causa di non punibilità esaminata, ad es., bensì l'omicidio colposo realizzato con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza del lavoro, ma non quello cagionato a causa dell'erroneo convincimento di doversi difendere da un'aggressione ingiusta.
Peraltro, l'interpretazione volta a circoscrivere la riferibilità dell'inciso alle sole ipotesi preterintenzionali e ai delitti aggravati dall'evento crediamo possa in realtà accordarsi persino con l'originaria *voluntas legis* (che comunque non dovrebbe vincolare in termini assoluti l'interprete, là dove il tenore letterale della disposizione si presti a legittimarne interpretazioni con questa discordanti, ma più ragionevoli), opportunamente "depurata" dai fraintendimenti in cui il legislatore era caduto all'epoca della sua introduzione.
L'introduzione della predetta preclusione, almeno secondo la spiegazione datane dal legislatore storico, si sarebbe invero dovuta considerare «necessaria per adeguare l'istituto alle specifiche sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU» (C. eur., 29.3.2011, *Alikaj e al. c. Italia*)[69], volte a stimolare un'adeguata considerazione da parte del legislatore interno del «valore primario del bene vita», anche «anche nei casi in cui la lesione sia dovuta a condotte colpose»[70]. Ma la Corte non ha mai detto che l'art. 2 Cedu[71] imponga di ritenere sempre non giustificabili esclusioni della punibilità riferite a fattispecie colpose in cui vengano in gioco beni come la vita o l'integrità fisica di altre persone (e men che meno simili statuizioni possono rinvenirsi nel corpo motivazionale della sentenza *Alikaj*, resa su un caso alquanto peculiare)[72]. Anche perché, se la Corte avesse realmente inteso dir ciò, tra l'altro, non avrebbero più potuto giustificarsi molte delle discipline successivamente introdotte nel sistema ordinamentale italiano (come ad es. quella del c.d. "decreto Balduzzi"), miranti ad escludere eventuali responsabilità per eventi mortali cagionati con colpa lieve[73]: discipline che, invece, sono state sempre a giusto titolo considerate perfettamente in linea con le indicazioni promananti dalla giurisprudenza di Strasburgo[74].
Di più: se la Corte avesse realmente desiderato imporre l'assoluta irrinunciabilità della pena per tutte

---

giustificazione, in *DigDPen*, II, 1988, 144, che però esclude il dolo in base alla considerazione della liceità del fatto oggetto di rappresentazione putativa, con quella che sembra a tutti gli effetti un'implicita adesione alla *Vorsatztheorie*. Nella dottrina spagnola si v. in senso analogo M. Landecho Velasco, C. Molina Blázquez, *Derecho penal español. Parte general*[11], Madrid 2020, 436.

[69] Come rileva G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 1104. In senso difforme cfr. però S. Quattrocolo, *op. cit.*, 164.

[70] In tal senso cfr. la *Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 28/2015*, 2 ss.

[71] Sul quale si v. per tutti: S. Zirulia, *Diritto alla vita*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino 2016, 39 ss.; V. Manes, *Il diritto alla vita*, in *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, a cura di V. Manes, M. Caianello, Torino 2020, 195 ss.; F. Bestagno, sub *art. 2 Cedu*, in *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova 2012, 36 ss.

[72] Le specificità della vicenda, essendo la giurisprudenza di Strasburgo una giurisprudenza marcatamente casistica, non possono essere trascurate nel verificare quanto e cosa la stessa intendesse realmente stigmatizzare [per l'analisi della vicenda in parola cfr. V. Manes, *op cit.*, 195, nt. 11]. La Corte, invero, «ha riconosciuto una violazione di entrambi gli obblighi positivi, procedurale e sostanziale», derivanti dall'art. 2 CEDU soltanto in ragione della ravvista «genericità della disciplina legislativa italiana sull'utilizzo delle armi da parte delle forza pubblica», dell'«evidente non necessità dell'utilizzo stesso nel caso di specie», dell'«assenza di una punizione in concreto dovuta all'estinzione del reato per prescrizione» e della «mancanza di indipendenza nelle indagini, in quanto svolte da agenti appartenenti allo stesso comando dell'imputato».

[73] Cfr. ancora G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 1104, il quale, a breve distanza dall'entrata in vigore dell'art. 131-*bis*, correttamente osservava che «la Corte EDU non sembra aver affermato l'assoluta irrinunciabilità alla pena nei casi in cui sia cagionata la morte di un uomo, anche perché, diversamente, si porrebbe in aperto contrasto con questa indicazione la […] riforma della colpa medica operata con la legge n. 189/2012 che ha sortito quest'effetto, facendo diventare non più punibili gli omicidi colposi caratterizzati da colpa lieve».

[74] All'indomani della sua entrata in vigore, non ravvisava ad es. profili di contrasto della disciplina dettata dal decreto Balduzzi con la giurisprudenza della corte di Strasburgo, D. Pulitanò, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *DPenCont* 2013, 76.

le ipotesi in cui vengano in gioco beni come la vita o l'integrità fisica, oggi dovrebbero senz'altro ritenersi illegittime gran parte di quelle disposizioni, presenti in numerosi ordinamenti europei, che si mostrano senza dubbio suscettibili di determinare la non punibilità di chi abbia cagionato eventi mortali con colpe non gravi[75]. Ma è invece chiaro che le stesse siano perfettamente in linea con le previsioni della Convenzione, che afferma obblighi d'incriminazione generali «rispetto alle condotte illecite» realizzate «intenzionalmente», ma non «rispetto alle condotte colpose».

Relativamente alle condotte di quest'ultimo genere, in effetti, come si è ripetutamente osservato, «l'obbligo d'incriminazione non sussiste altrettanto sistematicamente». Nella giurisprudenza più risalente, ad es., si prevedevano obblighi d'incriminazione specifici soltanto «con riferimento alle morti accidentali» scaturenti «da situazioni di pericolo soggette al controllo delle autorità pubbliche, quali attività industriali pericolose, attività militari, o calamità naturali» (là dove, oltretutto, l'obbligo d'incriminazione si riteneva sussistesse «limitatamente alle ipotesi di colpa grave»)[76]. E ancora oggi la casistica giurisprudenziale della Corte europea in punto di obblighi di tutela in materia di colpa, pur avendo superato l'iniziale limite della necessaria riconducibilità della violazione a fatti accaduti "sotto la responsabilità delle autorità pubbliche", continua a presentare quale elemento trasversale la presenza di condotte che (oltre che essere offensive del diritto alla vita) risultano al più inquadrabili nella categoria concettuale della *Recklessness* (da intendere verosimilmente nel significato che le viene dato negli ordinamenti anglosassoni, posto che la Corte non ha per il momento sviluppato un'interpretazione autonoma della stessa)[77].

In poche parole, «la logica del ricorso al diritto penale quale *extrema ratio*, basato sui principi di necessità e proporzione», sembra essere «sottesa anche alle pronunce relative all'obbligo degli Stati di tutelare la vita, che non richiede in ogni caso necessariamente che vengano predisposte misure di tutela penale» (ovvero eliminate o non introdotte nuove cause di non punibilità in grado di determinare la non sottoposizione a pena dell'autore del fatto colposo). In effetti, come si è osservato, nei casi in cui «le condotte lesive della vita o dell'incolumità individuale non siano volontarie, la giurisprudenza europea ha precisato che il vincolo positivo di protezione discendente dalle previsioni convenzionali non esige obbligatoriamente ed automaticamente il ricorso al diritto penale, purché sussistano nell'ambito dei sistemi nazionali rimedi di carattere civile, amministrativo o disciplinare, efficaci ed accessibili in concreto»[78].

Di certo, poi, non sembra in questo campo venire in gioco la possibilità di una violazione dell'art. 2 Cedu sotto il versante degli obblighi procedurali dallo stesso imposti, giacché in caso di declaratoria di non punibilità *ex* art. 131-*bis* (pur a fronte dell'evento mortale in ipotesi occorso) un accertamento dei fatti, oltretutto penalistico (là dove sarebbe stato invece sufficiente anche un accertamento

---

[75] Si prenda, per tutte, la nuova definizione di colpa grave (*grobe Fahrlässigkeit*) introdotta nella parte generale (quindi con portata di "sistema") del codice penale austriaco, che è suscettibile di trovare applicazione in rapporto a fattispecie chiave, che a questo criterio d'imputazione esplicitamente finiscono per richiamarsi [cfr. A. Tipold, *Das Strafrechtsänderungsgesetz* 2015, in *SIAKJ* 2017, 32 ss.; H. Fuchs, I. Zerbes, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*[10], I, Wien 2018, 120 ss. e 125].

[76] Sul punto cfr. ampiamente S. Zirulia, *Diritto alla vita*, cit., 53 s. e 58 ss., e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ivi citata, che portava a ritenere come gli obblighi d'incriminazione fossero previsti soltanto con riferimento a «condotte sorrette da dolo o da colpa grave»; S. Manacorda, *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in *RIDPP* 2012, 1385. Si v. anche l'analisi di L. Lavrysen, *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law Under the ECHR*, a cura di L. Lavrysen, N. Mavronicola, Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney 2020, 33 ss.; W. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, 139 ss.

[77] Cfr. *amplius* S. Zirulia, voce *Diritti umani e responsabilità colposa*, *Reato colposo*, diretto da M. Donini, Milano 2021, 398 ss., 401 e 405 ss., e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ivi citata.

[78] Cfr. V. Scalia, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita (I parte)*, in *www.archiviopenale.it*, 11.11.2020, 32. Che i rimedi di diritto civile possano ritenersi più che sufficienti, anche quando è la morte che «è stata causata da pura negligenza senza circostanze aggravanti», è stato espressamente riconosciuto ad es. da: C. eur., 29.9.2015, *Zoltai c. Ungheria e Irlanda*, § 27; C. eur., 11.3.2014, *Cioban c. Romania*, § 25; C. eur., 24.5.2011, *Anna Todorova c. Bulgaria*, §§ 73 ss.

civilistico), si avrebbe senz'altro (che è tutto ciò che interessa alla Corte quando è chiamata a verificare la violazione degli obblighi procedurali di matrice convenzionale)[79]; accertamento che si mostrerebbe oltretutto in grado di dar luogo senz'altro anche ad un'adeguata e rapida riparazione del danno cagionato alla vittima, in virtù dell'art. 651-*bis* Cpp (disposizione che, a seguito del recente pronunciamento della Corte costituzionale, consente allo stesso giudice penale che ha accertato la sussistenza della particolare tenuità del fatto di liquidare direttamente il risarcimento alla costituitasi parte civile, senza dover per questo rimettere la questione alla competente sede civile)[80].
Sicché, se l'intento legislativo era davvero quello di «adeguare l'istituto alle specifiche sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU» (e non vi è motivo di ritenere che non sia così), dovrebbe certo considerarsi più coerente con l'originaria *intentio legis* (quella autentica, "depurata" da ogni malinteso, nonché opportunamente ricostruita in base ai veri *dicta* della giurisprudenza di Strasburgo in tema di obblighi sostanziali e procedurali di tutela derivanti dall'art. 2 Cedu), oltre che con il tenore effettivo dell'enunciato legislativo, riconoscere che con tale inciso si volesse (e soprattutto dovesse) in realtà precludere in astratto l'applicabilità dell'istituto soltanto con riferimento ai reati preterintenzionali e aggravati dall'evento, senza aver riguardo al terreno della responsabilità colposa *tout court*, così tratteggiando una disciplina grossomodo corrispondente a quella approntata dal legislatore tedesco nei §§ 153 e 153a *StPO* (che permettono d'interrompere il procedimento – con o senza condizioni – bensì in caso di lesioni colpose e omicidi colposi, ma non ove ci si confronti con le *Schwere Körperverletzung* di cui al § 226 *StGB* o le *Körperverletzung mit Todesfolge* previste dal § 227 *StGB*, figure aggravate delle dolose *Körperverletzung* di cui al § 222 *StGB*).
Siamo consapevoli che questa potrebbe essere considerata un'interpretazione "capziosa", volta in qualche misura a "forzare la *littera legis*" (anziché assecondarla). Anche a volerla vedere in questi termini, però, crediamo che quella adombrata resti, nonostante tutto, l'unica interpretazione plausibile se non si vuol irragionevolmente frustrare la potenziale applicabilità della disposizione proprio con riferimento a quelle fattispecie di colpa *in re licita* con riferimento alle quali essa meglio potrebbe operare, in modo tale da assicurare al diritto penale quel necessario ruolo di *ultima ratio* che dovrebbe immancabilmente competergli e di cui troppo spesso, invece, lo stesso è stato sino ad oggi ingiustamente privato.
Del resto, se l'interpretazione della preclusione in oggetto sin qui prospettata fosse reputata davvero d'impossibile recepimento *de iure condito*, in quanto non suscettibile di attagliarsi all'attuale *littera legis* (e dunque, in pratica, *contra legem*), si dovrebbe senz'altro convenire sulla necessità di una sua rimodulazione (o soppressione) ad opera del legislatore, nei termini indicati. Invero, non vi sono ragioni (di diritto interno o sovranazionale) per ritenere che in taluni casi concreti anche un fatto che ha dato luogo ad un evento di rilevante portata (la morte di un uomo o delle lesioni gravi) non possa presentare tratti in grado di renderlo concretamente "tenue" e, comunque, non bisognoso di una reazione punitiva statuale (come ci insegna l'esperienza comparata: v. ad es. pure il § 60 *StGB*).
La permanenza nel nostro ordinamento di una simile preclusione (se si ritiene che essa debba riferirsi pure ai fatti colposi), impedendo di venir a far applicazione dell'art. 131-*bis* in taluni rilevanti casi di colpa, si presterebbe a dar luogo soltanto ad un'indebita e deprecabile "strumentalizzazione" dell'autore colposo a fini (esclusivamente) generalpreventivi. Una strumentalizzazione che, come tale, dovrebbe essere al più presto superata in via interpretativa o eliminata *de iure condendo*.

6. Il terzo elemento in grado di ostacolare la piena valorizzazione della soluzione che abbiamo inteso

[79] Cfr. K. Kamber, *Prosecuting Human Rights Offences. Rethinking the Sword Function of Human Rights Law*, Leiden-Boston 2017, 232 ss. e 242 ss., là dove osserva che, in caso di semplice colpa, ciò che interesse alla «Corte europea dei diritti dell'uomo» in quest'ambito è che vi sia «un sistema giudiziario efficace», che risulti tale «nel suo complesso», «inclusi non solo i rimedi di diritto penale, ma anche i rimedi civilistici, che da soli o in combinazione con» quelli «penali devono consentire» di «chiarire i fatti del caso, attribuire la responsabilità ai trasgressori e fornire» alle vittime «un'adeguata riparazione» (anche solo civilistica).
[80] Si v. C. cost., 12.7.2022, n. 173, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 14.7.2022 (con breve nota illustrativa di F. Lombardi, *Particolare tenuità del fatto e statuizioni civili: interviene la Consulta*).

prospettare, infine, riposa sul modo in cui parte della dottrina ha sempre ritenuto di dover interpretare l'elencazione degli indici di tenuità del fatto contenuta nell'art. 131-*bis*. Secondo alcuni, infatti, il tenore letterale della norma – similmente a quello dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 (che però ci sembra assai più netto sul punto) – dovrebbe guidare l'interprete verso l'applicazione di un modello di «esiguità analitica». L'inciso finale del primo comma, in particolare, dovrebbe leggersi come volto a stabilire che la tenuità del fatto possa ricavarsi soltanto da una valutazione congiunta di tutti gli indicatori cristallizzati dalla disposizione, la quale porti a ritenere tenue il fatto, al contempo, sia per le modalità della condotta sia per l'esiguità del danno o del pericolo sia, infine, per il grado della colpevolezza (posto che abbiamo visto come questo indice venga oramai costantemente fatto rientrare tra quelli di tenuità del fatto dalla prevalente giurisprudenza di legittimità).
Da una siffatta interpretazione della disposizione discenderebbe la conclusione che anche un bassissimo grado di colpa non potrebbe giammai ritenersi sufficiente a connotare il fatto come tenue, là dove il danno o il pericolo si rivelassero, invece, di rilevante entità[81].Una conclusione che, però, si rivelerebbe probabilmente incongrua, poiché, nel complesso, assai di rado è solo la gravità del danno provocato, di per sé presa, a poter rendere un fatto autenticamente più "grave" e "offensivo" di un altro (specie là dove a tale gravità si accompagnino indici di segno diametralmente opposto, come appunto un bassissimo grado di colpa)[82], come da tempo hanno riconosciuto la dottrina e la giurisprudenza tedesche (ove, pur non mancando letture più "oggettivistiche" dei §§ 153 e 153a *StPO*, in parte analoghe a quelle che si son potute registrare da noi con riferimento all'art. 131-*bis* Cp, ha infine senz'altro prevalso il filone interpretativo "soggettivistico", con ottimi risultati nella prassi).
Nel caso dell'art. 131-*bis* Cp, oltretutto, un'interpretazione volta ad accreditare una sua adesione al modello dell'esiguità analitica si porrebbe in aperta contraddizione con la stessa disciplina che per il resto sembra approntare la disposizione. Infatti, come visto, la medesima risulta astrattamente applicabile a tutti i reati per i quali sia prevista una pena minima non superiore a due anni (in precedenza lo era per tutti quelli che presentavano una pena massima non superiore a cinque anni). Il limite quantitativo di pena sancito, pertanto, dovrebbe comportare l'astratta applicabilità della disposizione anche ad un reato come l'omicidio colposo – punito con la pena della reclusione da sei mesi a cinque anni – in cui il danno, consistente nella perdita di una vita umana, finirebbe invece, a voler leggere in quel modo la non impeccabile formulazione dell'inciso finale del primo comma, per non potersi giammai considerare esiguo.
Inoltre, è anche significativo osservare che il legislatore, là dove ha voluto escludere l'operatività della disposizione lo ha fatto espressamente (l'altro inciso visto in precedenza – che vuole l'inapplicabilità della norma ove si siano verificate la morte o le lesioni gravissime della vittima, come conseguenze non volute di una condotta che crediamo dovrebbe pur sempre apprezzarsi per il fatto di essere illecita e volontaria – non avrebbe alcun senso e risulterebbe perciò del tutto ultroneo, qualora l'interprete fosse davvero chiamato a verificare la sussistenza di un'esiguità contemporaneamente presente sotto tutti i profili indicati)[83].

---

[81] Si tratta della conclusione raggiunta, ad es., da P.F. Poli, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Milano 2022, 229. In sede di primo commento propendeva per questa soluzione anche C. Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Roma 2015, 51. In questo senso si esprime, inoltre, P. Pomanti, *op cit.*, 47.

[82] Del tutto condivisibili ci sembrano, in questo senso, le osservazioni di quanti segnalano come ben possano darsi casi in cui «anche l'omicidio può in concreto essere almeno oggettivamente "esiguo"», come per ipotesi «avviene quando la causazione della morte di un uomo (si pensi soprattutto all'ipotesi colposa) riguardi solo l'avergli abbreviato la vita ad es. di poche ore, con incommensurabile discrasia tra il disvalore d'azione (che potrebbe essere intatto) e il disvalore d'evento» [così M. Donini, *Le tecniche*, cit., 97]. È poi indubbio che in taluni casi altre circostanze possano contribuire a rendere l'autore di una condotta che colposamente abbia dato luogo alla verificazione di un evento oggettivamente grave, non meritevole o bisognoso di pena.

[83] Per considerazioni non dissimili cfr. pure la già menzionata Cass. S.U. 25.2.2016 n. 13681, in *CP* 2016, 2842 ss. Nella stessa si è opportunamente avuto modo di osservare che, «d'altra parte, quando si è voluto evitare che la graduazione del reato espressa in una circostanza aggravante ragguagliata all'entità della lesione sia travolta da elementi di giudizio di segno opposto afferenti agli altri indicatori previsti dalla legge lo si è fatto esplicitamente: l'offesa non può essere ritenuta

Alla luce di queste osservazioni, non ci sembra che all'entità del danno debba darsi un peso così preponderante nel quadro della disposizione e che l'adozione di un modello di esiguità analitica da parte del legislatore possa ritenersi del tutto acclarata. In via ermeneutica, anzi, crediamo di poter ricavare dal complessivo tenore della norma una conclusione ben diversa: è vero, infatti, che l'art. 131-*bis* sembra voler indicare «*le modalità della condotta*» e «*l'esiguità del danno o del pericolo*» come elementi concorrenti per determinare la tenuità dell'offesa, ma poi esso stabilisce in maniera piuttosto chiara che entrambe (si badi bene) debbano essere «*valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma*». Ora, se si tiene a mente che tale ultimo articolo stabilisce che la gravità del reato vada desunta da una valutazione complessiva dei vari indici, tra cui «*il grado della colpa*», possiamo ben affermare che un lieve «*grado della colpa*» (da solo) sia perfettamente in grado di rendere un'offesa, naturalisticamente grave, normativamente tenue. L'uso della congiunzione «*e*», quindi, sta a significare soltanto che la norma impone al giudice di utilizzare tutti i criteri di valutazione normativamente previsti, ma non gli preclude affatto la possibilità di stabilire che il fatto nel suo complesso sia tenue, attribuendo rilevanza assorbente a uno soltanto di essi (come il solo lieve «*grado della colpa*»).
Sembrano del resto queste le conclusioni alle quali sono pervenute pure le Sezioni Unite della Cassazione nella già più volte menzionata sentenza Tushaj, là dove hanno affermato che dalla «connotazione dell'istituto emerge un dato di cruciale rilievo, che deve essere con forza rimarcato: l'esiguità del disvalore è frutto di una valutazione congiunta degli indicatori afferenti alla condotta, al danno ed alla colpevolezza», ma ciò non toglie che «potrà ben accadere che si sia in presenza di elementi di giudizio di segno opposto da soppesare e bilanciare prudentemente», sicché «la valutazione inerente all'entità del danno o del pericolo non è da sola sufficiente a fondare o escludere il giudizio di marginalità del fatto»[84]. Principio di diritto, questo, al quale la giurisprudenza successiva ha inequivocabilmente finito per rifarsi, giacché in talune sentenze più recenti non si è mancato di riconoscere, forse ancor più esplicitamente, che: a) «ai fini dell'applicabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-*bis* c.p., il giudizio sulla tenuità dell'offesa va effettuato con riferimento ai criteri di cui all'art. 133, comma 1, c.p., ma non è necessaria la disamina di tutti gli elementi di valutazione previsti, essendo sufficiente l'indicazione

tenue quando la condotta ha cagionato, quale conseguenza non voluta, lesioni gravissime» (punto 9 del *Considerato in diritto*).

[84] Cfr. ancora Cass. S.U. 25.2.2016 n. 13681, in *CP* 2016, 2842 ss. (punto 9 del *Considerato in diritto*): ciò significa che, nell'ottica delle Sezioni Unite, affinché un fatto possa essere considerato particolarmente tenue, occorre «una equilibrata considerazione di tutte le peculiarità della fattispecie concreta; e non solo di quelle che attengono all'entità dell'aggressione del bene giuridico protetto […] essendo in questione non la conformità al tipo, bensì l'entità del suo complessivo disvalore». In senso adesivo cfr. G. Amarelli, *Particolare tenuità del fatto ed offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli 2017, 404, il quale osserva che «nell'ottica corretta della Cassazione, mentre la valutazione da farsi ai fini dell'art. 49, co. 2 c.p. attiene al piano della tipicità e, segnatamente, a quello del disvalore dell'evento, dipendendo esclusivamente dall'accertamento del ridotto carico di portata lesiva della condotta rispetto al bene giuridico tutelato, il giudizio da condurre ai fini dell'art. 131-*bis* c.p. è molto più articolato ed esteso, incentrandosi tanto sull'apprezzamento a trecentosessanta gradi della particolare tenuità dell'offesa – desumibile cioè da una pluralità di indici-requisiti legati, oltre che al profilo della esiguità del danno o del pericolo, anche al profilo del disvalore della condotta e a quello del grado della colpevolezza –, quanto della non abitualità del comportamento». Ritiene che sarebbe questa la soluzione da abbracciare in chiave di riforma (dal momento che l'A. interpreta assai diversamente la norma dal punto di vista del diritto vigente), invece, A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: una figura sotto assedio*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, I, a cura di M. Catenacci, V. Nino D'Ascola, R. Rampioni, Roma 2021, 590 ss.: «quanto, infine, agli indici di esiguità del fatto, la soluzione da abbracciare ci sembra quella che affiora tra le pieghe dei lavori della Commissione Pisapia. Nella Relazione, nel proporre poi l'opzione sopra richiamata, si dà atto di un indirizzo maturato all'interno di una parte dei componenti della Commissione di considerare in via alternativa i criteri di valutazione della tenuità del fatto. Lì tali criteri erano legati alla tenuità dell'offesa e alle modalità della condotta; ci spingeremmo al riguardo oltre e inseriremmo altresì il grado della colpevolezza. In poche parole, il fatto potrebbe essere di particolare tenuità sia allorché l'offesa sia tenue, sia qualora in tal senso deponesse l'esame delle modalità della condotta, sia infine nel caso in cui il grado della colpevolezza "minimo" consigliasse di non sottoporre a pena quel soggetto».

di quelli ritenuti rilevanti»; b) «ai fini dell'esclusione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto è da ritenersi adeguata la motivazione che dia conto dell'assenza di uno soltanto dei presupposti richiesti dall'art. 131-*bis* ritenuto, evidentemente, decisivo» (non già quindi perché occorra necessariamente la ricorrenza di tutti i requisiti congiuntamente, ma perché una valutazione in termini di "valore" potrebbe portare ad attribuire ad un solo profilo portata assorbente)[85].
L'opzione legislativa a favore di un'esiguità sintetica (con la limitata eccezione della «*non abitualità*», effettivamente imposta – come vedremo – quale ulteriore requisito necessariamente concorrente con gli altri indicati dall'art. 131-*bis* Cp), che crediamo sia ricavabile già interpretativamente dal tessuto della disposizione, verosimilmente, consentirebbe pertanto di valorizzare pienamente, già *de iure condito*, il grado della colpa (in tutte le sue sfaccettature) ai fini del giudizio di non punibilità per particolare tenuità del fatto.
Il fatto poi che il legislatore delegato, con specifico riferimento alla "condotta susseguente al reato", abbia voluto opinare diversamente nella relazione di accompagnamento all'articolato definitivo, non sembra un dato in grado di scalfire la validità di questa conclusione[86]. Anche perché, pure con riferimento alla menzionata aggiunta, se si dovesse davvero riconoscere conformemente agli intendimenti espressi dalla relazione d'accompagnamento all'articolato predisposto dal legislatore delegato che la «condotta post delittuosa non» possa «di per sé rendere tenue un'offesa che tale non è» (ad es. in ragione della gravità delle lesioni), «ma» possa «essere valorizzata» solo «per valutare/confermare la tenuità di un'offesa che già appare tale (ad es., in ragione del carattere lieve o lievissimo delle lesioni»), si dovrebbe parimenti riconoscere la sterilità e la più totale assenza di significato dell'innovazione in tal modo introdotta: a) o il fatto è tenue di per sé, e allora lo sarebbe stato anche se l'agente non avesse riparato alcunché; b) o non lo è, e allora a nulla varrebbe il fatto che il singolo abbia successivamente cercato in tutti i modi di "rimediare" all'offesa arrecata. Una lettura a dir poco paradossale (concepibile solo aderendo ad un'impostazione meramente oggettivistica dell'art 131-*bis* Cp), che vanificherebbe la volontà espressa dal delegante di dare rilievo – un rilievo reale e non di mera "facciata" – alla condotta susseguente al reato nel giudizio di particolare tenuità.
Una lettura – quella menzionata – che, in punto di "riparazione", allontanerebbe oltretutto radicalmente la disciplina della nostra clausola di esiguità da quella proficuamente approntata da altri ordinamenti (come ad es. quello tedesco, dove il fatto che l'agente abbia realizzato delle prestazioni *lato sensu* "riparatorie" consente persino di allargare le maglie di operatività della clausola di esiguità prevista nel § 153 *StPO* a fatti astrattamente più "gravi"). Una soluzione, perciò, che riteniamo dovrebbe essere opportunamente accantonata in via interpretativa, se non si vuol ricadere in una paradossale *interpretatio abrogans* di tale inciso, con verosimile violazione anche del principio generale desumibile dall'art. 1367 Cc, posto che interpretazioni che riconoscano l'inutilità di disposizioni di legge o di talune loro parti – come quella che sembra aver voluto prospettare il

[85] Cfr., rispettivamente, Cass. 24.4.2019, n. 34800, in *RassP* 2019, 55 ss. e Cass. 18.6.2018, n. 34151, in *CEDCass*, m. 273678, entrambe riportate anche da A. Marandola, *La particolare tenuità del fatto*[2], Pisa 2021, 78.
[86] Il legislatore delegato ha invero affermato «che la condotta susseguente al reato acquista rilievo, nella disciplina dell'art. 131 *bis* c.p., non come autonomo (autosufficiente) indice-requisito di tenuità dell'offesa, bensì come ulteriore criterio, accanto a quelli di cui all'art. 133, co. 1 c.p. (natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo e ogni altra modalità dell'azione; gravità del danno o del pericolo; intensità del dolo o della colpa), da impiegare, nell'ambito di un complessivo giudizio, per valutare le modalità della condotta (contemporanea al reato) e l'esiguità del danno o del pericolo. In altri termini, la congiunzione "anche", che apre l'inciso immediatamente successivo al rinvio all'art. 133, co. 1 c.p., sottolinea come la condotta susseguente al reato rilevi, al pari e in aggiunta ai criteri di cui alla citata disposizione codicistica, come criterio di valutazione dell'esiguità del danno o del pericolo e delle modalità della condotta, cioè degli indici o requisiti dai quali, congiuntamente, continua a dipendere la tenuità dell'offesa. Ciò significa che condotte *post delictum*, come quelle riparatorie o ripristinatorie, non potranno di per sé sole rendere l'offesa di particolare tenuità – dando luogo a una esiguità sopravvenuta di un'offesa in precedenza non tenue – ma potranno essere valorizzate nel complessivo giudizio di tenuità dell'offesa, che, dovendo tener conto delle modalità della condotta (contemporanea al reato), ha come necessario e fondamentale termine di relazione il momento della commissione del fatto: la condotta contemporanea al reato e il danno o il pericolo con essa posto in essere» (357 ss.).

legislatore delegato nella relazione d'accompagnamento – non dovrebbero in linea di principio ammettersi nel nostro ordinamento, proprio in forza di quest'ultima norma, che, seppur contenuta nel codice civile, è all'evidenza suscettibile di assumere una portata ben più generale[87].

7. La giurisprudenza di legittimità ha sino ad oggi immancabilmente affermato che l'art. 131-*bis* Cp non potrebbe trovare applicazione in materia di responsabilità da reato degli enti. La causa di non punibilità in esame, infatti, è espressamente e univocamente riferita alla realizzazione di un reato, la cui punibilità viene esclusa là dove si riscontri la particolare tenuità del fatto e la non abitualità del comportamento, mentre la responsabilità dell'ente trova nella realizzazione di un reato (per quanto esiguo lo stesso possa apparire) solamente il proprio presupposto storico, essendo in realtà volta a sanzionare la sua colpa d'organizzazione[88].
Quella che a prima vista potrebbe sembrare soltanto un'ulteriore indebita limitazione aprioristica dell'ambito d'operatività della disposizione, però, finisce per dar luogo, in questo specifico settore, a risultati potenzialmente anche ragionevoli e, in ogni caso, non troppo distanti da quelli che in Francia derivano dal modello d'imputazione differenziato per le persone fisiche e giuridiche che si è inteso adottare, giacché lo stesso ha instaurato una limitazione dell'area della colpa punibile per le prime, ma non già per le seconde, la cui legittimità non è mai stata messa in dubbio dalla giurisprudenza francese[89]. Una soluzione, dunque, che non è affatto detto che debba essere per forza di cose eliminata *de iure condendo* (posto che essa, invece, appare quasi impossibile da superare già *de lege lata*).
Il fatto che si patrocini (come abbiamo inteso fare anche noi) una generalizzata depenalizzazione della colpa lieve per le persone fisiche, del resto, non deve portare a concludere che, necessariamente, sia altresì opportuno venir ad estendere un simile modello d'imputazione anche alle persone giuridiche. Anzi, posto che gli eventi catastrofici si verificano quasi sempre in attività di pertinenza di organizzazioni complesse, si potrebbe in verità persino pensare di conservare una responsabilità delle persone giuridiche pure per i fatti realizzati con una colpa d'organizzazione tutto sommato "lieve" proprio quale soluzione tecnica più adeguata, in grado al contempo: a) di fugare le preoccupazioni di quanti temono che, altrimenti facendo, eventi lesivi di rilevante portata potrebbero finire per restare del tutto impuniti (e ciò potrebbe viceversa incoraggiare l'adozione di forme sempre più estese di non punibilità per colpa lieve di carattere individuale)[90]; b) di disincentivare, almeno in parte, quell'indecorosa "caccia alle streghe" che si è sin troppo spesso dovuta registrare all'interno delle realtà aziendalistiche e imprenditoriali italiane (e non solo)[91]; c) di dar conto della circostanza che determinate condotte delittuose, pur in ipotesi imputabili a colpe individuali lievi, potrebbero spesso risultare usuali nel contesto imprenditoriale e tali, perciò, da richiedere comunque interventi correttivi sul piano organizzativo.

8. Un ulteriore punto merita di essere considerato. Come si sa, dottrina e giurisprudenza hanno sin da

[87] Lo mette in risalto, in particolare, C. Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova 1983, 111, nt. 46, per il quale il principio di conservazione troverebbe applicazione «anche in tema di interpretazione della norma giuridica ed in tema di interpretazione della sentenza e degli atti processuali». Come lo stesso A. ha avuto modo di osservare anche altrove [Id., *Conservazione (principio di)*, in *ED*, IX, 1961, 173], l'art. 1367 Cc, in breve, codificherebbe «un principio che attiene all'essenza stessa dell'ordinamento giuridico». Trattasi d'idea che, comunque, poteva farsi risalire già a S. Pugliatti, *Istituzioni di diritto privato*, III, Milano 1935, 246.
[88] Cfr. per tutte Cass. 10.7.2019, n. 1420, in *www.sistemapenale.it*, 19.2.2020 (con nota di F. Furia, *La Cassazione ribadisce che l'art. 131-bis c.p. non esclude la responsabilità da reato degli enti*). In argomento cfr. però già V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018, 393 ss.
[89] Nella letteratura francese è ritenuto pacifico, invero, che la disciplina introdotta con la c.d. c.d. legge "Fauchon" (art. 121-3, co. 4) non abbia riguardo alle persone giuridiche, che ben potranno esser chiamate a rispondere del reato quale che sia la gravità della colpa ravvisabile in capo ai loro organi o rappresentanti (persone fisiche): X. Pin, *Droit pénal général*[13], Paris 2022, 219, nt. 2; B. Bouloc, *Droit pénal général*[27], Paris 2021, 281 s.
[90] Cfr. sul punto anche le riflessioni di P.F. Poli, *op cit.*, 441 ss.
[91] Cfr. M. Catino, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna 2022, 15 ss., 41 ss.

subito ritenuto inapplicabile al rito minorile l'art. 131-*bis* Cp, facendo leva sull'art. 15 Cp: si è sempre sostenuto, cioè, che la norma vigente per i minorenni, in virtù del suo carattere di specialità, dovesse considerarsi prevalente sulla disposizione generale dell'art. 131-*bis* Cp[92]. In maniera meno agevole, dopo un intenso dibattito giurisprudenziale, si è però giunti ad analoghi risultati interpretativi anche con riferimento alla disciplina di settore riguardante i reati posti sotto la cognizione del giudice di pace[93]. In seguito al recente pronunciamento delle Sezioni Unite sui rapporti tra l'art. 131-*bis* e l'omologo istituto operante per i processi di competenza del giudice di pace, infatti, la prima disposizione sembrerebbe destinata a trovare applicazione soltanto con riferimento ai reati posti sotto la cognizione di quest'ultimo[94]. Le Sezioni Unite, in particolare, sono pervenute a tale conclusione – pur riconoscendo come non potesse darsi tra le due disposizioni un rapporto di "genere" a "specie" *ex* art. 15 Cp – in virtù della ravvisata esistenza di una «autonoma e differente operatività» tra le stesse, tale da poter escludere, ai sensi dell'art. 16 Cp, l'estensione della norma codicistica ai procedimenti pendenti dinanzi al giudice di pace.
Una lettura, questa, che per quanto verosimilmente anche contestabile[95], ha finito per divenire ben presto "diritto vivente", trovando di recente il significativo avallo anche della Corte costituzionale. La Corte costituzionale, infatti, chiamata a pronunciarsi sulla ragionevolezza dell'assetto venutosi a delineare in seguito al pronunciamento delle Sezioni Unite[96], ha avuto modo di osservare – superando alcune posizioni dalla stessa precedentemente espresse[97] – che «l'inapplicabilità dell'art. 131 *bis* cod. pen. ai reati di competenza del giudice di pace predicata da tale pronuncia» dovrebbe reputarsi immune da vizi di legittimità costituzionale, in quanto fondata «non già su sul principio di specialità (art. 15 cod. pen.), ma sulla cosiddetta riserva di codice posta dall'art. 16 cod. pen., che prevede che nelle materie regolate da leggi speciali – e tale è il d. lgs. n. 274 del 2000 – le disposizioni del codice penale – e quindi anche l'art. 131-*bis* – si applicano salvo che non sia stabilito altrimenti». Sicché, per la C. cost., dal momento che «la legge speciale in questione» conterrebbe «già, nel suo complesso, una distinta disciplina della materia», regolamentando «integralmente la fattispecie del fatto di

[92] Cfr. M. Pelissero, *op cit.*, 293, nt. 31. Peraltro, vi è stato anche chi, sempre riconoscendo la specialità della disposizione prevista per i minori, è pervenuto alla conclusione che la norma «prevista dal diritto penale minorile» sia «stata integrata» dalla nuova causa di non punibilità, «poiché trattasi di due fattispecie in rapporto di specialità reciproca» [cfr. F. Mantovani, *Diritto penale*[11], cit., 875].
[93] In senso radicalmente contrario cfr., però, F. Mantovani, *Diritto penale*[11], cit., 874 ss., ritenendo che la disposizione «prevista per i reati di competenza del Giudice di pace» debba ritenersi «tacitamente abrogata» dalla nuova causa di non punibilità, pena altrimenti la compromissione del «principio di eguaglianza», che l'autore ritiene in effetti pregiudicato dalla soluzione accolta dalle Sezioni Unite.
[94] Cfr. Cass. S.U. 22.6.2017, n. 53683, in *CP* 2018, 463 ss. (con nota di M. Gambardella, *Lo "splendido isolamento". Ai reati di competenza del Giudice di pace non si applica l'art. 131-bis c.p.*); in *DPP* 2018, 1021 ss. (con nota di S. Larizza, *Nel rispetto della legalità: le Sezioni Unite negano l'applicabilità dell'art. 131 bis nei procedimenti innanzi al giudice di pace*).
[95] Con puntuali argomentazioni, già M. Gambardella, *Chi ha paura dell'art. 131-bis c.p.?*, in *www.archiviopenale.it*, 3.6.2017, 1 ss., aveva avuto modo di contestare la possibilità di ricostruire i rapporti tra le due norme in termini di specialità, escludendo, perciò, ogni possibilità di venire a far applicazione dell'art. 16 co. 2 Cp. Per la ricostruzione dei rapporti tra le due norme (art. 131-*bis* Cp e art. 34 d.lgs. n. 274/2000) in termini di "interferenza" e non già di specialità, si era già espressa, peraltro, anche M.C. Celotto, *Art. 131-bis e art. 34 d.lgs. 274/2000 a confronto: un rapporto di necessaria compatibilità*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 16.5.2017, 10. Critico sul punto anche A. Di Tullio D'Elisiis, *Applicazione della non punibilità per tenuità del fatto*[2], Santarcangelo di Romagna 2016, 53 ss.
[96] Un assetto in cui, come registra E. Dolcini, *op cit.*, 987, i «due istituti […] coesistono e hanno distinte aree applicative, che riguardano rispettivamente la giustizia penale del giudice di pace e il diritto penale generale», con la significativa conseguenza che laddove «nella sfera di competenza del giudice di pace» si mostri «inapplicabile l'art. 34, ma potrebbe essere applicato – in linea teorica – l'art. 131 *bis* (quando, ad es., il comportamento non sia occasionale, come richiede l'art. 34, ma nemmeno abbia connotati di abitualità, che si opporrebbero all'applicazione dell'art. 131 *bis*), in presenza di tutti gli elementi costitutivi del reato il giudice di pace dovrà comunque pronunciare una sentenza di condanna». Di qui la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 131-*bis* Cp sollevata con riferimento al principio di eguaglianza-ragionevolezza ex art. 3 Cost.
[97] Come rilevava M. Gambardella, *Chi ha paura dell'art. 131-bis c.p.?*, cit., 14 s., che non si configurasse «una relazione di genere a specie tra l'art. 131 *bis* c.p. e l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000» la Corte Costituzionale lo aveva «già detto chiaramente e autorevolmente […] per ben due volte (sent. n. 25 del 2015, ord. n. 46 del 2017)».

particolare tenuità», essa schermerebbe «l'applicabilità, altrimenti operante, dell'art. 131 *bis* cod. pen.»[98].
Alla luce delle predette considerazioni, sembra dunque che l'operatività dell'istituto in parola finisca per lo più per vedersi confinata nel più ristretto alveo dei giudizi ordinari instaurati nei confronti d'imputati maggiorenni (almeno fintanto che non si registri un mutamento d'indirizzo o il legislatore non intervenga a stabilire diversamente). Tuttavia, se con riferimento al rito minorile l'eventuale ritenuta inapplicabilità dell'art. 131-*bis* finisce per dar luogo a risultati tutto sommato accettabili, presentando la disposizione operante in quest'ultimo campo una formulazione per certi versi persino più ampia di quella fatta propria dalla disposizione generale (e quindi virtualità applicative grossomodo corrispondenti, se non addirittura maggiori, rispetto a quelle che abbiamo ritenuto di poter sin qui "distillare" dall'art. 131-*bis* Cp)[99], con riferimento al diverso settore dei reati posti sotto la cognizione del giudice di pace, la predetta soluzione rischierebbe seriamente di porre un irragionevole freno al generalizzato riconoscimento che sarebbe altrimenti possibile accordare alla non punibilità delle colpe "lievi" all'interno del nostro ordinamento, già *de iure condito*, proprio tramite l'art. 131-*bis*.
È noto, infatti, che dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 vengono fornite pressoché esclusivamente interpretazioni volte ad accreditarne lo *status* di disposizione fondata su un giudizio di esiguità "analitica" e non già "sintetica"[100], a differenza di quanto avviene con la disposizione prevista per il rito minorile e di quanto la giurisprudenza prevalente ha ritenuto di poter desumere dall'art. 131-*bis* Cp.
Ciò implica che, qualora non si superasse in qualche modo la limitazione dell'operatività della norma ai soli procedimenti ordinari, ribaltando l'orientamento interpretativo fatto proprio dalle Sezioni Unite e dalla Corte costituzionale, con riferimento a delitti e contravvenzioni colpose di frequente realizzazione (come le lesioni colpose comuni di cui all'art. 590 Cp) il tenue grado della colpa (pur sempre oggetto di apprezzamento) resterebbe il più delle volte (là dove non si dia ricorrenza anche degli altri requisiti: circostanza comunque possibile) insufficiente, ossia non in grado di escludere la responsabilità penale dell'autore anche per fatti di consistenza vieppiù bagatellare.
È questa, perciò, un'ulteriore barriera che crediamo avrebbe dovuto essere opportunamente superata *per tabulas* dal legislatore delegato, e sulla quale non abbiamo ritenuto di doverci sin qui soffermare soltanto poiché, perlomeno, la stessa può esclusivamente estendere o ridurre le virtualità applicative della soluzione qui patrocinata, senza tuttavia frustrarne radicalmente l'impiego. Non è detto,

---

[98] Si tratta delle conclusioni raggiunte da C. cost., 16.5.2019, n. 120, in *RIDPP* 2019, 2180 ss. (con nota critica di E. Turco, *La Consulta sigla l'incompatibilità dell'art. 131 bis c.p. con il microsistema del giudice di pace. Un'occasione mancata per affermare la superiorità dei valori costituzionali sottesi alla disciplina codicistica*).
[99] Tant'è vero che taluni ritengono addirittura che «la genericità» dei presupposti indicati dalla disposizione operante nel rito minorile finirebbe «per affidare ai magistrati un potere di depenalizzazione vago e indeterminato, contrastante con i principi costituzionali» [così, da ultimo, A. Ferrato, *Particolare tenuità del fatto (34 d.lgs. n. 274/2000; 131 bis)*, in *Punibilità e pene*[2], a cura di G. Cocco, E.M. Ambrosetti, Padova 2018, 143, richiamandosi a quanto precedentemente sostenuto già da C.E. Paliero, *op. cit.*, 629].
[100] Così, per tutti: G. Varraso, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, in *Trattato di procedura penale*, XXXVI.2, diretto da G. Ubertis, P. Voena, Milano 2006, 341; G. De Francesco, *L'esiguità dell'illecito penale*, cit., 893; S. Turchetti, *sub Art. 34 d. lgs. 274/2000*, in *Codice penale commentato*[4], III, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, Milano 2015, 2933 ss.; F. Ramacci, *Corso di diritto penale (a cura di R. Guerrini)*[6], Torino 2017, 640; E. Dolcini, *op. cit.*, 987 s. (per la necessaria ricorrenza dei due requisiti del "danno o pericolo esiguo" e del "grado della colpevolezza", assegnando un ruolo di condizione non ineludibile, invece, alla mancanza di «pregiudizio» per le «esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato»); G. De Vero, *op. cit.*, 799; A. Ferrato, *op. cit.*, 142 s. In relazione all'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 anche la giurisprudenza ritiene per lo più che i vari requisiti previsti non siano alternativi, ma concorrenti: Cass. 4.7.2003, n. 36990, in *CP* 2004, 4165. Auspica «per il futuro un'interpretazione orientata a rendere possibile l'applicazione disgiunta degli indici» previsti dalla disposizione, però, P.F. Poli, *op cit.*, 226. Più sfumata, invece, la posizione espressa in C. Fiore, S. Fiore, *Diritto Penale. Parte generale*[6], Torino 2020, 723 s., giacché gli autori paventano il rischio «che in sede applicativa il versante soggettivo del giudizio possa, impropriamente, già prendere il sopravvento in senso sfavorevole all'imputato (o indagato)» (ma allora si dovrebbe ritenere che ciò possa accadere anche in senso favorevole), «determinando una selezione basata pressoché esclusivamente sul "tipo di autore"».

comunque, che anche in mancanza d'interventi espressi volti a sancire l'operatività della norma in esame in materia di reati di competenza del giudice di pace, anche questa limitazione instaurata dalla giurisprudenza non possa finire, comunque, per cadere da sé, venendo cioè autonomamente superata in via interpretativa, in special modo se si guarda alle modifiche che sono state apportate al testo della disposizione dal legislatore delegato della riforma "Cartabia".
Il legislatore delegato, infatti, ha dato rilievo alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa. Questa modifica si mostra indubbiamente in grado di attribuire anche all'art. 131-*bis* una finalità *lato sensu* "conciliativa", tale da poter incrinare almeno in parte la ragionevolezza di quella sua inapplicabilità ai giudizi pendenti innanzi al giudice di pace che era stata così perentoriamente affermata dalle Sezioni Unite, con argomentazioni ritenute non irragionevoli dalla Corte costituzionale.
Per avvedersene, basta esaminare le argomentazioni sulle quali tanto le Sezioni Unite quanto la Corte costituzionale hanno fatto leva per motivare la predetta conclusione. Se le Sezioni Unite, invero, hanno ritenuto di poter riconoscere una specialità rilevante *ex* art. 16 Cp essenzialmente in ragione della peculiare facoltà inibitoria conferita alla persona offesa dall'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, che sarebbe suscettibile d'imprimere all'istituto una finalità riconciliativa assente nell'art. 131-*bis* Cp, anche la Corte costituzionale, pur dando risalto ad una pluralità di differenze riscontrabili tra i due istituti, ha sostanzialmente finito per richiamare con particolare enfasi quella stessa «natura eminentemente "conciliativa" della giurisdizione di pace» che era stata significativamente valorizzata dalle Sezioni Unite e che avrebbe dovuto ritenersi estranea (fino ad oggi) al rito ordinario.
Senonché, se nell'art. 131-*bis* (e nel rito ordinario in generale) s'inizia a dare rilievo anche a tratti di "riparazione" e ad un rapporto dialettico vittima-autore, è evidente che le carte in tavola cambiano radicalmente, giacché le ravvisate differenze tra gli istituti in punto di *ratio* e finalità vanno grandemente assottigliandosi, portando ad un conseguente "assottigliamento" pure dello spessore e del numero delle argomentazioni teoricamente utilizzabili per motivare l'inapplicabilità alternativa delle due disposizioni menzionate dinanzi al giudice di pace.

9. Nonostante la volontà originariamente manifestata dal legislatore delegante fosse quella di operare una ricostruzione del fatto esiguo sulla base di indici attinenti al fatto di reato, senza far riferimento a valutazioni esterne allo stesso (come fanno invece le altre due clausole operanti nei "microsistemi" del giudice di pace e del processo minorile)[101], il Governo, nell'ultima stesura della disposizione dallo stesso approntata nel 2015, ha preferito allargare le "maglie" dell'istituto facendovi rientrare anche considerazioni attinenti alla persona dell'autore. La causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* Cp, infatti, prevede (e continua a contemplare anche a seguito delle più recenti modifiche) la «*non abitualità del comportamento*» quale requisito necessariamente concorrente con gli altri dalla stessa individuati.
Non sono «molti i punti fermi che possono ricavarsi da un'analisi della formula normativa»[102]. Il concetto di "abitualità", in particolare, meno stringente di quello di "occasionalità" (impiegato dal legislatore negli analoghi istituti vigenti nel rito minorile o "di pace"), richiama una categoria non espressamente disciplinata dal codice. Tant'è vero che il legislatore ha sentito il bisogno di specificare espressamente quand'è che questa condizione dovesse ravvisarsi agli effetti della disposizione in esame, affermando che «*il comportamento è abituale nel caso in cui*»: a) *«l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza*»; b) *ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità*»; c) *nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate*».
Ci si confronta, all'evidenza, con una definizione costruita in negativo, che finisce sostanzialmente

[101] In senso favorevole rispetto a tale scelta normativa v. D. Brunelli, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega 2014,* in *LP* 2014, 453.
[102] Cfr. C. Gabrielli, *op. cit.*, 28.

per evocare tre forme di abitualità presunta[103]. Senonché, per quanto caratterizzata da un lodevole intento chiarificatore, tale elencazione, in virtù della sua scarsa chiarezza, ha finito per dar luogo a più grattacapi interpretativi di quanti ne potesse verosimilmente risolvere[104]. In effetti, i dubbi non hanno risparmiato neppure la questione della natura dell'elencazione fornita dal legislatore, portando a chiedersi persino se quello approntato dal co. 3 dell'art. 131-*bis* Cp potesse considerarsi un elenco tassativo e non meramente esemplificativo.

L'unica certezza sembra stare nel fatto che l'esistenza di questo limite applicativo potrebbe portare a rendere inapplicabile l'art. 131-*bis* anche in taluni casi di reati colposi. Invero, sebbene sia impossibile che l'autore di un reato colposo possa essere dichiarato delinquente «*professionale*», «*abituale*» o «*per tendenza*», non è da escludere che egli possa invece non soddisfare i requisiti della non commissione di «*più reati della stessa indole*» e della non realizzazione di «*reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate*» (ossia i requisiti di meno agevole decifrabilità, posto che la «formulazione normativa» appare senz'altro contrassegnata da «sintagmi» che sono «disposti secondo un crescendo di ambiguità»)[105].

Sotto la locuzione «*reati della stessa indole*», invero, potrebbero ricondursi verosimilmente anche i reati colposi. Sicché, la presenza di almeno tre reati colposi posti in essere dal reo (altri due reati della stessa indole, diversi da quello oggetto del procedimento nel quale si chiede l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto), come precisato dalla già richiamata sentenza Tushaj, potrebbe ostacolare l'applicazione dell'art. 131-*bis* Cp[106].

Sempre stando alle precisazioni fornite dalle Sezioni Unite Tushaj, la locuzione reati a condotte «abituali e reiterate» evocherebbe invece, in maniera più diretta, la categoria dei reati (necessariamente ed eventualmente, sia pur a patto che pure in questi ultimi si dia pluralità di condotte) abituali[107], che com'è noto sono da ritenersi astrattamente compatibili anche con una realizzazione colposa[108].

---

[103] Si tratterebbe, più nello specifico, di presunzioni «non vincibili o ponderabili con indici di segno diverso, inerenti al fatto o all'autore», come rileva anche A. Nisco, *Il comportamento abituale come condizione ostativa alla non punibilità del fatto tenue: una rassegna critica*, in *CP* 2019, 895.

[104] In effetti, il co. 3 è stato aggiunto in corso d'opera, a fronte di un progetto che aveva omesso di definire il concetto di "abitualità". L'introduzione mirava a recepire le sollecitazioni provenienti dalla Commissione giustizia della Camera, al fine di ridurre gli spazi di discrezionalità dell'interprete, a vantaggio di una definizione maggiormente univoca del parametro. Le specificazioni sopravvenute, però, non hanno affatto contribuito a dissipare le incertezze [S. Larizza, *La particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali, in Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E.M. Ambrosetti, Torino 2017, 410], finendo anzi «per tradursi, paradossalmente, in una complessiva maggiore indeterminatezza dei presupposti applicativi» della norma [I. Giacona, *op. cit.*, 49], in «una confusa aggiunta posticcia» [C. Gabrielli, *op. cit.*, 37].

[105] Come rileva C. Gabrielli, *op. cit.*, 31.

[106] Sul tema dell'interpretazione dell'inciso in parola cfr. ampiamente C. Gabrielli, *op. cit.*, 32 ss. La Corte ha stabilito in primo luogo che tra i reati da considerare nella valutazione di non abitualità debbano considerarsi anche quelli commessi successivamente a quello per il quale si procede. Le Sezioni Unite hanno poi fatto leva sul fatto che la disposizione parli di «reati» (anziché di «condanne») per concludere che «la pluralità dei reati può concretizzarsi non solo in presenza di condanne irrevocabili, ma anche nel caso in cui gli illeciti si trovino al cospetto del giudice che, dunque, è in grado di valutarne l'esistenza». Sicché vengono "conteggiati" anche i reati non ancora fatti oggetto di una condanna irrevocabile e che sono sottoposti alla cogni-zione dello stesso giudice che procede. Infine, la Corte non ha mancato neppure di precisare che tra i più reati commessi dall'agente debbano "conteggiarsi" pure quelli che sono stati a loro volta singolarmente giudicati come tenui e ritenuti non punibili ai sensi dell'art. 131-*bis* Cp, come si ricava dalla *littera legis*.

[107] Nei reati necessariamente abituali, ossia a quei reati che vengono commessi con condotte omogenee, reiterate nel tempo, sia quando ognuna di esse costituisca reato, sia quando la singola condotta non integri da sola un reato, l'applicabilità dell'art. 131-*bis* risulta senz'altro preclusa. Viceversa, nella discussa categoria dei reati eventualmente abituali, la causa di non punibilità sembrerebbe applicabile – come ormai non manca di riconoscere pure una parte della giurisprudenza – se ci si confronta con casi di abitualità integrati «da una singola condotta, non reiterata nel tempo, che già da sola costituisce un illecito penale» [così V. Bove, *op. cit.*, 196 ss. (con ampia rassegna di giurisprudenza ormai orientata in tal senso); ma già prima sosteneva questa soluzione, in dottrina, G. Amarelli, voce *Particolare tenuità*, in *ED, Annali*, X, 2017, 569].

[108] Cfr. S.D. Messina, G. Spinnato, *Manuale breve di diritto penale*[15], Milano 2020, 232, ove si fa l'esempio «del comandante di una nave che fa mancare, per colpa, i viveri delle persone imbarcate ex art. 1159, 2° comma, cod. nav.»; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*[10], Padova 2017, 547 (per il riferimento anche a «certe contravvenzioni a

Con riguardo poi al concetto di «*condotte plurime*», le Sezioni Unite, una volta esclusa la possibilità di ricondurre tale locuzione a «una mera, sciatta ripetizione di ciò che è stato denominato abituale o reiterato», hanno asserito che «l'unica praticabile soluzione interpretativa» possa considerarsi «quella di ritenere che» con ciò il legislatore abbia inteso far «riferimento a fattispecie concrete nelle quali si sia in presenza di ripetute, distinte condotte implicate nello sviluppo degli accadimenti» (ad es.: un reato di lesioni colpose commesso con violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro, generato dalla mancata adozione di distinte misure di prevenzione). La Corte ha peraltro ritenuto di dover precisare come anche la predetta evenienza storico-fattuale potrebbe inquadrarsi nell'ambito delle «condotte plurime» solo se i comportamenti in concreto implicati "nello sviluppo degli accadimenti" possono dirsi unificati, sul piano soggettivo, da una trascuratezza strutturale rispetto all'obbligo di garantire le condizioni di sicurezza necessarie in ambito lavorativo.
Le limitazioni esaminate, pur criticate da diversi autori[109], risultano a nostro avviso in gran parte consentanee ad un istituto che – come abbiamo cercato di dimostrare – si presterebbe assai efficacemente anche ad escludere la punibilità di chi non abbia agito con colpa grave. Il requisito della "non abitualità" non può invero leggersi come un riflesso della connotazione premiale che a giudizio di alcuni dovrebbe attribuirsi all'istituto[110], ma appare invece funzionale a dar soddisfazione ad esigenze di prevenzione speciale che risulterebbero inevitabilmente pregiudicate qualora all'imputato si garantisse «l'impunità per tutti gli analoghi reati che» egli «dovesse commettere in futuro» (anche per colpa lieve)[111].
La circostanza che il reo sia «autore abituale di illeciti penali, nella misura in cui diviene indice di una serialità di episodi criminosi che [...] mette ripetutamente a rischio i beni giuridici, evidenzia invero una condizione soggettiva non arbitrariamente prevalente sui connotati oggettivi del fatto», che sarebbe sconsigliabile non far oggetto di considerazione alcuna[112].
Alla luce di queste osservazioni, è evidente che chi per avventura si trovasse a commettere almeno tre reati colposi (anche lievi) – se non è il soggetto più sfortunato del mondo – assumerebbe sempre più i tratti della "mina vagante", della «bomba sempre innescata» pronta ad «esplodere contro chiunque»[113]; non già, quindi, le fattezze di un "povero sventurato" indebitamente strumentalizzato dall'ordinamento a fini generalpreventivi, per quanto le sue colpe, singolarmente prese, possano pure tutte apparire caratterizzate da un'entità vieppiù trascurabile.
La sua punizione, perciò, acquisterebbe verosimilmente un suo senso specialpreventivo, confrontandosi il sistema con un soggetto evidentemente non motivabile facilmente ricorrendo soltanto a più blande sanzioni civilistiche e amministrative e, anzi, particolarmente incline alla ricaduta nel reato: in breve, con un delinquente «per indisciplina sociale» o un soggetto comunque più facilmente predisposto «a trasgredire le norme» per «cause psicosomatiche» (come «la carenza

condotta reiterata», depenalizzate o abrogate, come gli artt. 662, 669 e 706 Cp).
[109] Cfr. Ant. Nappi, *op. cit.*, 553, per il quale non «convince, sotto il profilo assiologico, la dimensione soggettivizzante dell'art. 131-*bis*, 3° co., c.p., che – secondo la logica del *Tätertyp* – individua nell'abitualità un elemento ostativo alla concessione del beneficio», giacché «attraverso le ipotesi contemplate da questa disposizione, infatti, si sbilancia la valutazione di tenuità verso il reo, "rinunciando al primato dell'esiguità dell'offesa, quale parametro diagnostico più consono ad un modello liberale di diritto penale del fatto"».
[110] Rinvengono nella scelta dell'ordinamento di «non applicare la pena a fronte di un'accertata responsabilità» una «sorta di ideologia premialista riferibile all'agente», P. Gaeta, A. Macchia, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per "particolare tenuità del fatto*, in *CP* 2015, 2606. Nel senso del carattere «pressoché premiale» dell'istituto cfr. pure C. Taormina, *Procedura penale*, Torino 2015, 221.
[111] Come ha riconosciuto, salvando tale indice-requisito dai sospetti d'incostituzionalità avanzati per presunta violazione degli artt. 3, 25 e 27 Cost., C. cost., 10.10.2017, n. 279, in *DPenCont* 2018, 218 ss. (con nota di G. Ballo, *Particolare tenuità del fatto: la Corte costituzionale salva l'indice-requisito della non abitualità*), quello della «non abitualità del comportamento» è un requisito di per sé funzionale a dar soddisfazione a quelle esigenze di prevenzione speciale che risulterebbero inevitabilmente pregiudicate qualora all'imputato si garantisse «l'impunità per tutti gli analoghi reati che dovesse commettere in futuro».
[112] Cfr. A. Nisco, *op. cit.*, 898. D'altro canto, già C.E. Paliero, *op. cit.*, 753, aveva avuto modo di osservare come «il fatto bagatellare dell'autore non bagatellare» non avrebbe dovuto «sfuggire» ad una qualche forma di «filtro».
[113] Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale*[10], cit., 356.

di intelligenza»), per «fattori caratteriali» («quali l'aggressività, l'asocialità e la tendenza a comportamenti devianti»), o per acquisizione «subculturale» di una inclinazione a tenere «comportamenti […] illeciti»[114], in quanto tale probabilmente bisognoso di un piano rieducativo più incisivo, attuabile soltanto ricorrendo agli strumenti messi in campo dal diritto penale.

[114] Per l'enucleazione di queste categorie criminologiche (alcune delle quali in realtà superate, ma comunque utili in questa sede, a fini descrittivi) si v. F. Mantovani, *Diritto penale*[10], cit., 675 ss.

UNO SGUARDO D'INSIEME SULLA GIUSTIZIA RIPARATIVA

di *Giovannangelo De Francesco*

Lo scritto illustra il significato attuale dell'istituto della Giustizia Riparativa, evidenziandone il carattere fortemente innovativo rispetto ad esperienze anteriori, e ponendone in risalto – con l'occhio rivolto alla recente riforma della giustizia - l'idoneità a conciliare le dinamiche del processo con una maggiore attenzione nei confronti, sia delle vittime del reato, sia dei soggetti raggiunti da un'accusa di rilevanza penale. Inoltre, soffermandosi sulla relazione problematica tra rieducazione e riparazione, esso giunge a valutare positivamente il ruolo della giustizia riparativa rispetto al significato espresso dal principio costituzionale dell'art. 27, 3° comma. L'indagine si conclude con una riflessione – ispirata ai contenuti della riforma – circa i rapporti tra giustizia riparativa e giustizia punitiva, alla luce del loro possibile atteggiarsi, ora in chiave di complementarietà, ora in termini di sussidiarietà, ora, infine, nella prospettiva di una più spiccata autonomia della prima rispetto alla seconda.
The paper illustrates the current meaning of Restorative Justice, highlighting its highly innovative character compared with previous experiences, and pointing out - looking at the recent justice reform - its ability to reconcile the dynamics of the trial with a greater attention to both the victims and the people charged with a criminal offence. Moreover, dwelling on the problematic relationship between re-education and reparation, it takes a positive view of the role of restorative justice with respect to the meaning expressed by the constitutional principle of Art. 27, par. 3. The investigation concludes with a reflection - inspired by the contents of the reform - on the relationship between restorative justice and punitive justice, in the light of their possible attitude, now in terms of complementarity, now in terms of subsidiarity, now, finally, in the perspective of a more marked autonomy of the first compared with the second.

1. La giustizia riparativa – potremmo dire con una battuta che ne esalti la vocazione teleologica – reca in sé l'aspirazione verso un programma volto ad attuare un 'intervento riparativo' della giustizia. Un intervento, a ben guardare, che non si esaurisca nel far fronte ad inconvenienti o manchevolezze rinvenibili qua e là all'interno del sistema, ma che giunga invece a configurare, per l'appunto, un modello dotato di contenuti più radicalmente innovativi, tali da preludere ad un superamento (o, quanto meno, ad un cospicuo ridimensionamento) delle forme e degli schemi tradizionali di esercizio della giurisdizione e delle stesse visioni di fondo in merito alle risposte all'illecito.
Sarebbe certamente impossibile analizzare in questa sede la vasta ed accreditata elaborazione in tema di *restorative justice* che ha caratterizzato le esperienze riformatrici di molti ordinamenti e che ha sempre più sollecitato, anche in virtù dell'impulso crescente da parte delle fonti di provenienza europea e delle decisioni adottate da organismi internazionali, anche le istituzioni del nostro Paese a farsi parte attiva nel promuovere e legittimare un analogo *trend* evolutivo.
Ma non possiamo, tuttavia, esimerci dall' illustrare brevemente le ragioni atte a fondare il riconoscimento di quella 'novità' del fenomeno riparativo alla quale si è fatto cenno poco sopra; e ciò, in primo luogo, al fine di evitare il rischio che dal suo accostamento ad altre esperienze apparentemente analoghe possa risultare alterata la stessa fisionomia di quel progetto (sia pure in parte) 'alternativo' rispetto alle soluzioni già note per il quale siamo chiamati ad impegnarci e a 'batterci', per così dire, in vista di un effettivo 'salto di qualità' nell'attuare i disegni della giustizia.
In particolare, ci preme adesso evidenziare come – al di là delle formule adottate per marcarne le distanze dalla giustizia punitiva – debba essere decisamente respinta l'idea di scorgere nel modello attuale un'intima correlazione con quelle logiche 'compositive' che hanno interessato i rapporti tra vittime e colpevoli nell'ambito di esperienze ormai lontane nel tempo, e fatte talora risalire, addirittura, ad una tradizione di ascendenza millenaria.

A tale riguardo, occorre premettere come possano darsi, almeno in linea tendenziale, due diversi atteggiamenti nel decifrare la storia degli istituti e delle categorie caratterizzanti un determinato ambito disciplinare. Il primo è quello consistente, per l'appunto, nella propensione a cogliere nelle soluzioni attuali il frutto di un processo di progressiva razionalizzazione e 'modernizzazione' di modelli già da tempo riconosciuti; il secondo indirizzo, viceversa, pur ammettendo talora la possibilità di rinvenire alcuni aspetti comuni, sia pure marginali, rispetto alle esperienze trascorse, è interessato ad accentuare i profili di divergenza e di 'distacco' nei confronti di quest'ultime, sì da rendere più nettamente percepibili i mutamenti profondi che hanno investito la materia considerata.
Ebbene, a noi sembra di poter dire come la nostra tematica faccia apparire quanto meno azzardata una chiave di lettura corrispondente a quella suggerita dalla prima impostazione. In effetti, se è pur vero che le vicende della giustizia penale lasciano talora riaffiorare nel corso del tempo alcune idee o paradigmi in funzione di 'archetipi' generali della materia (si pensi al riproporsi delle concezioni della pena come retribuzione o come prevenzione, ovvero dei sistemi di tipo accusatorio o inquisitorio), è altrettanto vero, tuttavia, che, non appena si vada ad approfondire, come appare necessario, l' effettiva dimensione storica dei modelli posti a confronto, non si possa fare a meno di constatare (come accade in maniera emblematica per i fenomeni in esame) ch'essi mostrano non di rado un 'volto' ed una fisionomia – vuoi dal punto vista antropologico, vuoi sotto il profilo etico-sociale, vuoi quanto agli aspetti politico-culturali, per non parlare delle stesse forme dei procedimenti volte a rispecchiarli - tali da rendere estremamente difficile riconoscere connessioni o somiglianze reciproche nel segno di un' apprezzabile linea di 'continuità'.

2. In questa prospettiva, è necessario allora ricordare, entrando finalmente *in medias res*, come, non soltanto l'istituto della vendetta (quale risultava ancora riconosciuto nell' esperienza del Basso Medioevo), ma anche, per l'appunto, il fenomeno delle 'composizioni' volte ad evitare il ricorso a quest'ultima, si traducessero in una 'tutela' della vittima che sarebbe assai discutibile avvicinare alle scelte caratterizzanti le attuali tendenze 'riparative'. Invero, oltre al fatto che – come osservava il massimo criminalista dell' Ottocento (ossia Francesco Carrara) – siffatte composizioni davano, in realtà, "facile adito ai potenti di perseverare", sborsando delle somme per loro del tutto irrisorie, nella "via della violenza e della iniquità", v'è soprattutto da ricordare che lo stesso 'rango' e posizione sociale dell'offeso venivano ad incidere in maniera determinante sui parametri di quantificazione del corrispettivo per il danno arrecato: particolarmente gravosi, laddove si fosse trattato di un nobile, di un ecclesiastico, del titolare di un'industria o dell'esercente determinate professioni, molto più esigui, viceversa, nell'ipotesi in cui la vittima occupasse un gradino inferiore nella scala sociale, ed a maggior ragione qualora versasse in una condizione di schiavitù (con la conseguenza, peraltro, che, in quest'ultimo caso, la somma dovuta spettava di diritto a chi ne fosse il padrone); per non parlare, poi, del criterio fondato sul 'buon nome' della persona che aveva subito l'offesa (tale da condurre, addirittura, alla privazione di qualsiasi ristoro sul piano economico le donne ritenute 'di facili costumi').
Si potrebbe, è vero, facilmente obiettare come il fenomeno delle composizioni richieda pur sempre di venire collocato all'interno del contesto storico nel quale esso abbia avuto modo di manifestarsi. Ma la replica sarebbe altrettanto immediata e perentoria: appunto! Considerato il fatto che le attuali logiche riparative sottendono il riconoscimento di un vero e proprio 'diritto umano', sia a favore dell'offensore, sia, *a fortiori*, nei confronti della vittima dell'illecito, l'idea stessa di ravvisare un significato comune alle esperienze poste a confronto non può non rivelarsi a dir poco irragionevole, se non proprio addirittura paradossale.
D'altronde, anche ammesso – e non concesso – che simili rilievi non giungano a smentire in radice la postulata analogia tra i modelli considerati, resterebbe comunque decisiva la circostanza che quelle antiche composizioni costituivano pur sempre una scelta 'alternativa' rispetto alla vendetta: di modo che, nel momento stesso in cui venivano a sostituirla e a 'surrogarla' – facendo sì che, da potenziali 'vendicatori', la vittima, o chi per lei, assumessero il ruolo di 'creditori' per la somma dovuta – esse giungevano a riaffermarne, al contempo, la (perdurante) legittimità in guisa di un 'diritto' rientrante

tuttora nella disponibilità di chi avesse subito l'offesa. Ed allora – una volta che di un simile diritto sarebbe perfino assurdo continuare a parlare dopo l'assunzione da parte dello Stato del compito di perseguire i reati (e, aggiungiamo, non meno ripugnante alla coscienza di chiunque avverta la profonda inciviltà di una tutela giuridica accordata a quella reazione primordiale) – anche il senso di una 'composizione' intesa come possibile alternativa alla vendetta non può che restarne travolto e definitivamente soppresso e cancellato.

Si è sostenuto, peraltro – ed è questo un ulteriore, e non meno importante, aspetto della questione – come l'archetipo originario di una 'violenza' in funzione 'vendicatrice' avrebbe trovato una successiva 'reincarnazione' nelle stesse istituzioni repressive, dovuta all'affermarsi di un 'monopolio' della forza volto ad interdire ai privati il diritto (e lo stesso dovere) di reagire con la violenza all'offesa ricevuta, ma con effetti, pur tuttavia, persino più penetranti quanto alla condizione di assoggettamento del colpevole all'intervento coercitivo da parte del potere sovrano.

Sarebbe impossibile affrontare in questa sede la tematica smisurata delle vicende storico-politiche collegate all'avvento del potere statale ed ai suoi riverberi sull'assetto in chiave repressiva e 'disciplinare' degli apparati coercitivi. Ma a noi sembra, tuttavia, che la scelta di enfatizzare la visione dei pubblici poteri come 'eredi' e continuatori – sia pur sotto altre vesti e con diversi metodi d'intervento – di una siffatta logica vendicatrice (e non interessa troppo se in funzione 'vicaria' rispetto alla vittima oppure in guisa di *longa manus* del corpo sociale) rischia di lasciare in ombra alcuni aspetti di simili vicende destinati ad assumere una maggiore importanza nell'odierno dibattito sui diversi modelli di 'giustizia'.

Quel che vogliamo dire è che, nella situazione attuale – essendo ormai trascorsi i tempi di una gestione marcatamente 'autoritaria' dello *jus puniendi* – ad assumere un rilievo preponderante è rimasto soprattutto, come si è acutamente notato, il carattere di astratta 'terzietà' insito nel carattere necessariamente pubblico dell' amministrazione della giustizia: un carattere, tuttavia, tale da comportare, insieme ai vantaggi, anche il dato negativo di asseverare un atteggiamento di 'distacco' e di sostanziale indifferenza rispetto alle condizioni, sotto il profilo umano e sociale, proprie delle vittime, così come, *mutatis mutandis*, degli stessi soggetti accusati di un reato.

Quanto alle prime, sono fin troppo noti, per vero, i rischi collegati a quei processi di vittimizzazione secondaria che vedono le persone offese sovente escluse dalla possibilità di far sentire la propria voce nell'ambito del procedimento, e che non è un caso, per l'appunto, abbiano ricevuto soltanto di recente una maggiore attenzione, per quanto insufficiente, volta a porre rimedio alle loro condizioni di particolare debolezza e 'vulnerabilità' (si pensi al novero crescente delle garanzie e dei benefici a loro favore: dalla previsione di strumenti più aggiornati di comunicazione delle notizie inerenti al procedimento, ad una più efficace assistenza durante e dopo il processo, al diritto a percepire più adeguati indennizzi per i danni e le spese ingiustamente subiti). Il che, tuttavia, nonostante il carattere meritorio di simili iniziative, non può far velo alla circostanza che, a ben vedere, è nella stessa conformazione sul piano strutturale del modello pubblico di giustizia la sua incapacità di assumere, per così dire, un atteggiamento di 'umana vicinanza' nei confronti delle vittime, il quale sia realmente in grado di alleviarne l'intima sofferenza ed il profondo senso di smarrimento e di angoscia per il male ricevuto. L'ordinamento giurisdizionale difficilmente può arrivare a tanto; il 'conflitto penalistico', nel suo presentarsi come un fattore di 'lacerazione' dei rapporti interpersonali, e come tale dotato di un carattere perturbante nella stessa sfera psichica ed 'emozionale' della persona offesa (e senza con questo voler sminuire la rilevanza del 'danno' oggettivamente arrecato, che è stato pur sempre il 'responsabile' di simili effetti), non sembra suscettibile di venire sedato in forza dei meccanismi 'regolativi' propri della giustizia 'ufficiale', quale si esprime nelle modalità di esercizio del potere punitivo.

Per quanto riguarda, poi, la persona del (potenziale) colpevole, ci sembra che si sia troppe volte indugiato, con forti accenti polemici – ma, a nostro parere, con scarsi risultati – sulla preferenza verso una declinazione in chiave 'reocentrica' delle scelte in materia di giustizia: con ciò volendosi significare che, pur senza ignorare i difetti di un eccessivo ritualismo e 'formalismo' delle procedure, sarebbe improvvido fare a meno di una visione improntata ad un atteggiamento di particolare 'cura'

ed attenzione nei confronti del giudicabile, sì da evitare, questa volta, che, nel preoccuparsi delle vittime, il sistema possa 'dimenticarsi' delle prerogative e delle garanzie che dovrebbero circondare il destinatario dell'accusa e gli esiti (anche se sfavorevoli) della decisione che lo riguarda.
In realtà, ad una simile opinione sembra mancare la consapevolezza che quelle garanzie fondamentali – che pure vengono sovente richiamate – non simboleggiano, a rigore (e quasi per 'naturale virtù', verrebbe da dire) l'intrinseca 'superiorità' del modello pubblico di giustizia. Esse, in verità, come ben sanno quanti si siano confrontati con l'evoluzione dei sistemi penali, vengono a rivestire, semmai, il ruolo, per certi versi 'antagonistico' o, se si preferisce, 'disfunzionale', di *limitare* le potenzialità di quel modello, di circondarlo di 'freni', di rallentamenti, di intralci rispetto alla sua vocazione a perseguire – per quanto in forza di un potere *super partes* – i destinatari dell'accusa. E non è certo un caso, a ben guardare, che alcuni cultori della materia – inclusi autorevoli esponenti della dottrina processualistica – abbiano ammonito, proprio in tempi recenti, contro il pericolo che, dietro il paradigma dell' obiettività e della 'terzietà' del potere punitivo, la tendenza a celebrarne l'esclusività possa fornire una base di legittimazione a metodi d'intervento sempre più caratterizzati, complice lo stesso spirito dei tempi, dal predominio di un' algida e meccanica efficienza 'tecnocratica' nello scandire i ritmi (e, si direbbe oggi, persino gli 'algoritmi') dell' attività giurisdizionale: dei metodi, così si afferma, i quali finirebbero sovente col far premio su di una 'cultura' della giustizia che, senza pericolosi 'automatismi', a livello sia di indagini che di giudizi, si mostri più attenta, viceversa, a quei profili di carattere personalistico che siano in grado di illuminare il significato delle vicende da cui ha tratto origine il comportamento antisociale.
Anche questa volta, non si può sottacere, tuttavia, come la logica di tipo 'istituzionale' insita nel carattere pubblico della giustizia non sia in grado di soddisfare oltre certi limiti l'esigenza di 'umanizzare' il relativo *modus procedendi*, nel senso di (non poter) pervenire ad una comprensione integrale degli aspetti singolari ed irripetibili del vissuto personale dell'autore; detto altrimenti, l'azione dello Stato non può spingersi al di là di una sia pur relativa 'omologazione' del giudizio da formulare, come tale necessariamente rapportata al 'tipo' di motivazioni ed al 'genere' di esperienze riferibili (anche) agli altri soggetti che vivano in comunità, essendo ben difficile – com'è stato icasticamente osservato - penetrare "nella testa" e nei particolari stati d'animo propri del singolo autore avvalendosi di quello schema di 'ascrizione normativa' del fatto che pure è l'unico mezzo compatibile con i poteri riservati agli organi della giustizia penale.

3. Orbene, è proprio a questo punto che viene allora ad inserirsi il carattere profondamente innovativo dei percorsi e delle stesse finalità perseguite dalla giustizia riparativa. La quale è rivolta appunto ad assicurare un 'contatto interpersonale' tra i soggetti coinvolti nell'illecito, al fine di promuoverne un' interlocuzione, su basi paritarie, avente per scopo (non già un ulteriore indagine circa la natura giuridica della *res iudicanda*, bensì) la conoscenza reciproca delle esperienze di vita, delle particolari condizioni, delle circostanze motivanti – e delle reazioni, più o meno intense e durature – che hanno riguardato la persona dell'Altro, in modo da favorire il raggiungimento di un' intesa idonea a placare il conflitto e a ricostituire (grazie all' esito riparativo) l'equilibrio compromesso. Un' intesa che, grazie alla sua vocazione 'stabilizzatrice' – della sua attitudine, cioè, ad attestare l'intervenuta pacificazione, non solo tra i singoli interessati, ma, come evidenzia anche la recente Riforma, anche nei confronti della comunità (non a caso, suscettibile di venire coinvolta nella soluzione del conflitto) – riveste un importante significato anche sotto il profilo della generalprevenzione nella sua dimensione 'positiva', quale sarebbe auspicabile poter vedere attuata in qualsiasi forma di risposta all'illecito.
Per altro verso, ad evitare l'impressione (da taluno evocata per rimarcarne il carattere 'eccentrico' rispetto al rango penale dell'illecito) che il modello in esame riproduca i caratteri di una sorta di 'transazione' (o trattativa) dal sapore puramente 'privatistico', contribuisce il particolare modo di atteggiarsi dei programmi riparativi. Anzitutto, la stessa figura del mediatore riveste – come risulta comprovato dalla Riforma in esame - un ruolo particolarmente qualificato, il quale presuppone, per vero, oltre ad una spiccata sensibilità nell'indirizzare e guidare il percorso di avvicinamento tra i

soggetti implicati nell'illecito, il rispetto di un dovere di 'imparzialità' nello svolgimento delle funzioni, che, seppure non consente di postularne una coincidenza con la posizione del giudice, si rivela, tuttavia, indispensabile in vista della necessità di garantire quel fondamentale 'equilibrio' nell' apprezzare le conseguenze della vicenda riparativa, da cui dipende la stessa qualità e attendibilità della 'relazione' finale affidata alle valutazioni dell' autorità giudiziaria.
Dal complesso delle scelte emergenti dalla riforma, è dato evincere, in definitiva, una – a nostro avviso, giustificata, tanto più alla luce delle premesse che la ispirano (ossia, quelle fondate su un rapporto di sinergia e di complementarietà) – 'contaminazione' dell' autonomia del processo riparativo con le logiche del rigore e dell'obiettività che gli derivano (anche) dal suo collegarsi ed innestarsi pur sempre nelle dinamiche di sviluppo del procedimento penale: se è concessa una 'traslazione' di significati, potremmo dire che il richiamo normativo all' "equiprossimità" del mediatore - riferito alla relazione con le parti - si lascia apprezzare, altresì, come uno 'star nel mezzo' di questi tra il profilo 'umanistico' insito nel doversi 'calare' nel dramma personale ed esistenziale proprio di quelle, e l'esigenza, per l'appunto, di mostrarsi imparziale nell'esercizio dei propri compiti, quale requisito funzionale (tra l'altro) alla decisione del soggetto che dovrà pronunciarsi, *cognita causa*, sulle conseguenze propriamente 'giuridiche' dell'opera mediatrice.
Riguardo a quest'ultimo (il magistrato, appunto) non pare azzardato affermare, d'altronde, come - pur nello svolgere un compito differente rispetto all'opera del mediatore – egli non possa non 'risentire', come denota la stesso richiamo normativo alla verifica circa lo "svolgimento del programma", di una vicenda gestita al di fuori degli schemi vincolanti propri dell'attività giurisdizionale: una vicenda, sotto questo profilo, in grado di aprirsi ad una 'lettura' che più non si limiti ad una valutazione del fatto nel suo (poter) dar luogo a reato, ma che consista, piuttosto, nel delibare, in linea con l'esigenza di scorgere in esso un 'conflitto' di carattere interpersonale, la portata di un accordo, che (pur nel rispetto di determinate garanzie, non ultima quella di un libero consenso degli interessati) si riveli sufficientemente congruo ed appropriato nell'ottica del perseguimento della finalità riparatoria.

4. Tutto ciò considerato, non ci si può sottrarre, peraltro, ad una riflessione di vitale importanza nell'economia del progetto riformatore, la quale, senza contraddire il quadro finora delineato, si incarichi, nondimeno, di saggiare la portata del nuovo modello di giustizia nell'ottica della sua capacità di assolvere alle esigenze postulate dal fondamentale principio 'rieducativo'.
A tale riguardo, deve registrarsi, presso la dottrina impegnatasi maggiormente nell'analisi del problema, l'esistenza di opinioni non sempre omogenee, ed anzi, il più delle volte, sensibilmente divergenti. Così, mentre da taluni si riconosce nella giustizia riparativa l'attitudine a sviluppare e a 'completare' il disegno costituzionale (*ex* art. 27, 3° comma, Cost.) grazie all'accentuazione del profilo personalistico e della vocazione 'umanistica' e di integrazione sociale del percorso riparativo, non mancano tuttavia (ed anzi, risultano prevalenti) le voci di coloro che contestano, in termini più o meno radicali, la possibilità di avvicinare e di rendere tra loro funzionali le prospettive in cui si muovono rieducazione e riparazione.
Premettendo che è necessario adesso concentrarsi sui fenomeni riparatori specificamente collegati alla *restorative justice*, interessa soprattutto valutare la fondatezza delle opinioni di chi contesta l'attitudine della giustizia riparativa a porsi in sintonia con il progetto rieducativo.
Secondo una prima tendenza, la rieducazione, a differenza della giustizia riparativa, sarebbe in grado, tra l'altro, di porre rimedio a situazioni di particolare emarginazione sociale, in quanto tali bisognose di un 'trattamento' volto a rimuovere i fenomeni di disagio o di precarietà delle condizioni di vita o di lavoro, da cui ha tratto origine il comportamento deviante: là dove, al contrario, la giustizia riparativa sarebbe tale da richiedere quella piena autonomia nel valutare il contenuto del programma, come pure quella concreta possibilità di onorare gli impegni che esso comporta, che avrebbero come 'naturali' destinatari soltanto coloro che fossero in grado di disporre di risorse (sul piano materiale e psicologico) adeguate a sostenere gli oneri derivanti dalla conclusione dell'accordo.

Stando ad un'altra opinione, la 'commistione' tra i due paradigmi or ora richiamati presenterebbe, viceversa, il rischio di richiedere, ai fini del risultato riparativo, una prognosi concreta di 'ravvedimento' e *chances* effettive di miglioramento e di risocializzazione: delle prospettive, insomma, che, pur risultando funzionali alla dimensione propriamente rieducativa, non sarebbero affatto necessarie ai fini del percorso riparativo, né comunque oggetto di accertamento da parte dei soggetti incaricati di valutarlo.
Secondo una terza corrente di pensiero, sarebbe, più in profondità, lo stesso significato espresso dal modello riparativo a risultare svilito e mortificato dal suo accostamento, oltre che ai meccanismi orientati alla deflazione giudiziaria, o alle logiche risarcitorie del danno arrecato, alla stessa finalità, per l'appunto, di attuare un programma rieducativo; invero, la giustizia riparativa mirerebbe, piuttosto, a perseguire una 'rigenerazione esistenziale' dei soggetti interessati, in guisa di elemento strettamente collegato al ripristino di una 'relazione' con l' Altro, il quale ponga fine alla memoria di un accadimento che più non dovrebbe influire sul vissuto interiore di chi ne abbia subito le conseguenze.

5. Nonostante la complessità della questione, non sembra, tuttavia, che simili obiezioni possano davvero impedire il riconoscimento di un rapporto intenso e fecondo tra rieducazione e giustizia riparativa. Quanto alla prima opinione, va ricordato, anzitutto, come gli stessi sostenitori del nuovo modello abbiano talora dubitato circa la sua efficacia nell'ambito di determinate situazioni: e, se è pur vero che un simile rilievo viene solitamente formulato in relazione alle categorie dei reati 'mediabili', niente impedirebbe, tuttavia, di postulare ulteriori limitazioni, ivi comprese quelle su cui fa leva la tendenza in esame. Tutto questo, peraltro, non dovrebbe far dimenticare che l'esito riparativo, in base alla recente riforma (ed alla luce delle stesse esperienze proprie di altri ordinamenti) può atteggiarsi anche in termini c.d. 'simbolici', come tali ipotizzabili, in particolare, anche in quelle forme di "dichiarazioni o scuse formali" o di "accordi relativi alla frequentazioni di persone o luoghi" (per esprimersi con le parole del legislatore), che potrebbero pur sempre rivelarsi compatibili con alcuni dei contesti poc'anzi richiamati.
Vieppiù consistenti si presentano, d'altro canto, i motivi di dissenso nei confronti delle critiche avanzate dalle altre due correnti dottrinali. Qui dovrebbe valere, anzitutto, una ragione di principio: la finalità rieducativa rappresenta un' esigenza immanente alle scelte normative e allo spirito di fondo della nostra Costituzione; e, come tale, essa non può non fungere da fondamentale criterio di orientamento riguardo a qualsiasi forma di risposta all'illecito (e senza voler qui discettare sulla mancanza di un effettivo riscontro della colpevolezza rispetto a questo e ad altri istituti: ché l'argomento non sarebbe in linea con gli stessi indirizzi della Corte costituzionale). Di modo che, la stessa idea di configurare la scelta riparativa come un modello che, sia pur esprimendo un livello particolarmente 'nobile' ed elevato nel modo di rapportarsi al valore intrinseco della persona, non possa risultare funzionale allo scopo rieducativo, verrebbe a tradire la necessità di perseguire *in ogni caso* un progetto riabilitativo teleologicamente efficace. Per non dire poi del fatto (non abbastanza valorizzato) che la scelta riparativa, in base alla stessa Riforma Cartabia, viene ritenuta meritevole della possibilità di farvi ricorso anche nella fase dell'esecuzione penale, alla quale nessuno dubita debba spettare una funzione preminente proprio nell'ottica della finalità rieducativa.
La questione, ad un esame più attento, si rivela, in realtà, profondamente diversa da quella oggetto del presente dibattito: ed emerge, piuttosto, dall'esigenza di concepire la dimensione rieducativa alla stregua degli indirizzi più avanzati espressi dalla moderna penologia. In particolare, gli studiosi più sensibili hanno avvertito come il modello rieducativo, inteso nella sua dimensione tradizionale, non sia giunto ad affrancarsi del tutto da quella insistente presenza 'istituzionale', che, sotto la patina della mitezza e della flessibilità, non sarebbe in grado di attingere quell' intrinseca dimensione 'emancipatrice' dal legame con la colpa, che l'idea rieducativa dovrebbe, viceversa, necessariamente assecondare. In sostanza, il fatto di assumere tuttora i pubblici poteri come 'controparte' privilegiata di tale progetto finirebbe col permeare gli interventi verso il soggetto debole del rapporto di quell' atteggiamento di tipo 'paternalistico' (*hard o soft,* qui poco interessa), al quale corrisponde il più

delle volte un' adesione puramente passiva da parte del destinatario: un'adesione, per l'appunto, assai lontana da quella ben più salda determinazione di rendersi 'parte attiva' a favore della comunità grazie al fatto di impegnarsi, con spirito autenticamente solidale, a forgiare e condividere lo stesso percorso rivolto alla propria 'rieducazione'.
Ebbene, è proprio in quest'ottica che emerge allora in maniera paradigmatica la particolare rilevanza della giustizia riparativa ai fini di una concezione più aperta ed evoluta della stessa dimensione rieducativa. E' opportuno invero ribadire come l'idea portante della mediazione riparativa non possa non essere quella di porre in condizione gli interessati di elaborare un'intesa al di fuori di una direzione 'dall'alto' del percorso da seguire. Ragion per cui, pur non potendo mancare determinate garanzie 'esterne', per così dire, rispetto alla vicenda riparativa (che la stessa Riforma Cartabia ha cura di precisare: qualità essenziali dei programmi, modalità di accesso, libero consenso, riservatezza, valutazione finale, e così via dicendo) resta tuttavia il fatto che l' 'incontro' tra i soggetti non potrà non tradursi in un momento necessariamente 'formativo', 'poietico' delle condizioni dell'accordo preordinato alla soluzione del conflitto: un accordo, in definitiva, tale da far apparire, come si diceva, il progetto rieducativo come un 'bisogno' avvertito (e perseguito) come tale dallo stesso soggetto a cui si riferisce, e che giunga in tal modo a garantire la serietà e l'affidabilità della scelta di impegnarsi in senso conforme alle aspettative della vittima e a quelle dell' intera comunità.

6. Alcune osservazioni finali – non ultime per importanza, tuttavia, nell'ottica di una valutazione ulteriore circa i contenuti della riforma – meritano, a questo punto, di essere dedicate ai rapporti tra la giustizia riparativa e le dinamiche caratterizzanti l'esercizio della giurisdizione penale. Si suole dire in proposito che tali rapporti verrebbero ad esprimersi nella forma di una relazione di 'complementarietà'. Escluso che il nuovo modello venga a 'sostituirsi' integralmente a quello 'tradizionale', escluso altresì che quest' ultimo si ponga in termini 'sussidiarietà' (potendo, cioè, intervenire nei soli casi di insuccesso del programma riparativo, al quale spetterebbe dunque un ruolo 'principale' e necessariamente preliminare), la scelta riparativa verrebbe piuttosto ad atteggiarsi in una dimensione 'parallela' rispetto alla giustizia punitiva, fungendo da strumento offerto agli interessati per poter cogliere, ove lo vogliano, l' opportunità di un accordo in grado di affiancarsi, volta per volta, allo sviluppo dell' *iter* giurisdizionale.
Al proposito, e pur condividendo nella sostanza una simile impostazione, non sembra tuttavia fuori luogo definirne più chiaramente la portata. Si deve osservare, anzitutto, che, se è pur vero che la giustizia riparativa non si colloca in una posizione di preminenza rispetto a quella 'punitiva', non è men vero ch'essa viene ad 'incombere', per così dire, su tutte le fasi del procedimento, potendo condizionare sotto svariati profili le determinazioni che vi ineriscono e gli esiti che ne possano derivare. Essa viene ad 'irradiarsi' - potremmo soggiungere – su tutte le numerose vicende suscettibili di essere arricchite dall' afflato vivificante dello suo potenziale teleologico (dalla querela alla sua remissione, dalla messa alla prova alla sospensione condizionale, dalle circostanze alla commisurazione infraedittale, all' impatto sul regime dell' esecuzione ed in particolare delle misure alternative), facendo sì che le scelte al riguardo possano 'parlare la lingua' della riparazione nella sua specifica dimensione di un risultato raggiunto grazie al dialogo e al 'riconoscimento' reciproco tra i soggetti interessati alla soluzione del conflitto.
Ma v'è di più. La previsione di una 'disciplina organica' della materia particolarmente ampia ed articolata (oltre tutto, riferibile a qualsiasi reato: le critiche al riguardo, anche laddove appaiano ragionevoli, non sembrano intaccare la preferenza per una valutazione caso per caso) fa supporre che il legislatore *minus dixit*, nell'atto di collegare la vicenda riparativa ai singoli sviluppi del procedimento, *quam voluit*, sotto il profilo, cioè, del riconoscimento nel nuovo modello della vocazione a trascendere il ruolo di una 'parentesi', per quanto significativa e funzionale agli scopi; dimostrando in tal modo, a ben guardare, di aver maturato la convinzione secondo la quale l'opzione riparativa dovrebbe acquistare nel tempo una più spiccata autonomia in guisa di modello generale per poter gestire in maniera efficace quel 'conflitto' alla base dell'illecito che (ad onta della diffusa percezione delle sue conseguenze deleterie) la giustizia nelle sue forme 'ordinarie' non sarà mai in

grado di ricomporre, e che dunque suggeriva sin d'ora di venire disciplinato mediante un apparato normativo a sé stante di regole e principi, come tale il più possibile esaustivo e sistematicamente coerente al suo interno: 'organico', appunto.
E' ben chiaro, peraltro, come, non soltanto il più ambizioso scenario or ora ipotizzato, ma la stessa utilizzazione delle possibilità, per nulla trascurabili, offerte dalla recente normativa, potranno ricevere uno sviluppo soddisfacente, soltanto in virtù della predisposizione di risorse volte ad implementare, con impegno costante, le strutture e le competenze necessarie per il funzionamento della giustizia riparativa.
Lo spirito dei tempi non sembra, purtroppo, giustificare una visione ottimistica circa l'effettiva messa in opera di simili interventi. Da un lato, la prospettata curvatura in senso 'giustizialistico' delle risposte al reato, dall'altro la tendenza a puntare sulle garanzie 'interne' al procedimento – quali si desumono dai programmi annunciati dall'attuale maggioranza – spingono verso un prevedibile ridimensionamento delle 'aperture' generosamente operate dagli artefici della riforma.
Quanto al primo profilo, i timori di una simile involuzione non abbisognano, come appare evidente, di un' esplicita motivazione: si può solo aggiungere che, se tali previsioni saranno confermate, il destino della giustizia riparativa finirà col risultare (almeno in parte) condiviso da ulteriori ed importanti innovazioni volte ad mitigare il 'volto' repressivo del sistema (vuoi riguardanti la fase del giudizio, vuoi relative a quella dell'esecuzione), richiedendo anch'esse una 'cura' ed un' attenzione a tutti i livelli che impedisca di relegarle di fatto ad un ruolo secondario e sostanzialmente marginale.
Quanto al secondo aspetto, la preferenza accordata alle garanzie specificamente connesse al procedimento - non ultima quella identificata nella 'tagliola' della prescrizione, di cui viene auspicato un ritorno a tutto campo - non può non apparire come una tendenza dissonante rispetto alla scelta di coltivare il disegno riparativo; il quale, in effetti, mal si concilia con meccanismi destinati a prescindere (sovente, grazie al loro incondizionato 'automatismo', come appunto nel caso dell'estinzione *de plano* della pretesa punitiva) da quella sofferta ed operosa dedizione a favore delle esigenze e dei bisogni dell' Altro, che rappresenta la cifra qualificante dell'impegno richiesto perché tale disegno possa ritenersi adempiuto.
Quelli sinora formulati costituiscono, beninteso, soltanto dei motivi di preoccupazione, e, come tali, non denotano in alcun modo dei convincimenti irremovibili; la speranza, che pure non manca, è che i "mai pensieri" che aleggiano sul futuro della giustizia riparativa possano venire smentiti, e che l'orizzonte dischiuso dalla riforma possa tradursi in soluzioni corrispondenti al profondo anelito di civiltà e di progresso culturale che ispira questa nuova forma di partecipazione solidale agli interessi delle vittime e alle aspettative della comunità.

LE MODIFICHE AL REGIME DI PROCEDIBILITÀ NELLA RIFORMA CARTABIA

di Benedetta Paterra
(*Dottoranda in Diritto Penale, Università di Pisa*)

Il contributo si focalizza sulle modifiche in punto di procedibilità disposte in ottica deflazionistica dalla riforma Cartabia. Una volta contestualizzato l'intervento normativo, lo scritto delinea i criteri direttivi fissati dalla legge delega n. 134/2021, con riguardo ai reati da assoggettare alla procedibilità a querela, per valutarne il recepimento nel d.lgs. n. 150/2022; in seguito, si descrive il nuovo assetto della remissione tacita di querela, che ora contempla un collegamento con la giustizia riparativa; infine, analizzando i riflessi più problematici dell'intervento, si approfondiscono le ricadute sul meccanismo previsto dall'art. 162-*ter* Cp e le questioni di diritto transitorio e intertemporale.
The paper addresses the modifications provided by the Cartabia reform on the prosecution's legal framework in order to deflate the judicial workload. The study begins with a contextualisation of the regulatory intervention, then it proceeds to summarise the guiding principles defined by the enabling act n. 134/2021, concerning the offences to prosecute upon victim's complaint, so as to evaluate their implementation in the legislative decree n. 150/2022; afterwards, it describes the new setup of the tacit withdrawal of the complaint, that now factors in a connection with restorative justice; lastly, through the analysis of the most controversial consequences of this intervention, it discusses the correlation with the mechanism provided by art. 162-*ter* Cp and issues related to transitional and intertemporal law.

SOMMARIO: 1. La c.d. querela-selezione nella riforma Cartabia. - 2. I criteri direttivi previsti dalla legge delega... - 3. …e la loro attuazione. - 3.1. Mutamento del regime di procedibilità nei delitti contro la persona. - 3.2. Innovazioni relative ai delitti contro il patrimonio. - 3.3. Una scelta inedita: l'introduzione della perseguibilità a querela nelle contravvenzioni. 4. Le nuove ipotesi di remissione tacita della querela. - 5. Le ricadute sul modello di riparazione disciplinato dall'art. 162-*ter* Cp. - 6. Questioni di diritto transitorio e diritto intertemporale. - 7. Osservazioni conclusive.

1. Com'è noto, tra gli interventi della c.d. "riforma Cartabia" – l. 27.9.2021 n. 134, attuata con d.lgs. 10.10.2022 n. 150 – acquistano una particolare rilevanza sistematica i mutamenti che interessano l'istituto della querela[1], ovvero la modifica del regime di procedibilità per una serie di reati prima perseguibili *ex officio* e la correlazione tra la remissione tacita di querela e l'innovata disciplina della giustizia riparativa.
Con l'espressa finalità di raggiungere gli obiettivi di efficientamento della giustizia e di accelerazione dei tempi processuali fissati dal P.N.R.R., il legislatore individua nella querela uno degli strumenti più efficaci di deflazione del carico giudiziario.
La "manipolazione" della querela a scopo deflativo non costituisce affatto una novità: già la l. 24.11.1981 n. 689 aveva affiancato all'ampia opera di depenalizzazione in astratto l'estensione del

[1] Già in commento, limitatamente alle modifiche in punto di procedibilità, C. Paonessa, *I nuovi scenari della procedibilità a querela veicolati dalla riforma Cartabia: una prima lettura,* in *www.discrimen.it* 21.11.2022; G.L. Gatta, *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l.n. 199/2022*, in *www.sistemapenale.it* 2.2.2023. Sul tema, con una visione più ampia, v. E. Andolina, *Gli strumenti di deflazione endo-processuale: prospettive applicative a seguito della riforma Cartabia*, in *DPP* 2022; A. Madeo, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflativa comune nella "riforma Cartabia"*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 28.11.2022.

novero dei reati procedibili a querela[2], seguita da riforme successive di portata più limitata[3]. L'antecedente storico-normativo della riforma in commento è, tuttavia, da identificarsi nella l. 23.6.2017 n. 103 (c.d. "riforma Orlando"): o, per meglio dire, l'elevato potenziale dell'impiego della querela in ottica deflazionistica – allora rimasto inespresso (d.lgs. 10.4.2018 n. 36)[4] – è adesso sviluppato nel d.lgs. 150/2022, che recupera – e, in qualche modo, supera – questa chiave di lettura.
Gli ultimi interventi di riforma segnano, dunque, un netto allontanamento dalle funzioni sottese alla condizione di procedibilità in esame nella politica criminale tradizionale: la logica vittimocentrica che riserva al soggetto passivo la scelta di sottoporsi allo *strepitus fori* assume un carattere sempre più residuale, in una sfera circoscritta ai reati sessuali (c.d. «querela-garanzia»), mentre la posizione predominante nel panorama normativo è ormai ricoperta dalla c.d. «querela-opportunità», nella sua accezione di «querela-selezione»[5]. Per disincentivare la punibilità di fatti non supportati da una corrispondente offesa dell'interesse in gioco – e, quindi, in concreto non meritevoli di pena – la celebrazione del processo viene subordinata ad una valutazione di opportunità della parte lesa, ma l'esigenza deflativa appare pragmaticamente «anteposta»[6] alla stessa istanza di selezione dei fatti concretamente offensivi[7] e, perciò, meritevoli di pena.
Tale assunto è confortato dall'indicazione – *ex* art. 1 co. 15 lett. b l. 134/2021 – della possibilità di intervenire sul regime di procedibilità dei reati «nell'ambito di quelli puniti con pena edittale detentiva non superiore *nel minimo* a due anni». Invero, il riferimento ad un minimo edittale pari a due anni esclude, almeno su un piano astratto, la natura bagatellare delle fattispecie incriminatrici oggetto di modifica, denotandone, anzi, le rispettive virtualità offensive.
La direttrice programmatica che sostituisce il principio di obbligatorietà dell'azione penale con le valutazioni della persona offesa esalta la tendenza alla «c.d. "privatizzazione" del conflitto penalistico»[8], in parte anticipata dall'introduzione, con la riforma Orlando, del meccanismo di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162-*ter* Cp.
Nella riforma Cartabia, la valorizzazione dell'"interpersonalità" del reato[9] si esprime anche con la messa a punto di una connessione tra remissione tacita della querela e giustizia riparativa, consistente

[2] Anzi, per gli illeciti depenalizzati l'originaria previsione della perseguibilità a querela aveva costituito quasi il "presagio" di una futura espunzione dal sistema penale: cfr. A. Gargani, *Illecito civile punitivo*, in *ED, Annali X* 2017, 487 ss.; l'A. riprende un'osservazione di F. Palazzo, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *DPP* 2016, 288.
[3] Cfr., ad es., art. 12 l. 25.6.1999 n. 205 che ha introdotto la procedibilità a querela per il furto semplice.
[4] Commentano il regime di procedibilità per come mutato con la riforma Orlando, senza pretese di esaustività, C. Iasevoli, *La procedibilità a querela: verso la dimensione liquida del diritto postmoderno?*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 7.12.2017; M.N. Masullo, *Ampliati gli spazi della procedibilità a querela per i reati che offendono la persona e il patrimonio: valorizzato (adeguatamente) l'interesse privato alla punizione del colpevole?*, in *www.penalecontemporaneo.it* 26.4.2018; A. Gargani, *Riforma Orlando: la modifica del regime di procedibilità per taluni reati*, in *DPP* 2018, 579 ss.; G. Amato, *Uno sforzo di tipo deflattivo a portata limitata*, in *GD* 2018, 21 s.; C. Paonessa, *Le modifiche al regime di procedibilità a querela introdotte dal d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 6.3.2019.
[5] Tale categorizzazione si deve a F. Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano 1993, 12 ss.: l'impiego della querela in funzione garantistica viene originariamente riferito anche ai delitti contro l'onore (in seguito, in gran parte depenalizzati), per il «carattere spiccatamente privato dell'offesa» e per la «tenuità dell'interesse pubblico alla sua repressione». Simili riflessioni sono riprese e aggiornate dall'A. in *Id*., *Querela-selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della deflazione in concreto?*, in *RIDPP* 2019, 473 ss., ove si osserva la crescente importanza assunta dalla c.d. querela-selezione, «intesa a conciliare sinergicamente la superfluità della pena in concreto con il contenimento del sovraccarico giudiziario». In senso critico, cfr. M. Angelini, *La Querela: "strumento" processuale volto a finalità deflative piuttosto che alla tutela della vittima del reato. È questo il traguardo della politica criminale italiana?*, in *AP* 2017, 25, secondo cui, nel generale assetto di contrasto alla c.d. violenza di genere, la procedibilità a querela dei reati sessuali «non appare funzionale ad una tutela reale della vittima».
[6] F. Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 69.
[7] C. Iasevoli, *La procedibilità a querela*, cit., 4 s., sottolinea il ruolo del principio di offensività nella valutazione del fatto di reato inteso quale «accadimento naturalistico […], nelle sue coordinate spazio-temporali, nonché nella modalità di esecuzione».
[8] C. Piergallini, *"Civile" e "penale" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in *RIDPP* 2012, 1318.
[9] Seppure in termini parzialmente difformi, il carattere "interpersonale" dell'illecito penale è approfondito da G.A. De

nell'automatismo per cui, al raggiungimento dell'esito riparativo, consegue l'estinzione del reato. Dunque, l'effetto deflativo si moltiplica: non solo la querela svolge il suo tradizionale ruolo di "filtro" processuale, affidando la selezione del penalmente rilevante alla presunta persona offesa, ma diventa strumentale alla ricomposizione del conflitto tra interessi privati contrastanti, sia nelle forme di cui all'art. 162-*ter* Cp, sia nelle forme conciliative della giustizia riparativa.
Del resto, il *favor* per la ricomposizione del conflitto, contrapposto al dilungarsi del processo e all'irrogazione della sanzione, ben si coniuga con le spinte deflative di fonte eurounitaria.

2. Il testo dell'art. 1 co. 15 lett. a-b l. 134/2021 riproduce per intero i criteri direttivi individuati nella relazione finale varata dalla Commissione Lattanzi sul d.d.l. A.C. 2435[10]: per un verso, «prevedere la procedibilità a querela della persona offesa per il reato di lesioni personali stradali gravi o gravissime previsto dall'art. 590-*bis*, primo comma, del codice penale» e, per altro verso, «prevedere l'estensione del regime di procedibilità a querela di parte a ulteriori specifici reati contro la persona o contro il patrimonio nell'ambito di quelli puniti con pena edittale non superiore nel minimo a due anni», con la precisazione che «ai fini della determinazione della pena detentiva non si tenga conto delle circostanze».
Ad una prima lettura, la formulazione di tali principi non pare affetta dall'ineffettività da cui invece sembrava afflitta la l. 103/2017. Infatti, nella riforma Orlando, sebbene non si prevedessero limiti edittali entro cui intervenire nei delitti contro il patrimonio e, nei reati contro la persona, il limite applicativo fosse una «pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni», erano stati fissati requisiti abbastanza stringenti che imponevano il mantenimento della perseguibilità *ex officio* anche in ipotesi di (astrattamente) scarsa gravità, ovvero l'incapacità della persona offesa dovuta a età o infermità, la sussistenza di circostanze aggravanti ad effetto speciale o delle circostanze speciali *ex* art. 339 Cp e il danno di rilevante gravità nei reati contro il patrimonio.
Ebbene, a fronte della offensività piuttosto esigua di talune di queste ipotesi "eccezionali" ma, soprattutto, in ragione di una plausibile (e satisfattiva) risoluzione del conflitto dalle stesse prodotto in sede extrapenale, è stata reinserita – quale condizione che sottrae il reato alla modifica del regime di procedibilità – soltanto l'incapacità della persona offesa, per età o infermità.
Con la riforma Orlando, è sorto un equivoco circa il significato da attribuire alla "incapacità" e, cioè, se, con tale espressione, debba intendersi una situazione «collegata pur sempre ad una infermità quale effetto diretto della condotta lesiva»[11] ovvero uno stato di infermità preesistente che il soggetto attivo abbia sfruttato per la commissione del reato e che determina il maggior disvalore del fatto. Aderendo alla prima interpretazione – con pieno fraintendimento delle intenzioni del delegante – il d.lgs. 36/2018 non aveva mutato la procedibilità d'ufficio delle lesioni lievi e delle lesioni stradali gravi o gravissime.
In verità, per la modifica dell'art. 590-*bis* Cp, ulteriori "preoccupazioni", espresse nella Relazione illustrativa al d.lgs. 36/2018, derivavano dal «particolare allarme sociale» destato da tale fattispecie, nonché dal breve lasso di tempo trascorso dall'inserimento della disposizione nell'assetto codicistico (con la l. 23.3.2016 n. 41).
La scelta del legislatore, oltre ad aver suscitato diverse perplessità tra i commentatori della riforma[12], è stata vagliata da due pronunce della Corte costituzionale[13]: i giudici, nel 2020, pur riconoscendo al

Francesco, *"Interpersonalità" dell'illecito penale: un 'cuore antico' per le moderne prospettive della tutela*, in *CP* 2015, 854 ss., in cui si propone una valorizzazione del «sostrato personalistico» delle fattispecie di reato, da un lato, per delimitare l'intervento penale a «comportamenti tali da comportare, per mano di terzi, un 'sovvertimento' o una sensibile alterazione» dell'equilibrio dei diritti e dei bisogni del singolo e, dall'altro, nella «'ricostituzione' a posteriori dell'equilibrio compromesso» mediante il ricorso alla giustizia riparativa.

[10] Cfr. *Relazione finale della Commissione Lattanzi*, pubblicata in *www.sistemapenale.it* 25.5.2021.

[11] Relazione illustrativa al d.lgs. 36/2018 (*www.giustizia.it*).

[12] Per una ricostruzione del contrasto, cfr. A. Gargani, *Riforma Orlando*, cit., 589 s., in cui si censura l'interpretazione del legislatore delegato; le stesse perplessità sono espresse da M.N. Masullo, *Ampliati gli spazi della procedibilità a querela per i reati che offendono la persona e il patrimonio*, cit.

[13] Soltanto in via incidentale, v. C. cost., 25.9.2019 n. 223, in *www.cortecostituzionale.it*, con nota di N. Canzian, *La*

governo un certo margine di discrezionalità in fase di attuazione della delega (e quindi concludendo per l'infondatezza delle questioni sollevate), hanno rivolto al legislatore un "invito" a differenziare il regime di procedibilità per le varie ipotesi *ex* art. 590-*bis* Cp, in modo da eliminare, almeno per quelle di cui al co. 1, la perseguibilità d'ufficio. A parere della Corte, le ipotesi base sarebbero caratterizzate «da un minor disvalore sul piano della condotta e sul grado della colpa»: pertanto, «a fronte di condotte consistenti in occasionali disattenzioni, pur se produttive di danni significativi a terzi, potrebbe discutersi dell'opportunità dell'indefettibile celebrazione del processo penale a prescindere dalla volontà della persona offesa, specie laddove a quest'ultima sia stato assicurato l'integrale risarcimento del danno subito».
L'esortazione del giudice delle leggi è confluita nei criteri direttivi della legge delega, i quali contengono una puntuale esplicitazione della necessità di procedere alla modifica del regime di procedibilità delle lesioni personali stradali: il d.d.l. A.C. 2435 restringeva il campo d'intervento alle sole lesioni gravi ma la l. 134/2021 ha recepito il suggerimento della Commissione Lattanzi di estendere il regime anche alle lesioni gravissime, escludendo dall'intervento di modifica i commi successivi al primo. Pertanto, anche dinanzi a un danno permanente, la persona offesa avrebbe l'opportunità di ponderare la scelta se intraprendere o meno la strada dell'accertamento in sede penale, qualora abbia "ottenuto giustizia" con altre modalità.
Il secondo criterio orientativo fissato dal delegante per l'identificazione dei reati da sottoporre alla procedibilità a querela – reati contro la persona o contro il patrimonio in cui la previsione del minimo edittale non superi i due anni – viene arricchito, nella Relazione finale della Commissione, di due possibili esempi di fattispecie incriminatrici da includere nella riforma, gli artt. 582 e 625 Cp. L'esempio delle lesioni e, in specie, delle lesioni lievi, sembra manifestare ancora una volta la chiara intenzione di prendere le distanze dalle ambiguità del legislatore della riforma Orlando in ordine all'interpretazione della nozione di "incapacità". Per altro verso, l'art. 625 Cp (furto aggravato) costituisce un utile modello di sperimentazione della modifica in esame perché le ipotesi aggravate di furto risultano di frequente applicazione nella prassi giudiziaria e incidono su interessi patrimoniali, più facilmente reintegrabili in forma economica.

3. Nell'analisi dei reati interessati dal mutamento del regime di procedibilità, si deve segnalare, in via preliminare, come, anche in punto di attuazione della delega, l'impatto della riforma Cartabia risulti più significativo di quello promesso dalla riforma Orlando, introducendosi la perseguibilità a querela per una serie di reati, taluni di particolare frequenza applicativa, che includono sia delitti contro la persona, sia delitti contro il patrimonio, sia, infine, due contravvenzioni.
Il d.lgs. 150/2022, in linea con la «politica della "deflazione senza depenalizzazione"»[14], conservando formalmente la rilevanza penale delle fattispecie incriminatrici oggetto di modifica, non è intervenuto su «reati bagatellari (in relazione ai quali è logicamente preferibile la depenalizzazione in astratto) [15]» ma su «reati nei cui confronti non viene affatto meno l'esigenza di una tutela penale»[16].
Tutte le fattispecie incriminatrici interessate dalla modifica prevedono che residui la procedibilità d'ufficio quando la persona offesa sia incapace, per età o infermità, in conformità ai criteri della legge delega: l'unica eccezione riguarda l'art. 590-*bis* Cp, ove predetta formula non viene trasposta; pur essendo certamente riconducibile ad una "svista", tale omissione finisce per disattendere le indicazioni dell'art. 1 co. 15 lett. b l. 134/2021.

---

procedibilità d'ufficio per il reato di lesioni stradali gravi o gravissime: l'omissione del legislatore delegato è legittima per la vaghezza della legge di delega, in *RIDPP* 2019, 2213 ss.; la questione è approfondita in C. cost., 4.11.2020 n. 248, in *www.cortecostituzionale.it*, con nota di M. Baroni, *Il reato di lesioni stradali tra procedibilità d'ufficio e a querela: nuovi tentativi costituzionali di collaborazione con il legislatore*, in *RIDPP* 2021, 277 ss.

[14] A. Gargani, *Il diritto penale quale* extrema ratio *tra post-modernità e utopia*, in *RIDPP* 2018, 1495.

[15] Anche se non sempre è preferibile un intervento di depenalizzazione in astratto: v. T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, in *GD* 2016, 76 ss., che evidenzia le sperequazioni economiche che ne deriverebbero a fronte dell'astratta gratuità della presentazione della querela.

[16] F. Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 191.

3.1. Nei delitti contro la persona, il primo intervento concerne l'art. 590-*bis* Cp: considerati gli ammonimenti della Corte costituzionale e il criterio direttivo esplicito dell'art. 1 co. 15 lett. a della legge delega, il governo non poteva esimersi dall'inserire la procedibilità a querela per le lesioni personali stradali gravi o gravissime sanzionate al co. 1; la modifica ha riguardato anche l'ultimo comma della disposizione, ossia l'ipotesi in cui il conducente abbia cagionato lesioni ad una pluralità di soggetti, salvo che ricorrano una o più circostanze aggravanti tra quelle previste dai commi precedenti. Come osservato anche nella Relazione illustrativa, le potenzialità "decongestionanti" della modifica, destinata a «fatti frequentissimi (ricorrenti nel ruolo del giudice monocratico) e talvolta di difficile e complesso accertamento», sono notevoli: una volta che abbia ottenuto il risarcimento del danno, sarebbe poco sensato per la vittima avviare un processo che, con tutta probabilità – ed a patto che l'accertamento abbia avuto un esito positivo –, si risolverebbe nell'applicazione di una pena ineffettiva[17].

Sempre in materia di lesioni personali, viene recepita l'indicazione della Commissione Lattanzi sul mutamento di procedibilità per le lesioni personali *ex* art. 582 Cp, per cui restano procedibili *ex officio* le ipotesi in cui il danno cagionato sia di una tale entità da determinare l'insorgenza di un interesse pubblico alla sua perseguibilità (ad es., lesioni gravi o gravissime), quelle in cui vi sia il rischio che la persona offesa subisca pressioni (ad es., lesioni aggravate dalla violazione della disciplina antinfortunistica) oppure sia incapace. Viceversa, diventano procedibili a querela tutte le lesioni lievi[18], pur se commesse nei confronti di un ascendente o di un discendente oppure contro il coniuge, l'unito civilmente, il convivente o contro uno tra questi soggetti quando il rapporto affettivo sia cessato (art. 577 co. 1 n. 1 e co. 2 Cp). Un'ipotesi, quest'ultima, che, a ben guardare, sembra contraddire la scelta "ipergarantista" (in senso vittimocentrico) attuata dal legislatore della Cartabia in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto[19], ove si è optato per l'esclusione aprioristica dell'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* Cp a tutti i reati riconducibili alla Convenzione di Istanbul, in materia di contrasto alla violenza di genere.

La medesima aporia deve riscontrarsi per un ulteriore gruppo di reati contro la persona interessato dalla modifica, ossia per i delitti contro la libertà personale e morale (artt. 605, 610 e 612 Cp), i quali, pur non costituendo manifestazioni "tipiche" del fenomeno della violenza domestica, potrebbero comunque esprimere una situazione di disequilibrio relazionale[20]: in siffatte realtà, il condizionamento avvertito dal soggetto vessato potrebbe influenzare la sua volontà nella scelta se presentare o meno la querela[21].

Il regime di procedibilità a querela viene esteso al sequestro di persona semplice *ex* art. 605 co. 1 Cp, in quanto, stante un minimo edittale di pena detentiva pari a sei mesi, la giurisprudenza ritiene tale fattispecie configurabile anche a fronte di privazioni della libertà personale che durano pochi minuti, in spregio del principio di offensività: con l'intervento, dunque, il legislatore aspira a sottrarre alla cognizione del giudice penale fatti bagatellari e qualificati da un disvalore assai tenue.

Per il delitto di violenza privata, residua la perseguibilità d'ufficio nei casi in cui ricorrano le aggravanti di cui all'art. 339 Cp, che conferiscono all'interesse tutelato dalla fattispecie base una

[17] *Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022*, cit., 329.

[18] Il mutamento determina un allargamento delle competenze del giudice di pace ai sensi dell'art. 4 co. 1 lett. a d.lgs. 28.8.2000 n. 274 che devolve a tale autorità tutte le «lesioni personali perseguibili a querela di parte» (v. *Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022*, cit., 332).

[19] Sul punto, invero, non si può che concordare con quanto rilevato da M. Dova, *La riforma della particolare tenuità del fatto*, in occasione del Convegno "Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura" (seconda giornata) presso l'Università di Ferrara e disponibile su *www.radioradicale.it*.

[20] In questo caso, però, la riforma Cartabia non ha previsto neppure l'esclusione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* Cp: per un approfondimento della questione, si rimanda al commento di S. Riccardi, in corso di pubblicazione su questa rivista.

[21] In generale, osserva T. Padovani, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti*, in *GD* 2022, 8 ss., il rischio è di «ostacolare la persecuzione di un reato scaturito da un conflitto interpersonale, la cui stessa persistenza può impedire la proposizione della querela».

diversa connotazione, in quanto collocati in una dimensione collettiva, che esula dall'area di intervento selezionata nella riforma (beni di natura individuale). Con la previsione della procedibilità a querela dell'art. 610 Cp, la legge Cartabia supera le resistenze che si erano registrate nella riforma precedente, ove si era esclusa espressamente tale forma di procedibilità per la violenza privata.
Lo stesso può dirsi per l'ampliamento delle ipotesi di minaccia procedibili a querela: pur mantenendo la procedibilità d'ufficio quando il delitto sia stato commesso con una delle modalità previste dall'art. 339 Cp, viene ulteriormente estesa la perseguibilità a querela della minaccia "grave" (introdotta con il d.lgs. 36/2018), eccettuando la recidiva tra le circostanze aggravanti ad effetto speciale che, di norma, fanno scattare la perseguibilità *ex officio*. In seguito al duplice intervento sugli artt. 612 co. 3 e 623-*ter* Cp, continuano ad essere sottoposte al precedente regime le minacce in cui la "gravità" concorra con una circostanza aggravante ad effetto speciale, purché diversa dalla recidiva, la cui ricorrenza potrebbe risultare anche ignota alla persona offesa che, comunque, non subisce una lesione più grave per il solo fatto che chi la commette integri i presupposti dell'art. 99 Cp.
È resa procedibile a querela, infine, la violazione di domicilio commessa con violenza sulle cose (art. 614 Cp): nella Relazione illustrativa, infatti, si sostiene che, in queste ipotesi, «la condotta present[i] indubbiamente una minore offensività e disvalore rispetto a quelle realizzate con violenza alla persona o con armi»[22]. Tuttavia, sebbene tale osservazione sia, in linea generale, del tutto condivisibile, pare quantomeno opinabile la scelta di far discendere dalla stessa soltanto una modifica in punto di procedibilità, potendosi ragionare, *de iure condendo*, anche dell'opportunità di una diversificazione della cornice edittale che corrisponda al maggior disvalore riconosciuto al fatto quando sia commesso con violenza sulle persone o con l'impiego di armi.

3.2. In relazione ai delitti contro il patrimonio, il suggerimento della Commissione Lattanzi di modificare la procedibilità per il furto aggravato non è rimasto inascoltato, per cui il delitto resta perseguibile *ex officio* al ricorrere di due sole tra le circostanze previste dall'art. 625 Cp, nn. 7 e 7-*bis*, con la puntualizzazione, relativa alle ipotesi di cui al n. 7, che occorrerà invece la querela qualora il fatto sia commesso su cose esposte alla fede pubblica per necessità, consuetudine o destinazione (ad es. una bicicletta parcheggiata su una via pubblica oppure dei prodotti al supermercato).
La mancata previsione della perseguibilità a querela in presenza di aggravanti che coinvolgono interessi sovraindividuali risulta coerente con la *ratio* dell'intervento – limitato a reati che incidano su beni personali; a titolo esemplificativo, si consideri che, a fronte della medesima cornice edittale, la variazione che ha interessato la violazione di domicilio commessa con violenza sulle cose è stata coerentemente estesa anche al furto commesso con violenza sulle cose o con l'utilizzo di un mezzo fraudolento (art. 625 co. 1 n. 2 Cp).
La riforma della disciplina del reato di furto si conclude con un intervento di coordinamento, ossia la modifica della rubrica dell'art. 626 Cp da «Furti punibili a querela dell'offeso» a «Furti minori», posto che, dal rappresentare un'eccezione, la procedibilità a querela del furto finisce per diventare la regola[23].
Inoltre, viene prevista la procedibilità a querela per la turbativa violenta del possesso di cose immobili (art. 634 Cp) e per il danneggiamento (art. 635 Cp): nel primo reato, la procedibilità *ex officio* residua – come, del resto, per ogni delitto oggetto di modifica – nel caso in cui la persona offesa sia incapace per età o infermità; l'intervento sull'art. 635 Cp attiene invece al solo co. 1, salvo che sia commesso in concorso con il delitto di interruzione di pubblico servizio di cui all'art. 331 Cp, sempre perché, in questo caso, così come nelle ipotesi successive al co. 1 dell'art. 635 Cp, entrano in gioco interessi riconducibili alla sfera pubblica.
Da ultimo, si opta per la procedibilità a querela del furto, della frode informatica, della truffa e dell'appropriazione indebita, in caso di «danno patrimoniale di rilevante gravità», sulla scorta del generalizzato *favor* per la riparazione in termini economici, affatto complicata dall'entità del danno

[22] *Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022*, cit., 334 s.
[23] C. Paonessa, *I nuovi scenari della procedibilità a querela veicolati dalla riforma Cartabia*, cit., 13.

subito: in particolare, se, per il furto, si interviene direttamente sull'art. 624 ult. co. Cp, eliminando il riferimento all'art. 61 n. 7 Cp, per gli altri tre delitti viene modificato l'art. 649-*bis* Cp nella parte in cui prevede la procedibilità d'ufficio al ricorrere di questa aggravante; inoltre, la stessa disposizione è rettificata con l'esclusione della recidiva dalle circostanze aggravanti ad effetto speciale che determinano la perseguibilità d'ufficio dei tre delitti, in conformità a quanto dettato per la minaccia "grave" nei delitti contro la persona.
In ragione della alquanto agevole monetizzazione delle offese connesse ai delitti contro il patrimonio e della loro imponente presenza nelle aule giudiziarie, è probabile che, se l'attuale riforma otterrà gli effetti deflazionistici sperati, interventi futuribili in tema di procedibilità restringeranno ulteriormente il campo della perseguibilità *ex officio* all'interno di questa categoria di reati.

3.3. A conclusione dell'opera di ammodernamento, il legislatore delegato prevede la procedibilità a querela per due contravvenzioni, rimanendo nei limiti fissati dalla legge delega che richiedeva un intervento rivolto ai «reati» e non ai soli delitti.
La scelta è sicuramente inedita, in quanto, fino a questo momento, l'idea della «estraneità ad esse di un interesse privato offeso» impediva di mutarne il regime di procedibilità nonostante il rilievo del carattere puramente «tendenziale» di questa supposta incompatibilità[24].
Proprio raccogliendo le osservazioni di questa dottrina, la riforma Cartabia prevede la procedibilità a querela dell'art. 659 co. 1 Cp (Disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone), ad eccezione delle ipotesi di disturbo di spettacoli, ritrovi o trattenimenti pubblici, in cui, di nuovo, la concomitanza di un interesse pubblico impedisce di rimettere l'azione penale alla volontà del privato.
Inoltre, è resa procedibile a querela la contravvenzione di cui all'art. 660 Cp (Molestia o disturbo alle persone), in considerazione del richiamo, operato nella predetta disposizione, ad una persona determinata («taluno»), quale titolare dell'interesse offeso[25].
L'inserimento di tali modifiche comporta l'insorgere della necessità di un coordinamento con le disposizioni generali in tema di querela, da sempre normativamente riferite ai soli delitti: l'art. 120 Cp non presenta problemi di adeguamento, in quanto già attribuisce il diritto di querela ad «ogni persona offesa da un reato»; l'art. 152 Cp, in materia di remissione, è invece corretto, con il d.lgs. 150/2022, per escludere qualsiasi dubbio interpretativo circa l'operatività dell'istituto in caso di contravvenzioni, per cui al posto di «delitti» si inserisce la parola «reati».
Il mutamento della procedibilità nelle contravvenzioni modifica così l'impostazione originaria e stringente del codice Rocco con riguardo a quelle in cui possa individuarsi un destinatario della condotta che abbia subito l'offesa. In effetti, un conflitto "interpersonale" sembra ricorrere abbastanza spesso anche nella casistica in materia di getto pericoloso di cose (art. 674 Cp): è vero che l'interesse tutelato è la pubblica incolumità, ma – non di rado – la fattispecie è applicata a fronte di controversie condominiali o di vicinato che, in concreto, ben si sposano con il criterio adottato dalla riforma nella selezione dei reati da sottoporre alla procedibilità a querela (che, pertanto, sarebbe da escludere nel caso in cui il "getto" abbia interessato un luogo di pubblico transito).
Al contempo, però, occorre segnalare che taluni indicatori inducono a dubitare della reale efficacia deflativa di una trasformazione del regime di procedibilità nelle contravvenzioni appena menzionate: infatti, da un lato, nella prassi, le ipotesi contravvenzionali che coinvolgono interessi privati sono quasi sempre portate a conoscenza delle autorità su impulso di parte; in più, il d.lgs. 150/2022 non pare tener conto della presenza, nell'ambito del Libro III, della causa di estinzione del reato mediante oblazione (art. 162-*bis* Cp), che garantisce all'imputato una più agevole estinzione del reato perché, a differenza delle condotte riparatorie dell'art. 162-*ter* Cp, non contempla l'interazione con la persona offesa[26].

[24] F. Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 205.
[25] *Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022*, cit., 341. In senso contrario, pur se incidentalmente, si era espressa la Corte costituzionale (ord. C. cost. 19.11.2008 n. 392, in *www.cortecostituzionale.it*).
[26] Così anche C. Paonessa, *I nuovi scenari della procedibilità a querela veicolati dalla riforma Cartabia*, cit., 6.

4. Dopo aver vagliato il "merito" delle scelte legislative (e, cioè, verificato in che misura siano stati recepiti i criteri della l. 134/2021 nella selezione dei reati su cui intervenire), è necessario dar conto di alcuni[27] risvolti *lato sensu* processuali originati da una riforma in cui appaiono più che mai sfumati i confini tra il diritto penale sostanziale e il diritto processuale[28], avuto riguardo ad un istituto – la querela – la cui natura, sostanziale, processuale o mista, è discussa da oltre un secolo[29].
La riforma Cartabia introduce all'art. 152 Cp due nuove ipotesi di remissione tacita di querela: la prima ricorre «quando il querelante, senza giustificato motivo, non compare all'udienza alla quale è stato citato in qualità di testimone»[30]. Si presume, pertanto, che questo fatto sia incompatibile con la volontà di punire il soggetto querelato, indicando espressamente un'ipotesi speciale dell'art. 152 co. 2 Cp.
La seconda ipotesi introduce un'inedita connessione tra la remissione della querela e la disciplina organica della giustizia riparativa: essa viene in rilievo quando il querelante abbia partecipato ad un programma di giustizia riparativa conclusosi con un esito riparativo e sempre che gli impegni comportamentali eventualmente assunti dall'imputato siano stati rispettati[31].
Perciò, se la vittima del reato e la persona indicata come autore dell'offesa partecipano – in maniera libera, consensuale, attiva e volontaria – ad un programma di giustizia riparativa che consente la «risoluzione delle questioni derivanti dal reato» con la predisposizione di un accordo, «volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti» (art. 42 co. 1 lett. e d.lgs. 150/2022), il processo eventualmente instaurato si conclude con sentenza di non doversi procedere.
In questa seconda ipotesi, il giudice, una volta valutata in senso positivo la richiesta dell'imputato di partecipare al programma, ai sensi del nuovo art. 129-*bis* Cpp, potrà disporre con ordinanza la sospensione del procedimento (e del termine di prescrizione) per un periodo non superiore a centottanta giorni[32].
In effetti, la possibilità di concludere un conflitto "interpersonale" instaurato in sede penale in seguito alla presentazione della querela con un momento di «dialogo e di intesa reciproca»[33] rappresenta la

[27] Di carattere prettamente processuale sono le modifiche relative agli artt. 153-*bis*, 90-*bis* Cpp e 142 disp. att. Cpp. Il primo e il secondo riguardano l'introduzione dell'obbligo per il querelante di eleggere domicilio direttamente con l'atto di querela, con la previsione che di tale obbligo la stessa sia informata al primo contatto con l'autorità procedente; inoltre, tra le informazioni alla persona offesa, così come nell'atto di citazione del testimone-querelante, si stabilisce che sia avvisata la persona offesa del fatto che la mancata comparizione all'udienza in cui è citata comporti remissione tacita di querela.
[28] Come osserva M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *PD* 2021, 591 ss., in questo «intreccio tra diritto sostanziale e processo», «è tutto il sanzionatorio che è stato un po' concepito o in chiave "deflativa" rispetto al carcere o al giudizio, o comunque in chiave "definitoria" e "risolutoria" dei conflitti».
[29] Per una ricostruzione, seppur risalente, del dibattito, v. U. Dinacci, *Querela*, in *ED*, XXXVIII, 1987, 43 ss., che accoglie la teoria processualista, respingendo invece la c.d. teoria mista, attualmente più accreditata.
[30] L'esigenza di decongestione del sistema induce il legislatore alla previsione di un automatismo che, pur riducendo le garanzie del querelante, consente di evitare il dispendioso passaggio della notifica personale che lo avvisa sulle conseguenze della mancata comparizione (cfr. *Relazione finale della Commissione Lattanzi*, cit., 44); la disposizione non si applica, però, in caso di persona offesa minorenne, incapace o in condizione di particolare vulnerabilità né nel caso in cui la querela sia stata presentata da un soggetto diverso dalla persona offesa in adempimento di un dovere pubblicistico (ad es., l'esercente la responsabilità genitoriale o il tutore): v. *Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022*, pubblicata in *www.sistemapenale.it* 10.8.2022.
[31] Come rilevato da C. Paonessa, *I nuovi scenari della procedibilità a querela veicolati dalla riforma Cartabia*, cit., 16 s., non è chiarito né dalla disciplina né nella Relazione illustrativa cosa accada in caso di mancato raggiungimento dell'esito riparativo perché, per quanto astrattamente si possa affermare che ciò non possa produrre effetti sfavorevoli per la persona indicata come autore dell'offesa (art. 58 co. 2 d.lgs. 150/2022), «risulta difficile poter dire che esse non denotino un punto di maggior forza del querelante nella vicenda processuale».
[32] Per esigenze di trattazione, non ci si può qui soffermare sulle ricadute dell'inserimento nel Cpp di una disciplina organica della giustizia riparativa, per cui si rimanda al commento di E. Venafro, in uscita su questa rivista.
[33] G.A. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in *www.lalegislazionepenale.eu*

manifestazione "ideale" di una (auspicabilmente) "virtuosa" correlazione tra esigenze deflative e logica conciliativa.
Gli effetti deflativi sono garantiti quando l'accesso al programma di giustizia riparativa avvenga prima che la condizione di procedibilità sia venuta ad esistenza, come stabilito dall'art. 44 co. 3 d.lgs. 150/2022 per i delitti perseguibili a querela: infatti, se il programma si conclude in senso positivo, l'esito riparativo consente di scongiurare del tutto l'avvio di un procedimento penale.
L'unico ostacolo al perseguimento dell'obiettivo di accelerazione dei tempi processuali può essere costituito dall'incertezza circa la durata del percorso riparativo: i suoi confini temporali – per i reati procedibili a querela soggetta a remissione – sono tracciati dal termine massimo di sospensione fissato dall'art. 129-*bis* co. 4 Cpp, ma non è affatto scontato che lo svolgimento del programma sia contenuto entro questi confini poiché i tempi della giustizia riparativa non risultano predeterminabili[34]. Anzi, si stabilisce un termine massimo pari a centottanta giorni proprio per raccordare l'esigenza deflativa con gli scopi conciliativi della giustizia riparativa[35].
Pertanto, come l'accesso alla giustizia riparativa può essere disposto in ogni stato e grado del procedimento (art. 129-*bis* co. 1 Cpp), la remissione, anche tacita, della querela può produrre l'estinzione del reato fino alla sentenza di condanna definitiva: è chiaro che alla maggiore repentinità con cui si perviene all'esito riparativo è associato un miglior soddisfacimento delle finalità politico-criminali della riforma.

5. All'estensione dei reati procedibili a querela corrisponde – come si è già accennato – l'ampliamento dell'operatività del meccanismo di cui all'art. 162-*ter* Cp (introdotto con la l. 103/2017), nel cui ambito di applicazione rientrano i «casi di procedibilità a querela soggetta a remissione». Per inciso, la l. 134/2021 non ha recepito una ipotesi di modifica contenuta nella relazione finale della Commissione Lattanzi – che, in ogni caso, aveva un carattere meramente indicativo – relativa alla possibilità di estendere l'art. 162-*ter* Cp anche ai reati procedibili a querela non soggetta a remissione[36], con l'aggiunta del requisito del «consenso della persona offesa, adeguatamente valutato dal giudice»[37]: sul punto, è evidente come il legislatore intenda mantenersi coerente rispetto all'emendamento inserito nel 2017 al co. 4, allo scopo di scongiurare esiti riparatori a fronte di condotte che ancora suscitano un elevato allarme sociale[38].
Una delle ragioni connesse al mutamento del regime di procedibilità di reati attuato con la riforma Cartabia è da rinvenirsi proprio nell'esigenza di conferire una maggiore efficacia all'art. 162-*ter* Cp[39], finora scarsamente applicato anche alla luce del numero esiguo di fattispecie ad esso riconducibili.
L'obiettivo "decongestionante" perseguito dalla riforma passa anche dal rinvigorimento del sostrato applicativo della disposizione, che consente l'estinzione del reato quando l'imputato abbia riparato interamente il danno cagionato dal reato[40]. Nel dettaglio, se l'imputato ha eliminato, per quanto

1.6.2021, 9.
[34] A. Presutti, *Aspettative e ambizioni del paradigma riparativo codificato*, in *www.sistemapenale.it* 14.11.2022.
[35] Come precisa anche la *Relazione 5.1.2023 n. 2 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, in *www.cortedicassazione.it*, 323 s., la sospensione di cui all'art. 129-*bis* co. 4 Cpp si applica soltanto ai reati procedibili a querela soggetta a remissione, rappresentando uno dei rari momenti di incontro, nella nuova disciplina, tra il processo penale e la giustizia riparativa: «ciò conferma la natura incidentale del procedimento di applicazione della giustizia riparativa rispetto al procedimento/processo penale, in linea con la connotazione che gli è propria, ossia di una forma di giustizia che non sostituisce né si pone in alternativa alla giustizia penale, ma che si affianca ad essa».
[36] Questo profilo è evidenziato da V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 15.6.2021, 8 s.
[37] *Relazione finale della Commissione Lattanzi*, cit., 44 s.
[38] Sulla modifica, v. C. Perini, *Primi ripensamenti del legislatore sull'art. 162*-ter *Cp: la conferma di una norma con valenza simbolica*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 8.1.2018, 1 ss.
[39] *Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022*, cit., 331.
[40] In generale, sul ricorso a meccanismi ricompositivi orientati al risarcimento del danno quale rimedio alla "panpenalizzazione", cfr. M. Romano, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *RIDPP* 1993, 882: «ogni previsione di una possibile conclusione definitiva di una vicenda penale mediante una semplice monetizzazione a vantaggio del solo danneggiato e/o con una trattativa personale con lui è un sicuro indizio della non

possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato con la restituzione o il risarcimento, il giudice, con l'accordo della persona offesa, dichiara estinto il reato: tuttavia – e questo costituisce uno dei profili più discussi della norma[41] –, se la persona offesa decide di rifiutare l'offerta, il giudice può comunque dichiarare l'estinzione del reato quando ritenga congrua la somma proposta dall'imputato a titolo di risarcimento, in base al parametro civilistico dell'offerta reale di cui agli artt. 1208 ss. Cc.

Come già si è evidenziato in dottrina[42], la sovrapposizione tra l'art. 162-*ter* Cp e la remissione di querela costituisce un problema soltanto apparente, nella misura in cui il campo d'intervento di questa causa di estinzione è circoscritto alle ipotesi in cui la persona offesa non abbia accettato il risarcimento del danno proposto in sede extrapenale per rimettere la querela perché, in tal caso, in base al meccanismo dell'art. 162-*ter* Cp, il giudice potrà prescindere dall'eventuale dissenso della vittima imponendole di adeguarsi all'accordo.

Il punto centrale, dunque, è capire come l'ultimo intervento normativo possa incidere sul "modello di privatizzazione" previsto all'art. 162-*ter* Cp, ovvero se, ad un primo sguardo, emergano possibili contraddizioni tra predetta norma e le nuove fattispecie incriminatrici rese perseguibili a querela.

Infatti, l'ulteriore esclusione della procedibilità *ex officio* per i delitti contro il patrimonio sopra elencati pare, tutto sommato, in linea con gli aspetti caratteristici dell'estinzione per condotte riparatorie.

Lo stesso non può dirsi per le ipotesi di delitti contro la persona adesso ricomprese nella sfera della procedibilità a querela. Non sempre alla disponibilità, in capo alla persona offesa, dell'interesse leso corrisponde una scarsa offensività della lesione subita che possa giustificare la risoluzione del conflitto in chiave esclusivamente economica[43]. Simili considerazioni possono valere per i delitti che offendono l'integrità psico-fisica, rispetto ai quali la vittima (che ha presentato querela) potrebbe non accontentarsi di una reintegrazione che, trattandosi di beni di natura personale – e non patrimoniale[44] –, difficilmente riuscirà ad eliminare tutte le conseguenze del reato; una reintegrazione che, però, potrebbe essere imposta alla vittima dal giudice. A fronte di siffatto quadro, si richiamano le osservazioni sopra riportate sulla duplice e opposta direzione che il legislatore pare aver intrapreso nei reati riconducibili alla Convenzione di Istanbul: i delitti più tradizionalmente afferenti al fenomeno della violenza di genere sono esclusi dall'art. 131-*bis* Cp ma un delitto come la violenza privata, pur potendo integrare una concretizzazione della violenza domestica, potrebbe essere "riparato" nelle forme dell'art. 162-*ter* Cp[45].

---

necessità di penalizzazione del comportamento». Se, astrattamente, si concorda con questa osservazione, nella riforma Cartabia, le fattispecie interessate dal mutamento del regime di procedibilità – e, dunque, adesso estinguibili con il risarcimento del danno in base all'art. 162-*ter* Cp – non sembrano affatto vedere ridotto il loro bisogno di pena, attestandosi, come si è visto, su una soglia di media offensività.

[41] Sul punto, occorre dar conto della proposta di modifica dell'art. 162-*ter* Cp formulata dall'Associazione italiana dei professori di diritto penale, secondo cui il giudice, in sede di valutazione dell'idoneità delle condotte riparatorie, dovrebbe considerare «l'interesse della vittima e i progressi compiuti dall'autore del reato in termini di auto-responsabilizzazione per il fatto commesso»: cfr. *Linee di riforma in tema di pene alternative edittali* (coordinatore: prof. F. Palazzo), in *www.aipdp.it*, marzo 2021.

[42] C. Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 13.11.2017, 12.

[43] Secondo S. Seminara, *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione*, in *www.discrimen.it* 20.7.2018, 11, «deve dubitarsi della correttezza dell'abbinamento tra procedibilità a querela ed effetto estintivo del risarcimento del danno: come esistono reati, anche perseguibili d'ufficio, il cui disvalore tende a esaurirsi in un pregiudizio economico la cui riparazione può giustificare l'estinzione (si pensi a taluni reati fallimentari), così possono ipotizzarsi reati procedibili a querela la cui offesa non si presta a essere convertita in un mero risarcimento con automatici effetti estintivi».

[44] La proposta della Commissione Fiorella sull'introduzione di un nuovo art. 649-*bis* Cp correttamente ne limitava l'operatività ai reati contro il patrimonio – «terreno 'ideale' dei meccanismi estintivi fondati su condotte riparatorie» – senza peraltro distinguerli in base al regime di procedibilità: pertanto, anche delitti contro il patrimonio perseguibili *ex officio* avrebbero potuto beneficiare della causa di estinzione. Cfr. anche G.P. Demuro, *L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in *RIDPP* 2019, 460.

[45] Sembrano accentuarsi i dubbi circa il valore "residuo" della querela, che quasi si trasformerebbe in un mero strumento

In queste ipotesi, pertanto, tra le vie indicate dal legislatore, sarebbe forse preferibile valorizzare l'opzione della remissione tacita che contempla il collegamento alla giustizia riparativa, piuttosto che ricorrere ad un meccanismo estintivo che bypassa del tutto la volontà della vittima.

6. Posto che, con la riduzione del catalogo dei reati perseguibili *ex officio*, il legislatore predispone un regime più favorevole per l'imputato, l'art. 85 d.lgs. 150/2022 introduce due disposizioni transitorie destinate a operare per i reati divenuti procedibili a querela e commessi prima dell'entrata in vigore della riforma. In particolare, si distinguono due ipotesi in base all'eventualità o meno che si sia già instaurato il procedimento penale: se ancora non è stata esercitata l'azione penale, per la persona offesa che abbia già ricevuto notizia del fatto costituente reato, il termine per la presentazione della querela decorre dalla data di entrata in vigore del decreto; se, invece, il procedimento fosse già pendente, la persona offesa deve essere informata della facoltà di esercitare il diritto di querela entro un termine decorrente dal giorno stesso in cui viene informata. Il dovere di informare la persona offesa grava sul pubblico ministero in fase di indagini preliminari e sul giudice nel caso in cui l'azione penale sia stata esercitata.
La retroattività della legge penale più favorevole (c.d. *lex mitior*) costituisce un riflesso diretto della qualificazione della querela, ormai dominante nel diritto vivente, quale istituto «bifronte»[46], di «natura mista, sostanziale e processuale»: da tale impostazione discende l'applicabilità dell'art. 2 Cp, in quanto «il principio dell'applicazione della norma più favorevole al reo opera non soltanto al fine di individuare la norma di diritto sostanziale applicabile al caso concreto, ma anche in ordine al regime della procedibilità che inerisce alla fattispecie dato che è inscindibilmente legata al fatto come qualificato dal diritto»[47]. Di conseguenza, se sopravviene una modifica *in bonam partem* – come, in effetti, è l'estensione della procedibilità a querela – la stessa sarà applicata retroattivamente, purché sia intervenuta prima della formazione del giudicato: infatti, non trattandosi di *abolitio criminis*, non si applicherà l'art. 2 co. 2 Cp. In siffatto contesto, la mitigazione del principio di retroattività della *lex mitior*, con la "rimessione in termini" del querelante, si giustifica con l'esigenza di evitare che «un *factum principis*, del tutto estraneo alla [sua] sfera di volontà» ne diminuisca le *chances* di tutela giudiziaria[48].
Peraltro, con una scelta che ha suscitato non poche polemiche, anche per il mezzo con cui è stata attuata (decretazione d'urgenza)[49], l'art. 6 d.l. 31.10.2022 n. 162 ha differito di ben due mesi la data di entrata in vigore del d.lgs. 150/2022, prevista per il 1° novembre 2022. La maggiore criticità connessa al rinvio concerne l'inapplicabilità, nel periodo di *vacatio legis*, delle disposizioni che, al pari di quelle in commento, introducono un regime più favorevole al reo.
A tal proposito, è pendente di fronte alla Corte costituzionale il giudizio di legittimità sollevato dal Tribunale di Siena in relazione all'art. 6 d.l. 162/2022 e al rinvio dell'entrata in vigore della riforma Cartabia (ord. 11.11.2022). Nel caso di specie, all'imputato si contestano i reati di violenza privata e di danneggiamento, per i quali il d.lgs. 150/2022 ha variato il regime di procedibilità; tuttavia, a causa della mancata entrata in vigore della riforma, nonostante l'avvenuta remissione della querela da parte della persona offesa, al giudice è impedito di pronunciare sentenza di non doversi procedere e così

nelle mani della persona offesa per incentivare il reo a risarcire il danno – e non più volto a manifestare la volontà che il reo sia punito: così, T. Padovani, *Il testimone raccolto. L'ennesima riforma alle prese con i nodi persistenti del sistema penale*, in *AP Speciale Riforme* 2018, 13 ss.
[46] F. Palazzo, *Querela e strategie deflattive*. *La querela: un istituto rivitalizzato, tra diritto e processo penale*, in *GI* 2021, 984 ss.
[47] Da ultimo, Cass. 15.7.2022 n. 41543.
[48] *Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022*, cit., 351. Cfr. anche *Relazione 7.11.2022 n. 68 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, in *www.cortedicassazione.it*.
[49] Cfr. G.L. Gatta, *Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa?*, in *www.sistemapenale.it* 31.10.2022.

dichiarare estinto il reato[50]. La questione[51], pur se attinente alle modifiche in punto di procedibilità, investe in maniera trasversale tutte le modifiche *in bonam partem* introdotte con la riforma, di cui il reo non può beneficiare[52].
Intanto, il 30 dicembre 2022, la riforma è finalmente entrata in vigore.
Prima di questa data, il testo del d.lgs. 150/2022 ha subito talune interpolazioni proprio in tema di disposizioni transitorie in materia di modifiche al regime di procedibilità a querela, inserite nella l. 30.12.2022 n. 199, che ha convertito il d.l. 162/2022. Residua, infatti, soltanto la parte dell'art. 85 d.lgs. 150/2022 in cui si prevede la decorrenza del termine per presentare querela, rispetto a fatti antecedenti all'entrata in vigore del decreto, a partire dal 30 dicembre 2022: in altri termini, visto il prolungamento del periodo di *vacatio legis*, in linea con la politica "efficientista" adottata, è venuto meno l'onere informativo in capo al giudice e al pubblico ministero in caso di procedimento già avviato, sul presupposto che, in questi due mesi, la persona offesa abbia potuto prendere conoscenza delle novità normative.
Inoltre, l'art. 85 d.lgs. 150/2022 è stato emendato con l'aggiunta di tre disposizioni transitorie che completano il quadro della disciplina.
La prima addizione riguarda le ricadute delle modifiche al regime di procedibilità sulle misure cautelari disposte prima dell'entrata in vigore della riforma per reati prima perseguibili *ex officio* (ad es., per una delle ipotesi di cui all'art. 625 Cp): in assenza della querela, il dubbio interpretativo si muove tra la conservazione dell'efficacia della misura con «ultrattività della procedibilità officiosa»[53] e la revoca della misura per sopravvenuta improcedibilità. Il legislatore opta per una soluzione "intermedia" e sancisce la caducazione delle misure cautelari in corso di esecuzione «se, entro venti giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, l'autorità giudiziaria che procede non acquisisce la querela», specificando che siano sospesi i termini di durata massima della custodia cautelare nel tempo in cui l'autorità giudiziaria «effettua ogni utile ricerca della persona offesa, anche avvalendosi della polizia giudiziaria».
La seconda norma che disciplina la fase di "transizione" (art. 85 co. 2-*bis* d.lgs. 150/2022) precisa che, nella pendenza dei termini per presentare querela fissati dalle norme transitorie, si applichi comunque l'art. 346 Cpp, per cui possono compiersi gli atti di indagine preliminare ritenuti necessari a raccogliere le fonti di prova esposte al rischio dispersione.
Infine, si mantiene la procedibilità d'ufficio per i delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 612-*bis* e 612-*ter* Cp quando siano connessi ad uno dei delitti interessati dalla modifica e commessi prima dell'entrata in vigore della riforma: invero, per tali reati, generalmente procedibili a querela, le corrispondenti fattispecie incriminatrici contengono una deroga alla procedibilità a querela qualora siano connessi con un altro delitto procedibile d'ufficio; in queste ipotesi, pertanto, in funzione della connessione, finisce per non operare il principio di retroattività della *lex mitior*.

[50] Più approfonditamente, G.L. Gatta, *Procedibilità a querela e rinvio della riforma Cartabia: sollevata questione di legittimità costituzionale*, in *www.sistemapenale.it* 12.11.2022, dove è pubblicata anche l'ordinanza del Tribunale di Siena.
[51] Secondo G.L. Gatta, *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia*, cit., per scongiurare i probabili effetti pregiudizievoli derivanti da un periodo di *vacatio legis* così prolungato, occorrerebbe ripensare la legittimità costituzionale dell'art. 2 co. 4 Cp «nella parte in cui non consente al giudice dell'esecuzione di rimuovere il giudicato o di rideterminare la pena in applicazione di una *lex mitior* sopravvenuta alla condanna definitiva, quanto meno se quella condanna è stata pronunciata nel periodo di vacatio di una legge poi entrata in vigore».
[52] Recentemente, la Corte di Cassazione si è espressa su una vicenda simile (Cass. 4.11.2022 n. 45104, pubblicata in *www.sistemapenale.it*) relativamente alla modifica della procedibilità a querela delle lesioni personali: anche in questo caso, nel periodo di *vacatio legis*, è intervenuta la remissione della querela ma i giudici di legittimità hanno concluso escludendo che potesse verificarsi l'estinzione del reato. Secondo la Corte, «il periodo di *vacatio* costituisce il riferimento essenziale per fissare il momento in cui la legge entrerà in vigore», anche perché, in questo periodo, il legislatore può «intervenire per modificare la legge già approvata e promulgata, ma ancora non entrata in vigore» (cfr. anche G.L. Gatta, *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia*, cit.).
[53] *Relazione 7.11.2022 n. 68 dell'Ufficio del Massimario*, cit., 42.

7. Forme – più o meno estese – di trasformazione del regime di procedibilità dei reati sembrano ormai diventate un ineludibile caposaldo nelle riforme di sistema orientate alla "decompressione" del carico giudiziario.
Se la riforma Orlando aveva adottato un approccio "prudenzialista" nella selezione delle fattispecie incriminatrici da sottoporre alla modifica, la riforma Cartabia si è certamente dimostrata più "coraggiosa": sono evidenti gli sforzi legislativi di non limitare l'estensione della procedibilità a querela a reati che, almeno in astratto, presentino una connotazione di scarsa offensività.
Tuttavia, spostando il *focus* sulla casistica riportata all'interno della Relazione illustrativa per giustificare le modifiche introdotte, emerge, soprattutto con riferimento ai delitti contro la persona, la tendenza a richiamare un dato giurisprudenziale che restituisce un quadro sconfortante in punto di valorizzazione della concreta offensività del fatto: in particolare, paradigmatica è la casistica in materia di sequestro di persona, ove diverse pronunce ritengono configurabile l'art. 605 Cp anche a fronte di privazioni della libertà personale durate pochi minuti[54], per cui la ragione del mutamento del regime di procedibilità dovrebbe essere individuata nel «disvalore assai ridotto» di fatti analoghi[55].
Eventuali criticità[56] – sempre assumendo a paradigma l'art. 605 Cp – potrebbero derivare dalla riconducibilità al delitto anche di offese significativamente più gravi[57] e, dunque, non tanto dalla previsione della procedibilità a querela in sé, quanto piuttosto dall'operatività del meccanismo di cui all'art. 162-*ter* Cp, che pone l'estinguibilità del reato nelle mani del giudice[58]. Il fatto che la riforma esalti la componente dialogica e il ruolo della vittima quale co-protagonista del processo penale e al contempo implementi il campo applicativo dell'art. 162-*ter* Cp[59] pare costituire un profilo di incoerenza e incongruenza nel contesto delle trasformazioni normative realizzate.
Il legislatore manifesta da sempre una certa incapacità e indisponibilità ad attuare i principi di frammentarietà e di *extrema ratio* del diritto penale[60] e neppure la giurisprudenza, nelle ipotesi poc'anzi richiamate, pare in grado di selezionare i fatti concretamente lesivi, per cui la funzione discretiva finisce per essere affidata alla persona offesa, con il dichiarato auspicio che il processo penale non sia avviato oppure che, qualora si instauri, sia presto concluso mediante il ricorso ad uno degli strumenti predisposti in funzione deflativa.
Ad ogni modo, l'intervento in esame appare conforme ai criteri fissati dalla legge delega: soltanto le future applicazioni del d.lgs. 150/2022 potranno dirci se le aspettative deflazionistiche correlate alla

[54] V., da ultimo, Cass. 9.6.2022 n. 39776, in *www.dejure.it*.
[55] *Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022*, cit., 333.
[56] A livello mediatico è sorto un dibattito su un problema di scarsa rilevanza pratica, ossia la procedibilità a querela di alcuni delitti contro la persona (lesioni personali, violenza privata e sequestro di persona) anche quando siano commessi con le modalità di cui all'art. 416-*bis* 1 Cp: come giustamente osservato da G.L. Gatta, *Riforma Cartabia e procedibilità a querela: due proposte per la soluzione di vecchi problemi, senza allarmismi e stravolgimenti*, in *www.sistemapenale.it* 18.1.2023, un'eventuale correzione dovrebbe piuttosto riguardare la previsione della perseguibilità *ex officio* dell'aggravante mafiosa.
[57] Ciò a fronte di una cornice edittale piuttosto ampia (da sei mesi a otto anni).
[58] Così anche F. Giunta, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci I*, Milano 2006, 351: seppur con riferimento alla causa di estinzione di cui all'art. 35 d.lgs. 28.8.2000 n. 274 (com'è noto, sostanzialmente analoga all'istituto dell'art. 162-*ter* Cp), l'A. sostiene che vada «scongiurato l'abuso di tale potere di estinzione contro la volontà della vittima quando l'offesa non riguarda beni patrimoniali, bensì personali».
[59] Già con riferimento alla riforma Orlando, S. Seminara, *Riflessioni sulla «riparazione» come sanzione civile e come causa estintiva del reato*, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano 2018, 572 s., manifestava preoccupazioni sulle contraddizioni del sistema penale, oscillante tra «la sua ambizione a contenere solo fattispecie cariche di offensività e colpevolezza e la previsione di una causa estintiva fondata sul mero risarcimento del danno alla stregua di un illecito civile».
[60] Della tendenza alla "panpenalizzazione" con derive populiste, si ha un esempio recente, ossia l'introduzione dell'art. 434-*bis* Cp per sanzionare i *rave party*: in senso critico, v. *Osservazioni sul d.l. 31 ottobre 2022, n. 162*, pubblicato dal Consiglio direttivo dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale, in *www.aipdp.it*, 4.11.2022 e D. Pulitanò, *Penale party. L'avvio della nuova legislatura*, in *www.giurisprudenzapenale.com* 7.11.2022.

trasformazione del regime di procedibilità saranno realizzate in modo coerente con il complessivo impianto della riforma.

LE MODIFICAZIONI APPORTATE ALLA DISCIPLINA DELLA MESSA ALLA PROVA

di Elena Banchi
(*Magistrato Ordinario in Tirocinio, Tribunale di Firenze*)

L'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova viene qui analizzato attraverso una descrizione dettagliata dell'originaria disciplina e mettendo poi in luce le rilevanti novità introdotte dalla riforma Cartabia. In particolare, vengono valorizzate le istanze deflattive sottese ed alcuni profili di potenziale criticità secondo i primi commentatori.
The institute of the suspension of the procedure with test is analyzed here through a detailed description of the original discipline and then highlighting the important innovations introduced by the Cartabia reform. In particular, the underlying deflactive instances and some potential critical profiles are valued according to the opinion of the first commentators.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina originaria. – 3. Le novità della riforma Cartabia. – 4. Il rapporto con le nuove pene sostitutive. - 5. Entrata in vigore e disciplina transitoria. – 6. Conclusioni.

1. La legge 27 settembre 2021, n. 134[1] recante «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari» ha aperto la strada a quella che è stata definita come la più ampia, organica[2] e trasversale riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale approvata negli ultimi trent'anni[3]. Dal punto di vista strutturale, la legge delega si compone di due articoli: l'articolo 1 prevede una serie di deleghe al Governo, da esercitare entro un anno dall'entrata in vigore della legge; l'art. 2 contiene modifiche al codice penale e al codice di procedura penale, immediatamente precettive. L'intervento di riforma è riconducibile a una serie di diverse finalità, sottese alle varie disposizioni di legge, tra le quali è preminente l'esigenza di accelerare il processo penale anche attraverso la sua deflazione[4] e la sua digitalizzazione[5]. In particolare, proprio le menzionate esigenze deflative del processo penale hanno portato il legislatore, in sede di delega all'Esecutivo, a dettare principi e criteri direttivi volti a riformare, in primo luogo, alcuni profili della disciplina in materia di indagini preliminari e di udienza preliminare[6], nonché per la riforma dei riti alternativi, con l'obiettivo

[1] Indicata come "riforma Cartabia", dal nome del precedente Ministro della Giustizia Marta Cartabia. Sulla "riforma Cartabia" si rinvia a: M. Gialuz, *La "riforma Cartabia" del sistema penale*, in AA.VV., *Giustizia per nessuno*, Torino 2022, 285 ss.; E. Marzaduri, *La "riforma Cartabia" e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali; effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 25.1.2022, 1 ss.;

[2] L'organicità è riscontrabile in due elementi della riforma. Da un lato, la coerenza finalistica dei numerosi interventi di cui la riforma è costituita e, dall'altro, la stretta interconnessione funzionale realizzata fra profili istituzionali ed istituti sostanziali e processuali verso l'obiettivo unitario dell'efficienza e dell'alleggerimento del sistema. Così, F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in www.sistemapenale.it, 8.9.2022.

[3] G.L. Gatta, *Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa?,* in www.sistemapenale.it, 31.10.2022.

[4] Il termine "deflazione" è mutuato dalla macroeconomia, dove indica un calo del livello generale dei prezzi, fenomeno inverso, quindi, all'inflazione. Nella riforma Cartabia lo si impiega per indicare la riduzione del numero di procedimenti e processi (penali e civili). Infatti, le medesime esigenze, di riduzione dell'arretrato pendente innanzi ai Tribunali ordinari ed alle Corti d'Appello e di assicurare una considerevole diminuzione dei tempi di giudizio, sono alla base anche della quasi contemporanea riforma del processo civile, inizialmente delineata con la legge 26 novembre 2021, n. 206 di delega al Governo, poi concretizzata mediante l'adozione di due decreti legislativi. L'entrata in vigore delle nuove norme è avvenuta, per alcune, a partire dal 1.1.2023 mentre, per altre, è prevista a partire dal 30.6.2023.

[5] Ulteriori misure sono, inoltre, rivolte al potenziamento delle garanzie difensive e della tutela della vittima del reato.

[6] Senza alcuna pretesa di esaustività, l'indicazione del legislatore, per quanto riguarda le indagini preliminari, è stata quella di intervenire sui termini di durata dell'attività di indagine, sull'iscrizione nel registro della notizia di reato

di estenderne l'applicabilità e renderli maggiormente appetibili, così da ottenere l'effetto ultimo di un alleggerimento del rito dibattimentale[7]. Esigenze di deflazione sono alla base anche della riforma proposta sia per i procedimenti attribuiti alla competenza del giudice monocratico, caratterizzati dall'assenza dell'udienza preliminare e dall'esercizio dell'azione penale mediante citazione diretta a giudizio[8], sia il sistema delle impugnazioni che coinvolge tanto il giudizio di appello[9], quanto il giudizio in Cassazione[10]. Infine, le medesime finalità di alleggerimento del processo penale sono perseguite anche con la previsione di un intervento sulla disciplina delle condizioni di procedibilità[11], nonché attraverso un potenziamento degli istituti della non punibilità per particolare tenuità del fatto e della messa alla prova. Nello specifico, attraverso l'intervento su tali istituti si cerca di ridurre le ipotesi nelle quali il procedimento penale giunge al dibattimento. Con tale obiettivo, il disegno di legge, da un lato, delega il Governo a estendere l'ambito di applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto anche ai reati puniti con pena edittale non superiore nel minimo a due anni[12], dall'altro, la necessità di un ulteriore sforzo deflativo, legata al numero e alla durata dei procedimenti penali, ha ispirato il legislatore della c.d. riforma Cartabia, in sede di delega all'Esecutivo, nel prevedere, al co. 22 dell'art. 1 della l. 134/2021, l'estensione dell'ambito applicativo della messa alla prova, con riferimento a «ulteriori specifici reati, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto». Presentano, infine, alcune finalità deflative anche alcuni principi di delega relativi alla revisione del sistema sanzionatorio penale[13].

---

introducendo la possibilità, su richiesta di parte, di far accertare dal giudice la tempestività dell'iscrizione stessa e di retrodatarla, nonché sulla fase conclusiva delle indagini preliminari con l'obiettivo di ridurre i momenti di stasi del processo. Per quanto riguarda, invece, l'udienza preliminare, l'obiettivo è di limitarne la necessità tramite l'estensione del catalogo dei reati con citazione diretta davanti al tribunale in composizione monocratica. Si intende, inoltre, incidere sui criteri decisori di cui agli articoli 125 disp. att. Cpp e 425, co. 3, Cpp (regola di giudizio per l'archiviazione e per la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere) sostituendo l'inidoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio con l'inidoneità dei medesimi elementi a consentire una «ragionevole previsione di condanna» e sui criteri di priorità per l'esercizio dell'azione penale, prevedendosi che gli uffici del pubblico ministero nell'ambito dei criteri generali indicati con legge del Parlamento, 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.

[7] La delega all'Esecutivo coinvolge il patteggiamento, il giudizio abbreviato ed il procedimento per decreto. Più in generale, la legge delega intende aumentare le possibilità di accesso ai riti premiali a fronte del decreto del Giudice per le indagini preliminari che dispone il giudizio immediato e consentire all'imputato, in caso di nuove contestazioni in dibattimento, di richiedere l'accesso ai riti alternativi. Quanto al dibattimento, invece, le indicazioni della legge delega richiedono di intervenire sul calendario organizzativo delle udienze, sul deposito delle consulenze tecniche e delle perizie entro un termine congruo, sull'assegnazione alle parti di limiti più stringenti per le rispettive richieste di prova. Da ultimo, è previsto che, in caso di mutamento del giudice o di uno o più componenti del collegio, il giudice disponga, a richiesta di parte, la riassunzione della prova dichiarativa già assunta.

[8] In particolare, la riforma prevede un'udienza predibattimentale in camera di consiglio, da celebrare innanzi ad un giudice diverso da quello davanti al quale dovrà eventualmente tenersi il dibattimento (una sorta di udienza-filtro), nell'ambito della quale il giudice dovrà pronunciare la sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna. In tale occasione potrà anche ricevere eventuali richieste di riti alternativi.

[9] Il Governo è stato delegato ad estendere le tradizionali ipotesi di inappellabilità delle sentenze (di proscioglimento e di non luogo a procedere relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa; di condanna al lavoro di pubblica utilità) e a prevedere l'inammissibilità dell'appello per motivi non specifici.

[10] Per il giudizio in Cassazione la delega ha previsto, fra le altre novità, che la trattazione dei ricorsi avvenga con contraddittorio scritto senza l'intervento dei difensori, facendo salva la possibile richiesta delle parti di discussione orale. Dinanzi alla Cassazione è infine prevista l'introduzione di un ricorso straordinario per dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

[11] È previsto l'ampliamento dell'ambito di applicazione della procedibilità a querela (ad esempio, dovrà essere prevista la querela per ulteriori specifici reati contro la persona o contro il patrimonio, individuati nell'ambito di quelli puniti con la pena edittale detentiva non superiore nel minimo a 2 anni).

[12] È fatta salva la possibilità di prevedere eccezioni per specifici reati e l'obbligo di precludere sempre l'accesso all'istituto in caso di reati di violenza domestica.

[13] In particolare, il Governo è stato delegato a rivedere la disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, da individuare nella semilibertà, nella detenzione domiciliare, nel lavoro di pubblica utilità e nella pena

La legge delega è stata attuata, ad un anno di distanza dalla sua entrata in vigore, con il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150[14].

2. Ciò detto, il presente contributo si occupa dell'istituto della messa alla prova cercando, da un lato, di ricostruirne la disciplina originaria e, dall'altro, di mettere in luce le novità della riforma Cartabia che hanno riguardato il suo ambito applicativo.
La l. 28 aprile 2014, n. 67 ha introdotto, nei confronti dei soggetti maggiorenni al momento del compimento del fatto di reato, l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, già previsto nei confronti dei minorenni agli artt. 28 e 29 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448[15]. L'intervento normativo, con chiare finalità di riparazione sociale, si era reso necessario per ovviare alle criticità del sistema penale, riconducibili sostanzialmente all'inflazione procedimentale ed al sovraffollamento carcerario[16].
L'istituto in esame[17], realizzando una anticipazione del trattamento rieducativo e risocializzante cui è improntato il sistema sanzionatorio penale, comporta evidenti benefici non soltanto per l'individuo che vi si sottopone, ma per l'intera collettività, contribuendo altresì alla riduzione delle tempistiche processuali e, quindi, all'efficienza del sistema penale nel suo complesso. La sospensione del procedimento con messa alla prova si presenta come una modalità alternativa di definizione del processo. Infatti, a determinati presupposti, l'imputato può richiedere, entro l'apertura del dibattimento *ex* art. 464-*bis* Cpp, la sospensione del procedimento con conseguente affidamento al servizio sociale con un particolare programma[18]. D'altro canto, sul piano sostanziale, l'esito positivo

pecuniaria, ampliandone l'ambito di applicazione. Le nuove pene sostitutive, irrogabili entro il limite di 4 anni di pena inflitta, saranno direttamente applicate dal giudice della cognizione, alleggerendo così il carico dei giudici di esecuzione. Il Governo è inoltre stato delegato a disciplinare una causa di estinzione delle contravvenzioni destinata a operare già nella fase delle indagini preliminari, per effetto del tempestivo adempimento di apposite prescrizioni impartite dall'organo accertatore e del pagamento di una somma di denaro determinata in una frazione del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa.

[14] Il rispetto del termine di un anno dall'entrata in vigore della legge delega, per l'attuazione mediante decreto legislativo, ha consentito all'Italia di rientrare nel Piano nazionale di resilienza e ripresa (P.N.R.R.) e beneficiare così di appositi fondi europei.

[15] La messa alla prova minorile e quella dedicata ai maggiorenni presentano vari elementi di differenziazione. Nello specifico, a differenza di ciò che si vedrà per la messa alla prova dei maggiorenni, la messa alla prova minorile è svincolata da ogni parametro edittale o dal titolo di reato, potendo essere applicata per qualsiasi fattispecie penale. Inoltre, solo il giudice specializzato minorile può sospendere il processo d'ufficio, quando ritenga necessario ricorrere alla messa alla prova: nel rito ordinario, infatti, l'applicazione dell'istituto è subordinata ad una specifica richiesta dell'indagato o dell'imputato.

[16] Si è cercato, in tal modo, di fornire anche una risposta concreta alle sollecitazioni europee circa la necessità di riformare il sistema sanzionatorio italiano eccessivamente incentrato sulla sola detenzione inframuraria, risposta resa ancora più urgente dalla condanna inflitta all'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Torreggiani (C. eur., 8.1.2013, *Torreggiani e altri c. Italia*).

[17] Per una sua ricostruzione, senza pretesa di esaustività, V. Bove, *La messa alla prova*, Pisa 2018; E. Lanza, *La messa alla prova processuale. Da strumento di recupero per i minorenni a rimedio generale deflativo*, Milano 2017; N. Triggiani, *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino 2014; M.L. Galati, L. Randazzo, *La messa alla prova nel processo penale. Applicazioni pratiche e strategie difensive*, Milano 2020; E. Antonuccio, L. Degl'Innocenti, *La messa alla prova per adulti*, Milano 2019.

[18] Il legislatore consente di avanzare la richiesta personalmente o per mezzo di procuratore speciale (art. 464-*bis* Cpp), fino al momento della dichiarazione di apertura del dibattimento, prevedendo, comunque, la possibilità di chiedere la messa alla prova anche durante la fase delle indagini preliminari (art. 464-*ter* Cpp). Può altresì chiedersi la sospensione del processo con messa alla prova a seguito di giudizio immediato, nei quindici giorni successivi, ovvero in sede di opposizione a decreto penale di condanna (art. 464-*bis* Cpp). La necessità di una richiesta personale dell'indagato o dell'imputato per l'accesso alla messa alla prova determina che la stessa acquisisca una natura quasi "negoziale", implicando una scelta concorde di convenienza delle parti e, nella fase investigativa, in cui è richiesto il consenso del pubblico ministero (art. 464-*quater* Cpp) «acquista finanche una configurazione 'patteggiata', per la necessità di un accordo tra l'indagato e il pubblico ministero; tutto ciò secondo un indirizzo di politica legislativa cui non sono estranee finalità generali di deflazione giudiziaria per reati di contenuta gravità». Così, C. cost., 10.6.2020, n. 139, in www.sistemapenale.it, con nota di L. Camaldo, *Secondo la Consulta è legittimo che la messa alla prova del minore non possa essere disposta nella fase delle indagini preliminari*, 10.2.2021.

della prova determina l'estinzione del reato per il quale si procede. La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato rientra, pertanto, fra le cause estintive del reato[19], così qualificandosi quei fattori che sopravvengono quando il reato è già perfetto e che sono destinati ad incidere sulla sola punibilità, per ragioni estranee o contrastanti con la protezione del bene protetto dalla norma incriminatrice[20]. Più precisamente, l'istituto in esame rientra fra le cause di estinzione del reato c.d. generali, contemplate cioè nella parte generale del codice penale e riferibili, quindi, a tutti o alla maggior parte dei reati[21].

La corretta individuazione della natura giuridica della messa alla prova, stante i suoi profili processuali e sostanziali, ha visto contrapposti nel dibattito giurisprudenziale essenzialmente due principali orientamenti. Secondo una prima ricostruzione[22], l'istituto avrebbe natura processuale e, pertanto, ai fini della successione delle leggi penali nel tempo sarebbe soggetto al principio *tempus regit actum*. In base ad una opposta lettura[23], l'incidenza dell'istituto sulla punibilità ne svelerebbe la natura sostanziale tale da comportarne l'applicazione retroattiva *ex* art. 2, co. 4, Cp, anche nei procedimenti in cui il dibattimento sia già iniziato al momento di entrata in vigore della legge. La Corte Costituzionale[24] ha, da ultimo, avallato il primo dei due orientamenti indicati rilevando che «il nuovo istituto ha effetti sostanziali perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotato da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale…espressione del principio *tempus regit actum*. Il principio potrebbe essere derogato da una diversa disciplina transitoria, ma la mancanza di questa non è certo censurabile».

Così ricostruita la natura giuridica dell'istituto, occorre delinearne presupposti, limiti ed il relativo procedimento. In particolare, l'art. 168-*bis*, co. 1, Cp fissa le condizioni oggettive di applicazione della misura, la quale può essere richiesta dall'imputato per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per tutti i delitti indicati nominativamente all'art. 550, co. 2, Cpp[25], per i quali sia prevista la citazione diretta a giudizio. Quanto alle condizioni soggettive, la sospensione del procedimento non può essere concessa per più di una volta[26] (co. 4) e non può mai essere applicata ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza (co. 5). Una volta ottenuta la sospensione del procedimento con messa alla prova[27], l'indagato o imputato è tenuto, innanzitutto,

---

[19] Le altre sono: la morte del reo prima della condanna; l'amnistia propria; la remissione della querela; la prescrizione; l'oblazione nelle sole contravvenzioni; la sospensione condizionale della pena; il perdono giudiziale.

[20] R. Garofoli, *Compendio di Diritto penale, Parte generale,* Trento 2016, 614.

[21] In ciò distinguendosi, quindi, dalle cause di estinzione del reato c.d. speciali, collocate nella parte speciale del codice o in leggi speciali con riguardo solo a talune fattispecie criminose.

[22] Cass. 31.7.2014, n. 35717, in *CEDCass,* m. 259935.

[23] Cass. 9.7.2014, n. 30599.

[24] C. cost., 26.11.2015, n. 240, in www.questionegiustizia.it, con nota di F. Piccichè, *La messa alla prova per adulti alla Consulta,* 10.2.2016.

[25] Si tratta di un elenco tassativo di delitti (violenza o minaccia a pubblico ufficiale, resistenza a pubblico ufficiale, oltraggio a un magistrato in udienza aggravato, violazione di sigilli aggravata, rissa aggravata, lesioni personali stradali (anche aggravate), ricettazione, furto aggravato ai sensi dell'art. 625, co. 2, Cp), per i quali la norma attribuisce al pubblico ministero il potere di esercitare l'azione penale con citazione diretta a giudizio, in deroga alla regola generale, fissata al co. 1, in base alla quale egli procede in tal modo solo per i reati punibili fino a quattro anni. Si tratta di reati accomunati da due elementi: 1. la punibilità con un massimo di pena edittale detentiva compreso tra cinque e sei anni; 2. la tendenziale non particolare difficoltà di accertamento, costituente la *ratio* primaria della deroga.

[26] Costituiscono eccezione i casi di reati commessi in concorso formale o esecutivi di un medesimo disegno criminoso (reato continuato) rispetto ad altri, per i quali si sia proceduto separatamente e sia stato già concesso tale beneficio, come affermato di recente dalla Corte Costituzionale (C. cost., 12.7.2022, n. 174, in www.cortecostituzionale.it, m. 44928, 44929).

[27] L'accoglimento dell'istanza presuppone che il giudice ritenga idoneo il programma di trattamento presentato, in base ai parametri di cui all'art. 133 Cp, e possa ritenere che l'indagato/imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati in futuro, disponendo, ove necessario e con il consenso dell'indagato/imputato, modifiche al programma (art. 464-*quater* Cpp). La prognosi favorevole dell'imputato circa l'astensione dalla commissione di ulteriori reati andrà valutata tenendo in considerazione che con la messa alla prova questi è affidato ai servizi sociali per attività di supporto e cura e che sono attivati sistemi di controllo periodico da parte degli uffici locali di esecuzione penale esterna (art. 141-*ter* Cpp).

alla prestazione di condotte riparatorie, volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, al risarcimento del danno cagionato. Egli viene, inoltre, affidato al servizio sociale per lo svolgimento di un programma[28] che può prevedere attività di volontariato di rilievo sociale o l'osservanza di prescrizioni relative a rapporti con il servizio o con una struttura sanitaria, ovvero prescrizioni relative alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali[29]. La concessione della messa alla prova deve, inoltre, essere sempre subordinata alla prestazione di un lavoro di pubblica utilità, che consiste nello svolgimento di una prestazione non retribuita a favore della collettività. La durata del percorso di messa alla prova è stabilita, con il consenso, a pena di nullità, dell'indagato/imputato ovvero del suo procuratore speciale, e del Pubblico Ministero, sentita la persona offesa[30], ove compaia (art. 464-*quater* Cpp) Tale durata non potrà in ogni caso superare i due anni, quando si procede per reati per i quali è prevista una pena detentiva, e un anno quando si procede per reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria (art. 464-*quater* Cpp).

Ai sensi dell'art. 168-*ter* Cp., la sospensione del procedimento con messa alla prova comporta la sospensione del termine di prescrizione del reato[31]. È opportuno precisare che la sospensione della prescrizione, in deroga a quanto previsto al primo comma dell'art. 161, ha effetto soltanto nei confronti dell'imputato messo alla prova e non nei confronti degli eventuali coimputati, essendo determinata da una causa di natura esclusivamente personale.

La sottoposizione dell'indagato o dell'imputato alla prova può dare esito positivo oppure esito negativo. In caso di esito positivo, il reato è estinto[32], ma resta salva l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, eventualmente previste dalla legge. In caso di esito negativo della messa alla prova, invece, con ordinanza il giudice dispone che il procedimento riprenda il suo corso (art. 464-*septies* Cpp) e viene meno l'effetto sospensivo del termine di prescrizione (art. 168-*ter* Cp). Le medesime conseguenze previste per il caso di esito negativo della messa alla prova trovano applicazione anche nell'ipotesi in cui si decida di revocare la sospensione del procedimento. Infatti, il giudice è tenuto a disporre con ordinanza la revoca della sospensione del procedimento con messa alla prova: 1) in caso di trasgressione grave o reiterata al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte; 2) in caso di rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità; 3) in caso di commissione, durante il periodo di prova, di nuovo delitto non colposo o di un reato della stessa indole di quello per cui si procede (art. 168-*quater* Cp). La revoca può essere disposta anche d'ufficio, previa udienza in camera di consiglio, in contraddittorio tra le parti e con avviso alla persona offesa (art. 464-*octies* Cpp)[33].

---

[28] Il programma di messa alla prova è elaborato dall'Ufficio per l'Esecuzione Penale Esterna, c.d. UEPE, su iniziativa dell'indagato/imputato.

[29] Le mansioni alle quali gli imputati che prestano lavori di pubblica utilità possono essere adibiti afferiscono alle seguenti tipologie di attività: 1. socio-sanitarie (alcol e tossicodipendenti, anziani, diversamente abili, stranieri, malati, minori); 2. protezione civile (soccorso alla popolazione anche in caso di calamità); 3. patrimonio ambientale (fruibilità e tutela, prevenzione incendi, salvaguardia patrimonio boschivo e forestale, demanio marittimo, protezione flora e fauna, attività connesse al randagismo animali); 4. patrimonio culturale e archivistico: fruibilità e tutela, inclusa la custodia di biblioteche, musei, gallerie e pinacoteche; 5. immobili e servizi pubblici: ospedali, case di cura, beni demaniali e patrimonio pubblico, giardini, ville e parchi; 6. specifiche competenze e professionalità dell'imputato. Così è indicato nell'art. 2, co. 4 del decreto ministeriale 8 giugno 2015, n. 88 recante la disciplina delle convenzioni in materia di pubblica utilità ai fini della messa alla prova dell'imputato.

[30] In assenza di specificazioni circa i poteri della persona offesa nella fase procedimentale in esame, potrebbe ritenersi che la stessa sia meramente titolare del diritto di essere sentita, analogamente a quanto accade, per esempio, nel caso di istanze di modifica o di sostituzione delle misure cautelari per i reati a base violenta.

[31] È comunque possibile acquisire, a richiesta di parte, le prove non rinviabili e quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato (art. 464-*sexies* Cpp).

[32] Il giudice dichiara con sentenza l'estinzione del reato, all'esito dell'udienza in camera di consiglio appositamente fissata, previa acquisizione della relazione conclusiva a cura dell'UEPE (art. 464-*septies* Cpp, art. 168-*ter* Cp).

[33] L'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova non può essere riproposta in caso di revoca o di esito negativo della precedente messa alla prova (art. 464-*novies* Cpp).

In questi termini, quindi, l'istituto della messa alla prova appare contraddistinto in senso fortemente rieducativo. L'indagato o imputato viene collocato in primo piano ed intorno a lui viene costruito un programma articolato e complesso, con l'obiettivo di realizzare un trattamento rieducativo personalizzato, adattato all'ambiente sociale, familiare ed economico di predetto soggetto. Allo stesso tempo, la vittima non viene trascurata: i suoi interessi assumono un ruolo primario nel provvedimento che riconosce l'esito eventualmente positivo o negativo della messa alla prova[34].

3. Come anticipato in fase introduttiva, la legge delega all'art. 1 co. 2, con riferimento all'istituto in esame, richiedeva al Governo «di estendere l'ambito di applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, oltre ai casi previsti dall'art. 550 co. 2 Cpp, a ulteriori specifici reati puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a 6 anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto». In aggiunta, veniva altresì richiesto «di prevedere che la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato possa essere proposta anche dal pubblico ministero». Il d.lgs. 150/2022, attuativo della l. 134/2021, ha recepito le indicazioni del Parlamento[35] e modificato la disciplina della messa alla prova sotto un duplice profilo. In primo luogo, ai sensi dell'art. 32 del Decreto di riforma, è stato integrato il comma secondo dell'art. 550 Cpp, mediante l'inserimento di nuove fattispecie di reato, punite fino a sei anni di reclusione e ritenute dal legislatore delegato compatibili con l'istituto. L'elenco tassativo[36], così come integrato dal decreto in esame, ora

---

[34] M. Miedico, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in www.archividiodpc.dirittopenaleuomo.org., 14.4.2014.

[35] In particolare, è la stessa *Relazione illustrativa del d.lgs. 10.10.2022, n. 150*, in *GU suppl straord n. 5*, 19.10.22, 470, ha chiarire le ragioni di tale scelta. Si legge, infatti, che, nei sui primi sette anni di applicazione, l'istituto della messa alla prova si è rivelato uno strumento notevolmente efficace da almeno due punti di vista: in primo luogo, sotto il profilo della deflazione dei tempi processuali, in quanto, durante la prova, non viene svolta alcuna attività giudiziaria; in secondo luogo, l'esito positivo della prova determina, come già visto, l'estinzione del reato, così impedendo l'eventuale condanna e la conseguente carcerazione. In tal senso appare evidente la sua funzione di filtro *in itinere*. Inoltre, la messa alla prova si è dimostrata efficace sotto il profilo rieducativo, in quanto, anticipando il trattamento risocializzante dell'interessato alla fase del processo di cognizione, previene il contatto del medesimo con il carcere: efficacia dimostrata dal riscontro della sensibile riduzione della percentuale di recidiva in riferimento a coloro che hanno svolto la prova con esito positivo.

[36] Si tratta dei seguenti reati: violenza o minaccia a un pubblico ufficiale (art. 336 Cp), resistenza a un pubblico ufficiale (art. 337 Cp), occultamento, custodia o alterazione di mezzi di trasporto tali da costituire pericolo per l'incolumità fisica degli operatori di polizia (art. 337-*bis*, co. 1, 2, Cp), interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità da parte di capi, promotori ed organizzatori, (art. 340, co. 3, Cp), oltraggio a un magistrato in udienza aggravato (art. 343, co. 2, Cp), esercizio abusivo di una professione aggravato (art. 348, co. 3, Cp), violazione di sigilli aggravata (art. 349, co. 2, Cp), violazione della pubblica custodia di cose (art. 351 Cp), falsa testimonianza (art. 372 Cp), false dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria o alla Corte penale internazionale (art. 374-*bis* Cp), intralcio alla giustizia con l'uso di violenza o minaccia (art. 377, co. 3, Cp), induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 377-*bis* Cp), evasione aggravata da minaccia, violenza o effrazione (art. 385, co. 2, Cp), procurata inosservanza di pena (art. 390 Cp), istigazione a delinquere (art. 414 Cp), istigazione a disobbedire alle leggi (art. 415 Cp), alterazione di monete (art. 454 Cp), contraffazione di carta filigranata in uso per la fabbricazione di carte di pubblico credito o di valori di bollo (art. 460 Cp), fabbricazione o detenzione di filigrane o di strumenti destinati alla falsificazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata (art. 461 Cp), contraffazione del sigillo dello Stato e uso del sigillo contraffatto (art. 467 Cp), contraffazione di altri pubblici sigilli o strumenti destinati a pubblica autenticazione o certificazione e uso di tali sigilli e strumenti contraffatti (art. 468 Cp), indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito o di pagamento (art. 493-*ter* Cp), falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri (art. 495 Cp), fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali (art. 495-*ter* Cp), false dichiarazioni sulla identità o su qualità personali proprie o di altri (art. 496 Cp), possesso e fabbricazione di documenti di identificazione falsi (art. 497-*bis* Cp), possesso di segni distintivi contraffatti (art. 497-*ter* Cp), atti osceni all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva pericolo che essi vi assistano (art. 527, co. 2, Cp), bigamia (art. 556 Cp), rissa aggravata con esclusione delle ipotesi in cui nella rissa taluno sia rimasto ucciso o abbia riportato lesioni gravi o gravissime (art. 588, co. 2, Cp), violenza o minaccia per costringere a commettere un reato (art. 611 Cp), violazione di domicilio con violenza sulle cose, alle persone o se il colpevole è armato (art. 614, co. 4, Cp), violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale (art. 615, co. 1, Cp), violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza commesse da persona addetta al servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni (art. 619, co. 2, Cp), furto aggravato (art. 625 Cp), danneggiamento in occasione di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico (art. 635, co. 3, Cp),

comprende numerosi delitti fra i quali si segnalano, in particolare, i delitti di frode assicurativa, appropriazione indebita, falsa testimonianza, l'esercizio abusivo della professione, l'evasione aggravata da minaccia, violenza o effrazione, la violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di sicurezza della sorveglianza speciale. Si tratta di reati che, oltre a rispettare il limite edittale indicato nella legge delega, sono idonei, per natura, a condotte riparative o a percorsi risocializzanti dell'autore e presentano una non particolare difficoltà nell'accertamento[37].

Un secondo ordine di novità introdotte dalla riforma riguarda invece l'iniziativa nella richiesta della messa alla prova. È infatti espressamente previsto che la messa alla prova possa essere chiesta dal Pubblico Ministero durante il processo (artt. 168-*bis* Cp e 464-*bis* Cpp) ovvero nel corso delle indagini preliminari, ai sensi del nuovo art. 464-*ter* 1 Cpp. In tal modo, si cerca di incentivare al massimo l'impiego dell'istituto. In relazione alla fase processuale, come anticipato, è stato inserito nell'art. 464-*bis*, co. 1, Cpp[38], con riferimento alla richiesta dell'imputato, l'inciso «anche su proposta del pubblico ministero», con la specificazione che «se il pubblico ministero formula la proposta in udienza, l'imputato può chiedere un termine non superiore a venti giorni per presentare la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova». Si tratta di una disposizione dalla chiara finalità garantista: considerato che l'impulso non proviene dall'interessato ma dal pubblico ministero diventa giusto e necessario, nel pieno rispetto del diritto alla difesa di cui all'art. 24 Cost., concedere all'imputato un termine di tempo per valutare se aderire alla proposta, richiedendo la sospensione[39].

In relazione alla fase delle indagini preliminari, è stata introdotta una nuova disposizione, l'art. 464-*ter*.1 Cpp (Sospensione del procedimento con messa alla prova su proposta del pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari)[40], che disciplina modi, tempi, forme e contenuti della proposta.

---

truffa aggravata (art. 640, co. 2, Cp), fraudolento danneggiamento dei beni assicurati e mutilazione fraudolenta della propria persona (art. 642, co. 1 e 2, Cp), appropriazione indebita (art. 646 Cp), ricettazione (art. 648 Cp), contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*bis* del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale di cui al d.p.r. 23 gennaio 1973, n.43, porto di armi ed oggetti atti ad offendere, divieto di detenzione e raccolta di armi da guerra e collezione di armi comuni da sparo, importazione definitiva di armi comuni da sparo (artt. 4, co. 4, 10, co. 3, 12, co. 5 della legge 18 aprile 1975, n. 110), istigazione, proselitismo ed induzione al reato di persona minore (art. 82, co. 1, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale, violazione delle misure imposte con provvedimenti d'urgenza (artt. 75, co. 2, 75-*bis*, 76 co. 1, 5, 7, 8 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), false attestazioni e certificazioni (art. 55-*quinquies*, co. 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), contraffazione o alterazione di visto di ingresso o permesso di soggiorno, reingresso nel territorio dello stato dello straniero già espulso, trasgressione del divieto di reingresso, esibizione o trasmissione di documenti o atti falsi per ingresso e soggiorno di investitori (artt. 5, co. 8-*bis*, 10, co. 2-*quater*, 13, co. 13-*bis*, 26-*bis*, co. 9 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), omessa dichiarazione (art. 5, co. 1 e 1-*bis* del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74).

[37] A. Madeo, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflativa comune nella "riforma Cartabia"*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2022.

[38] L'art. 464-*bis*, co. 1, Cpp, come integrato dal d.lgs. 150/2022 stabilisce: «Nei casi previsti dall'art. 168-*bis* c.p. l'imputato, anche su proposta del pubblico ministero, può formulare richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova. Se il pubblico ministero formula la proposta in udienza, l'imputato può chiedere un termine non superiore a venti giorni per presentare la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova».

[39] A. Madeo, *op. cit*., 24.

[40] Art. 464-*ter*.1 Cpp: «1. Il pubblico ministero, con l'avviso previsto dall'art. 415-*bis*, può proporre alla persona sottoposta ad indagini la sospensione del procedimento con messa alla prova, indicando la durata e i contenuti essenziali del programma trattamentale. Ove lo ritenga necessario per formulare la proposta, il pubblico ministero può avvalersi dell'ufficio di esecuzione penale esterna. 2. Nel caso previsto dal co. 1, entro il termine di venti giorni, la persona sottoposta ad indagini può aderire alla proposta con dichiarazione resa personalmente o a mezzo di procuratore speciale, depositata presso la segreteria del pubblico ministero. 3. Quando la persona sottoposta ad indagini aderisce alla proposta, il pubblico ministero formula l'imputazione e trasmette gli atti al giudice per le indagini preliminari, dando avviso alla persona offesa dal reato della facoltà di depositare entro dieci giorni memorie presso la cancelleria del giudice. 4. Nel caso previsto dal co. 3, il giudice per le indagini preliminari, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 e quando ritiene che la proposta del pubblico ministero cui ha aderito l'imputato sia conforme ai requisiti indicati dall'art. 464-*quater* co. 3 primo periodo, richiede all'ufficio di esecuzione penale esterna di elaborare il programma di trattamento d'intesa con l'imputato. 5. Nel caso previso dal co. 4, l'ufficio di esecuzione penale esterna trasmette al giudice entro novanta giorni il programma di trattamento elaborato d'intesa con l'imputato. 6. Quando lo ritiene necessario ai fini della decisione, il giudice per le indagini preliminari fissa udienza ai sensi dell'art. 127. Il giudice, se ritiene opportuno verificare la volontarietà della richiesta, dispone la comparizione dell'imputato. 7. Il giudice, valutata

La disposizione citata prevede infatti che, il Pubblico Ministero, quando emette l'avviso di conclusione delle indagini[41], *ex* art. 415-*bis* Cpp, possa proporre all'indagato di seguire un percorso di messa alla prova, indicando durata e contenuti essenziali del programma trattamentale, anche avvalendosi dell'UEPE. A fronte della proposta di sospensione del procedimento con messa alla prova, l'indagato può aderire[42], entro i venti giorni successivi alla notifica dell'avviso, mediante una dichiarazione resa personalmente o a mezzo di procuratore speciale, da depositarsi presso la segreteria del Pubblico Ministero. In caso di adesione, quest'ultimo formulerà l'imputazione (e l'indagato assumerà la veste di imputato) e trasmetterà gli atti al G.I.P., con contestuale avviso alla persona offesa, che ha facoltà di depositare memorie entro dieci giorni, presso la cancelleria del giudice. Al di fuori dei casi di proscioglimento, se ritiene idonea la proposta, il G.I.P. richiede all'UEPE l'elaborazione del programma di trattamento, d'intesa con l'imputato, con trasmissione dello stesso entro novanta giorni. Qualora non ritenga necessario disporre la comparizione in udienza camerale dell'indagato, per verificare la volontarietà dell'adesione al programma, e quest'ultimo non necessiti di modifiche o integrazioni, da effettuarsi rigorosamente con il consenso dell'imputato, il giudice per le indagini preliminari pronuncerà ordinanza, disponendo la sospensione del procedimento per messa alla prova.

Così descritte le due principali novità della riforma, è opportuno accennare brevemente ad alcuni ulteriori profili innovativi, solo in apparenza minori. Il d.lgs. 150/2022 ha cercato, infatti, di coniugare la disciplina della messa alla prova con la giustizia riparativa[43]. A tal fine, in relazione al contenuto del programma di trattamento, il nuovo art. 464-*bis*, co. 4, Cpp, fa espresso riferimento allo svolgimento di programmi di giustizia riparativa[44].

Il programma di giustizia riparativa è stato quindi preso in considerazione dal decreto in esame al fine di riempiere il contenuto del programma trattamentale che l'interessato deve allegare alla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova. Ciò al fine di facilitare l'esito positivo di quest'ultima, tenuto conto dei più ampi contenuti della giustizia riparativa. Ulteriori profili di novità nella disciplina della messa alla prova riguardano il riferimento alla c.d. udienza predibattimentale, *ex* art. 544-*bis* Cpp, introdotta dalla riforma. Infatti, alla luce della nuova disciplina, il pubblico ministero potrà avanzare la richiesta di messa alla prova anche in sede predibattimentale.

---

l'idoneità del programma trattamentale elaborato ai sensi del co. 5, eventualmente integrato o modificato con il consenso dell'imputato nel corso dell'udienza prevista dal co. 6, dispone con ordinanza la sospensione del procedimento con messa alla prova».

[41] Il limite temporale, dato dalla chiusura delle indagini preliminari, è giustificato, nella relazione illustrativa del decreto, da una *ratio* di garanzia: la completezza delle indagini preliminari assicura, da un lato, la possibilità per la persona ad esse sottoposta di operare scelte processuali con piena cognizione di causa; e, dall'altro, la serietà del lavoro inquirente, scongiurando il rischio di prassi che possano svuotare di contenuto il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Così, *Relazione illustrativa*, *cit.*, 475.

[42] L'adesione dell'imputato alla richiesta del pubblico ministero è elemento di fondamentale importanza. Infatti, in mancanza di tale elemento, la sospensione con messa alla prova sulla base della sola richiesta del pubblico ministero avrebbe costituito una violazione dei principi costituzionali di cui all'art. 27 Cost. (principio di colpevolezza e di presunzione di innocenza), dato che tale richiesta avviene quando non è stata ancora accertata la responsabilità penale dell'indagato. La proposta del pubblico ministero, come emerge anche dalla Relazione Illustrativa, deve svolgere una funzione propulsiva, incentivando la successiva richiesta dell'imputato, e non sostituire quest'ultima.

[43] Il sistema di c.d. giustizia riparativa si caratterizza per il sempre maggior peso e rilievo che viene attribuito alla condotta riparatoria, rappresentando un notevole passo in avanti rispetto ad un sistema normativo come il nostro in cui, in origine, al risarcimento del danno si attribuiva solo rilievo ai fini del trattamento sanzionatorio con la previsione della circostanza attenuante di cui all'art. 62, co. 6, Cp. Per un approfondimento sul tema E. Venafro, "*Restaurare" il diritto penale: la sfida della giustizia riparativa*, in Tra principi del diritto penale e teoria del reato, Per Giovannangelo De Francesco, Atti del convegno Pisa, 6.5.2022, A. Gargani, D. Notaro, L. Notaro, S. Riccardi, L. Ricci, A. Savarino, A. Vallini (a cura di), Pisa 2022, 233 ss.; R. Bartoli, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *RIDPP* 2016, 96 ss.

[44] La combinazione fra l'istituto della messa alla prova con la giustizia riparativa è stata realizzata ancora una volta in funzione di deflazione dei tempi processuali. Così, A. Madeo, *op. cit*., 25. Si veda anche, sul punto, S. Tarantino, *Probation dell'imputato maggiorenne e profili riparativi*, in Giustizia e mediazione, S. Dalla Bontà, E. Mattevi (a cura di), Napoli 2022, 102 ss.

4. La riforma della messa alla prova, così come sopra delineata, deve essere analizzata anche in rapporto alla radicale rivisitazione della tipologia di pene sostitutive delle pene detentive brevi operata dal legislatore delegato[45]. Nello specifico, l'art. 1, co. 17, l. 134/2021 richiedeva al Governo di abolire le sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata, previste dalla l. 24 novembre 1989, n. 689 (lett. *a*), e di prevedere come sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi la semi-libertà, la detenzione domiciliare, il lavoro di pubblica utilità, la pena pecuniaria (lett. *b*). Nessuna indicazione, invece, veniva data in ordine all'affidamento in prova al servizio sociale, che viene quindi escluso dal novero delle pene sostitutive delle pene detentive brevi. La scelta è finalizzata ad incentivare la richiesta, da parte dell'imputato, della sospensione del procedimento con messa alla prova, riducendo così i tempi del processo, ed evitando lo svolgimento dell'intero giudizio di cognizione.
Più in generale, quanto al rapporto fra l'istituto della messa alla prova e le nuove pene sostitutive delle pene detentivi brevi, è opportuno considerare la specifica scelta fatta del legislatore delegato di denominare le nuove pene aggiungendo l'aggettivo "sostitutive". L'obiettivo è rendere le stesse immediatamente distinguibili rispetto ad istituti analoghi[46], ma aventi diversa natura giuridica e disciplina, quale ad esempio il lavoro di pubblica utilità[47] disposto nell'ambito della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato. Le sanzioni sostitutive, infatti, operano in sostituzione di una pena detentiva breve e presuppongono quindi una pronuncia di condanna. Le stesse mantengono, peraltro, una dimensione funzionale di accessorietà rispetto alla pena sostituita, atteso che, trattandosi di sanzioni restrittive della libertà personale, la mancata esecuzione della pena sostitutiva o la violazione delle prescrizioni in essa contenute comporta, in ultima istanza, il recupero, in tutto o in parte, della pena detentiva originaria (art. 66 della l. 689/1981)[48]. È evidente, quindi, la differenza con il lavoro di pubblica utilità prestato nell'ambito della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato. In questo caso, infatti, manca una pronuncia di condanna e la richiesta di messa alla prova comporta una sospensione del procedimento che consente all'indagato o all'imputato di ottenere, in caso di esito positivo della prova, oltre all'estinzione del reato commesso anche una conseguente pronuncia di proscioglimento. Nell'ottica, quindi, di una valorizzazione sia del trattamento più favorevole al reo sia delle esigenze deflattive sottese all'intera riforma, qualora ne ricorrano i presupposti, pare preferibile seguire la strada della sospensione del procedimento con messa alla prova che, come visto, riduce i tempi del processo, consente di evitare lo svolgimento dell'intero giudizio e consente all'indagato o imputato di ottenere una sentenza di proscioglimento anziché di condanna.

5. Il d.lgs. 150/2002 ha posto problemi di diritto intertemporale. In particolare, la questione riguarda la possibilità di applicare la sospensione del procedimento con messa alla prova per taluno dei nuovi

[45] Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi sono state introdotte nel nostro ordinamento giuridico dalla legge 24 novembre 1981, n. 689. La *ratio* istitutiva va ricercata in un temperamento del carattere repressivo del sistema penale, oltre che nella volontà di contrastare il sovraffollamento carcerario. Sul tema si veda F. Fiorentin, *Esecuzione della pena e misure alternative alla detenzione*, Milano 2021.
[46] Si pensi anche ad altre misure alternative alla detenzione quali la semi-libertà, la detenzione domiciliare, il lavoro di pubblica utilità disposto come pena principale irrogabile dal giudice di pace o disposto nell'ambito della sospensione condizionale della pena.
[47] Il lavoro di pubblica utilità, quindi, è sia elemento del programma di messa alla prova sia pena sostitutiva. Con riferimento al lavoro di pubblica utilità sostitutivo, il nuovo art. 56-*bis* l. 689/1981 prevede che il condannato possa svolgere (di regola nella sua regione di residenza) dalle 6 alle 15 ore di lavoro settimanali, con un limite massimo di 8 ore giornaliere. Un giorno di pena viene sostituito dalla prestazione di due ore di lavoro (come si comprende dal combinato disposto dell'art. 56-*bis*, co. 3, che stabilisce che un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione di due ore di lavoro, e dell'art. 57, che prevede che la durata del lavoro di pubblica utilità corrisponde a quella della pena detentiva sostituita). Sul punto, E. Iannelli, *Le nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi: profili sostanziali*, in I dossier della Bimestrale de il sistema di diritto penale-La riforma Cartabia d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, 2022, 85.
[48] Così si legge nella *Relazione del 5 gennaio 2023, n. 2 a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione avente ad oggetto "La riforma Cartabia",* in www.cortedicassazione.it, 10.1.2023, 199.

delitti cui la riforma ha esteso l'applicazione dell'istituto anche qualora, alla data di entrata in vigore della riforma, il relativo procedimento o processo sia già pendente. Per fornire una chiara soluzione, l'art. 90 d.lgs. 150/2022 ha previsto una disposizione transitoria[49] volta ad applicare la nuova disciplina retroattivamente, dato il suo contenuto di favore per l'indagato/imputato e in conformità alla *ratio* di massima deflazione del carico giudiziario, che rende opportuno anticipare anche la chiusura dei procedimenti e processi in corso. Infatti, l'art. 90 d.lgs. 150/2022, le cui disposizioni erano destinate in origine a trovare immediata applicazione con l'entrata in vigore del decreto il 1° novembre 2022, ha previsto l'applicazione della nuova disciplina ai procedimenti pendenti in primo grado e in grado di appello, in relazione all'estensione dell'ambito operativo dell'istituto. La nuova disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova è, infatti, stata ritenuta "*in bonam partem*", avendo esteso per l'indagato e/o l'imputato la possibilità di accedere ad una modalità alternativa di definizione del procedimento o del processo, da cui può conseguire in caso di esito positivo l'estinzione del reato, per tutta una serie di nuovi delitti. La disciplina transitoria è orientata, quindi, a privilegiare la dimensione special-preventiva e il diritto al trattamento penale di favore, con effetti riduttivi sul numero dei giudizi di primo e secondo grado che devono giungere ad una sentenza di merito[50]. L'art. 90 ha stabilito, inoltre, che qualora fossero decorsi i termini indicati nel co. 2 dell'art. 464-*bis* Cpp[51] per formulare la richiesta in fase processuale per i nuovi reati, l'imputato è ammesso a formularla, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, a pena di decadenza, entro la prima udienza successiva alla data di entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 (co. 2 primo periodo); la richiesta va, invece, depositata in cancelleria entro 45 giorni dall'entrata in vigore del decreto, se per quel lasso di tempo non è stata fissata una nuova udienza (co. 2 secondo periodo). L'eventuale accoglimento della richiesta di messa alla prova, nel periodo in questione, consente alla costituita parte civile di esercitare l'azione per le restituzioni e il risarcimento del danno in sede civile, non operando, per espressa previsione dell'art. 90, co. 3, d.lgs. 150/2022, la preclusione *ex* art. 75, co. 3, Cpp.
L'entrata in vigore della novella, come originariamente prevista, è stata successivamente differita al 30 dicembre 2022 con d.l. 31 ottobre 2022, n. 162[52]. La riforma è, quindi, ufficialmente entrata in vigore il 30 dicembre 2022 con la conversione del d.l. 162/2022 ad opera della l. 30 dicembre 2022, n. 199. In particolare, la legge di conversione ha inserito nel d.lgs. 150/2022 alcune nuove disposizioni transitorie o ha modificato alcune di quelle già presenti. Tuttavia, il citato art. 90, dedicato alle disposizioni transitorie in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, non ha subito alcuna modifica e/o integrazione, restando quindi pienamente valido quanto sopra delineato.

6. Secondo i primissimi commentatori[53], l'intervento operato sull'art. 550, co. 2, Cpp e la conseguente estensione del catalogo dei reati per i quali la messa alla prova può trovare applicazione appare soddisfacente. Ferma restando, infatti, la possibilità di procedere in un secondo momento ad un'ulteriore integrazione dell'elenco, l'estensione operata dalla riforma Cartabia è in linea con i criteri della legge delega in ordine alla compatibilità dei reati scelti con la *ratio* sottesa all'istituto. Peraltro,

[49] Si legge nella *Relazione del 7 novembre 2022, n.68 a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione avente ad oggetto "Disciplina transitoria e prime questioni di diritto intertemporale del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, come modificato dall'art. 6 del decreto legge 31 ottobre 2022, n. 162*", in www.cortedicassazione.it, 8.11.2022, 21, che il legislatore delegato ha inteso così evitare quanto accadde con l'entrata in vigore della legge n. 67 del 2014 che, introducendo per la prima volta nell'ordinamento l'istituto della messa alla prova, non dettò disposizioni intertemporali, con conseguente impossibilità di accedere a tale forma di definizione del processo per tutti i giudizi in cui, alla data di entrata in vigore della legge n. 67 cit., vi fosse già stata la dichiarazione di apertura del dibattimento.
[50] *Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario*, *cit*., 21, che valorizza il ruolo della retroattività della *lex mitior* in materia penale (artt. 3, 117, co. 1, Cost.).
[51] Vale a dire i termini per avanzare richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova.
[52] L'art. 6 del d.l. 162/2022 ha infatti inserito nel d.lgs. 150/2022 il nuovo art. 99-*bis* contenente la nuova entrata in vigore.
[53] A. Salerno, *La messa alla prova*, in I dossier della Bimestrale de il sistema di diritto penale-La riforma Cartabia d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, 2022.

in ordine ai criteri selettivi, appare condivisibile la scelta di non richiedere l'estensione indiscriminata a quelli punibili con una pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni: ciò avrebbe consentito al legislatore delegato un'attuazione sicuramente molto più semplice e rapida, ma al tempo stesso meno selettiva, bastandogli innalzare da quattro a sei anni di pena detentiva il limite stabilito in via generale dall'art. 168-*bis*, co. 1, Cp per la fruibilità del beneficio[54].
Non sono mancate, tuttavia, voci dissonanti. Alcuni autori, infatti, hanno ritenuto eccessivamente limitata l'estensione della messa alla prova ai soli delitti puniti fino a sei anni di reclusione nel massimo, manifestando la propria delusione e le più ampie aspettative riposte nell'intervento legislativo[55]. Nell'opinione di chi scrive, tuttavia, si tratta di una scelta politica, discrezionale, rimessa al legislatore delegato, non tenuto necessariamente ad estendere ad ogni delitto punito fino a tale pena edittale massima la possibilità di sospensione del procedimento con messa alla prova e tantomeno di modificare il tetto massimo *ex* art. 168-*bis* Cp. Peraltro, non può non tenersi conto del fatto che ancorando l'ammissibilità della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova alla cornice edittale in astratto, il legislatore preclude l'accesso a tale istituto in tutti quei casi in cui, per effetto delle circostanze attenuanti e valutata la concreta offensività del fatto, la pena sarebbe risultata di gran lunga inferiore rispetto ai quattro anni di reclusione, pur partendo da un massimo edittale superiore. In siffatte ipotesi la finalità rieducativa e di risocializzazione dell'istituto, di certo non meno importante di quella deflattiva, potrebbe essere più facilmente raggiunta. Appare pertanto auspicabile una rimeditazione dei criteri di accesso alla messa alla prova, privilegiando le potenzialità rieducative e risocializzanti dell'istituto e consentendo al giudice di farne applicazione sulla base di una valutazione in concreto, che tenga debitamente conto della personalità dell'indagato/imputato e della gravità del fatto per cui si procede nei suoi confronti[56].
Con riferimento, invece, alla riconosciuta iniziativa in capo al Pubblico Ministero di poter proporre la sospensione del procedimento con messa alla prova, la novella rischia di tradursi in un dispendio poco efficiente di energie.
Infatti, l'iniziativa del Pubblico Ministero presuppone sempre e comunque il consenso dell'indagato/imputato, il quale, ove interessato, ben potrebbe farsi promotore di tale epilogo processuale. Il rischio, quindi, è un sovraccarico sia per l'ufficio di Procura che per l'UEPE, di cui la Procura potrà avvalersi nel predisporre la proposta, a fronte della probabilità che tale proposta non trovi adesione da parte di un indagato che, se realmente intenzionato ad accedervi, avrebbe richiesto la sospensione del procedimento con messa alla prova di propria iniziativa[57].

[54] A. Madeo, *op. cit*., 22.
[55] A. Sanna, *La messa alla prova riformata, tra giustizia riparativa ed esecuzione ante iudicium*, in www.discrimen.it, 13.12.2022.
[56] Si rinvia alle considerazioni di A. Salerno, *op. cit*., 106.
[57] Tali spunti riflessivi, qua pienamente condivisi, si devono ad A. Salerno, *La messa alla prova alla luce della riforma Cartabia*, in www.lamagistratura.it, 21.9.2021.

L'ESTINZIONE DELLE CONTRAVVENZIONI "ALIMENTARI" NELLA FASE DELLE INDAGINI PRELIMINARI: COMMENTO DELLE DISPOSIZIONI INTRODOTTE DALL'ART. 70 D.LGS. 150/2022 («MODIFICHE ALLA LEGGE 30 APRILE 1962 N. 283»)

di Andrea Rugani
(*Dottorando di ricerca in diritto penale, Università di Pisa*)

Il contributo analizza le disposizioni introdotte nel corpo della l. 283/1962 (artt. 12-*ter* - 12-*nonies*) dall'art. 70 d.lgs. 150/2022. La finalità di deflazione processuale è stata perseguita estendendo al settore delle contravvenzioni "alimentari" la procedura estintiva fondata sull'adempimento di una prescrizione "ripristinatoria" e sul pagamento di una somma "sanzionatoria", che consente di estinguere il reato e di evitare, così, l'esercizio dell'azione penale. L'aspetto maggiormente problematico sembra costituito dall'accertamento del requisito di "possibile elisione del danno o del pericolo", previsto dalla legge in rapporto funzionale con l'emanazione della prescrizione.
This article analyses artt. 12-ter - 12-nonies l. 283/1962, introduced by art. 70 d.lgs. 150/2022. In order to assure deflation of criminal trial, it has been extended to "food crimes sector" a procedure that aims at extinction of the crime, thanks to offense removal and payment of financial penalty. The most problematic aspect seems to be the verification of "possibile elimination of the damage or the danger", an element required by the law in functional relation with the "provision" that judicial police has to issue, in order to assure the offense removal.

SOMMARIO: 1. Premessa: *ratio* e *iter* legislativo. Cenni sui recenti progetti di riforma in materia penale alimentare. - 2. Inquadramento dell'istituto: finalità, profili distintivi dall'art. 162-*bis* Cp, qualificazione giuridica. - 3. Ambito oggettivo di applicazione. - 3.1. La "suscettibilità di elisione del danno o del pericolo arrecato mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie": profili di compatibilità con il settore delle contravvenzioni alimentari. - 3.2. La delimitazione *quod poenam*. - 4. Il contravventore. - 5. Impulsi alla procedura: l'iniziativa dell'organo accertatore. - 5.1. Segue. L'iniziativa del p.m. - 6. La prescrizione: natura giuridica, contenuto, regime temporale. - 6.1. - Segue. Le ipotesi d'impossibilità materiale e giuridica di adempimento. - 6.2. Le ipotesi anomale e atipiche di regolarizzazione. - 7. La verifica dell'adempimento e l'ammissione al pagamento della sanzione amministrativa: esiti della procedura - 7.1. - Modulo alternativo: lo svolgimento dei lavori di pubblica utilità. - 8. La sospensione del procedimento. - 9. Disciplina transitoria e conclusioni.

1. In attuazione del criterio direttivo previsto dall'art. 2 co. 23 l. 27 settembre 2021 n. 134 («delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari»), l'art. 70 d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150[1], ha esteso al sistema delle contravvenzioni "alimentari" previste dalla l. 30 aprile 1962 n. 283, e a quelle in materia di igiene, produzione, tracciabilità e vendita di alimenti e bevande contenute in altri provvedimenti legislativi, la procedura estintiva fondata sull'adempimento di una prescrizione "ripristinatoria" e sul pagamento di una somma "sanzionatoria", destinata a operare nella fase delle indagini preliminari e a fondare la richiesta di archiviazione del pubblico ministero.

Come noto, l'istituto è ispirato a finalità special-preventive e deflattive: da una parte, si intende stimolare il contravventore all'adozione di una "contro-condotta virtuosa" che rimuova l'offesa arrecata, dall'altra, si tende a favorire la conclusione del procedimento, evitando l'esercizio dell'azione penale.

[1] «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari».

Il "meccanismo" estintivo risulta mutuato da altri settori dell'ordinamento penale: si pensi, per citare le ipotesi di maggiore fortuna applicativa, alla causa di estinzione delle contravvenzioni in materia di sicurezza e igiene sul lavoro, originariamente prevista dagli artt. 19 e ss. d.lgs. 758/1994 (il cui ambito applicativo è stato, poi, esteso dall'art. 301 Tusl), e alla «disciplina sanzionatoria degli illeciti amministrativi e penali in materia di tutela ambientale», prevista dagli artt. 318-*bis* e ss. Tua: dall'elaborazione dogmatica e giurisprudenziale dei suddetti settori potranno essere tratte le indicazioni esegetiche utili ai fini dell'analisi di questo intervento di riforma.
Considerando l'*iter* legislativo, è opportuno osservare che il principio direttivo alle origini del complesso di disposizioni introdotte discende dalla previsione di cui all'art. 10 d.d.l. a.c. 2435 del 13.3.2020 (atto parlamentare a firma del Ministro A. Bonafede, dal quale è scaturita l'approvazione della menzionata legge n. 134), che prevedeva l'introduzione di «una causa di estinzione delle contravvenzioni destinata a operare nella fase delle indagini preliminari, per effetto del tempestivo adempimento di apposite prescrizioni impartite dall'organo accertatore e del pagamento di una somma di denaro determinata in una frazione del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa» (lett. *a*): il testo della disposizione è, infatti, rimasto identico a seguito delle proposte di modifica elaborate dalla Commissione ministeriale presieduta da G. Lattanzi, nominata dalla Ministra M. Cartabia per la predisposizione di emendamenti al citato d.d.l.
L'individuazione del settore delle "contravvenzioni alimentari" quale ambito di applicazione della procedura deriva, invece, da una scelta del legislatore delegato, visto che l'art. 1 co. 23 lett. *b* l. 134/2021, in conformità del citato d.d.l., riferiva l'intervento alle contravvenzioni per le quali fosse possibile «l'elisione del danno o del pericolo arrecato mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie (…)», senza nominare espressamente alcun ambito applicativo; il Governo ha motivato l'opzione in favore del settore punitivo-alimentare sulla base di due considerazioni ascrivibili ad intenti di semplificazione e deflazione: la frequente contestazione degli illeciti alimentari, che determinerebbe «un significativo impatto sull'attività giudiziaria»[2]; l'esistenza di autorità di vigilanza specializzate (come i corpi "N.A.S."), quale «premessa indispensabile per il successo della procedura amministrativa che porta a prescrivere condotte ripristinatorie/risarcitorie al fine dell'estinzione del reato»[3].
È possibile rilevare come il settore penale-alimentare sia stato oggetto, in tempi recenti, di tentativi di riforma rimasti incompiuti, il cui significato normativo (e sistematico) si collega alle modifiche introdotte dalla riforma Cartabia.
Da una parte, assume rilievo il d.d.l. a.c. 2427 del 6.3.2020, che, nel riformare complessivamente la materia, introduceva, a mezzo dell'art. 6 co. 4 lett. *d*, una procedura estintiva affine a quella prevista dal d.lgs. 150 (inserendo, nel corpo della l. 283/1962, gli artt. 12-*ter* e 12-*quater*); come noto, la proposta legislativa, che recepiva i lavori della Commissione ministeriale "Caselli", non è mai stata approvata dal Parlamento.
Dall'altra, si deve ricordare la "singolare" vicenda del d.lgs. 2 febbraio 2021 n. 27, il quale, in attuazione delle previsioni contenute nel Regolamento 625/2017/Ue, aveva abolito le contravvenzioni alimentari previste dalla l. 283/1962 (art. 18 co. 1 lett. *b* d.lgs. 27, *cit.*), senza, tuttavia, introdurre nessun illecito amministrativo corrispondente, come reso necessario dal Considerando n. 90 del citato Regolamento Ue (volto alla previsione di sanzioni «effettive, dissuasive e proporzionate» alle infrazioni delle norme di «filiera agroalimentare»); al fine di rimediare al vuoto di tutela causato, il Governo ha repentinamente approvato il d.l. 22 marzo 2021 n. 42, che ha evitato la menzionata depenalizzazione (art. 1 co. 1 lett. *a*), accogliendo gli auspici della dottrina.
Dal momento che l'effetto estintivo del reato si lega al compimento di una condotta che rimuova l'offesa arrecata, gli obblighi di "tutela effettiva" imposti dalle indicate fonti europee sembrano

[2] Cfr. la *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150: «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari»*, rinvenibile su *www.gazzettaufficiale.it*, 366.
[3] *Relazione illustrativa, cit.*, 366.

formalmente rispettati dal presente intervento di riforma[4]: sarà importante che, nella prassi, si dia luogo a un'interpretazione sostanziale dell'istituto (elaborando prescrizioni volte a un'effettiva regolarizzazione della situazione illecita), evitando automatismi applicativi pregiudizievoli della sua anima preventiva.
La tecnica normativa prescelta si caratterizza per l'inserimento, nel testo della l. 283/1962, degli artt. 12-*ter* - 12-*nonies*, contenenti la disciplina complessiva della procedura in questione, da coordinarsi con le disposizioni di diritto transitorio previste dall'art. 96 d.lgs. 150/2022.

2. Come è noto, la procedura estesa alle contravvenzioni alimentari mira all'estinzione del reato, assicurata dall'adempimento di una prescrizione tesa a stimolare un "ravvedimento operoso" e dal successivo pagamento, in sede amministrativa, di una somma pecuniaria a titolo di sanzione.
L'effetto estintivo rappresenta l'esito conclusivo di un procedimento "a formazione progressiva", una finestra "extra-processuale" (funzionale alla rimozione dell'offesa e al pagamento della sanzione), che incide, però, sul processo, nella misura in cui l'adempimento di ogni sequenza dell'iter estintivo fonda e giustifica, in un'ottica di "sussidiarietà secondaria"[5], la rinuncia alla pena da parte dell'ordinamento. La desistenza della giurisdizione all'irrogazione del trattamento sanzionatorio risulta, in particolare, giustificata dall'esigenza di evitare la progressione di situazioni di pericolo, nell'ambito di settori di tutela dove «conta più che altrove il raggiungimento di un risultato utile rispetto alla mera applicazione di sanzioni, attesa la non remota eventualità che queste vengano trattate come un costo e che la situazione resti, nonostante la condanna, del tutto immutata sul piano della sicurezza»[6].
L'istituto risulta affine all'oblazione prevista dall'art. 162-*bis* Cp, con la quale condivide alcuni presupposti (la rimozione delle conseguenze dannose o pericolose e il pagamento di una somma a titolo di sanzione) e l'effetto estintivo del reato. Sussistono, però, alcune non trascurabili differenze: la collocazione procedimentale (le indagini e non il processo), la competenza dei soggetti chiamati a "governare" la procedura (un organo amministrativo e il p.m., non il giudice), l'importo sanzionatorio funzionale ad estinguere il reato (un sesto del massimo dell'ammenda e non la metà), la determinazione *ex ante*, a mezzo di un atto prescrittivo, delle condotte necessarie alla rimozione dell'illecito. Un requisito, quest'ultimo, che conferisce certezza all'applicazione della figura estintiva, nella misura in cui se ne predeterminano i presupposti, sottraendone l'apprezzamento alla discrezionalità giudiziale: come efficacemente osservato in dottrina, la procedura ad esame rappresenta una "parafrasi razionalizzata"[7] dell'art. 162-*bis* Cp.
Il dibattito concernente la qualificazione giuridica dell'istituto, risalente e articolato, è stato condotto, essenzialmente, alla luce della efficacia sostanziale e processuale della causa estintiva[8]: in questa sede, ci si limita a ricordare che sussistono, almeno, quattro principali impostazioni teoriche recepite dalla giurisprudenza di legittimità.
Una prima tesi, maggioritaria, ha suggerito di ricondurre il meccanismo alla categoria delle "condizioni di procedibilità": l'espletamento di tutte le fasi della sequenza procedimentale rappresenterebbe, pertanto, l'"antecedente necessario" all'esercizio dell'azione penale, in difetto del quale il giudice sarebbe chiamato a pronunciare sentenza *ex* art. 129 Cpp[9].

[4] Cfr. la *Relazione illustrativa, cit.*, 365.
[5] G. Amarelli, *Non punibilità e responsabilità colposa*, in *ED - I tematici II - 2021*, 825.
[6] Così, G. Morgante, *Attuazione dell'art. 1, L. 3.8.2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (d.lgs. 9.4.2008, n. 81 - Titolo XII)*, in *LP 2009*, 53.
[7] T. Padovani, *Diritto penale del lavoro*, in G. Pera, *Diritto del lavoro*[V], Padova 1996, 641.
[8] Per la ricostruzione di tale dibattito, v., per tutti, A Gargani, *Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro*, in T*rattato teorico pratico di diritto penale, X, Reati contro la salute e la dignità dei lavoratori*, a cura di B. Deidda e A. Gargani, Torino 2012, 328, 329.
[9] *Ex multis*, v. Cass. 4.10.2007 n. 43825 in *CEDCass*, m. 238260.

Una seconda teoria ha proposto la qualificazione in termini di "condizione obiettiva di punibilità intrinseca", risultando necessario, ai fini della rimproverabilità, accertare il dolo o la colpa del contravventore che sia rimasto inadempiente di una o più fasi del procedimento[10].
Un'ulteriore lettura ha riconosciuto la natura di "causa estintiva a formazione complessa", con la conseguente rilevanza soggettiva dell'adempimento, *ex* art. 182 Cp, che renderebbe inconferenti eventuali regolarizzazioni ad opera di terzi[11].
Infine, un indirizzo ha riconosciuto la natura multiforme dell'istituto: esso integrerebbe una condizione di procedibilità e, al contempo, una causa di non punibilità sopravvenuta estensibile ai concorrenti[12]. Si tratta di un'interpretazione condivisibile, nella misura in cui si valorizza l'efficacia sostanziale della procedura (correlata alla non punibilità sopravvenuta del contravventore, quale effetto premiale del "ravvedimento operoso") e la sua indubbia valenza processuale (da riconoscersi nell'efficacia condizionante al possibile esercizio dell'azione penale).

Si deve osservare che, nei settori in cui è già stata sperimentata, la causa estintiva ad esame si è rivelata un formidabile strumento di deflazione processuale: un successo applicativo che, malgrado alcune criticità, potrebbe essere replicato anche nella materia alimentare.

3. Secondo quanto previsto dall'art. 12-*ter* co. 1, la procedura si applica alle contravvenzioni contemplate dalla l. 283/1962 «e da altre disposizioni aventi forza di legge, in materia di igiene, produzione, tracciabilità e vendita di alimenti e bevande».
La mancata elencazione delle contravvenzioni estinguibili fa sì che le disposizioni introdotte siano applicabili con certezza ai soli reati previsti dalla l. 283/1962 (oggetto di espressa menzione): l'individuazione degli ulteriori illeciti ad oggetto della disciplina, nell'ambito del vasto e articolato settore "igiene, produzione, tracciabilità e vendita di alimenti e bevande"[13], viene delegata alla futura decifrazione "casistica" della prassi, alla quale è assegnato il compito di «valorizzare maggiormente la nuova causa estintiva, evitando al contempo irragionevoli esclusioni (…) nell'ambito della disciplina penale»[14].
Oltre alle contravvenzioni della l. 283/1962, si potrebbe, ad es., applicare l'istituto ai reati in tema di "O.G.M." (d.lgs. 70/2005), "sicurezza alimentare" (d.lgs. 193/1997), "integratori alimentari" (d.lgs. 169/2004), "aromi alimentari" (d.lgs. 107/1992), in una elencazione i cui criteri discretivi sembrano costituiti dai concetti normativi di "alimento" (nozione sulla quale non si registrano interpretazioni unanim)[15] e "bevanda" (che può, invero, appartenere al genere "alimento").
In osservanza del criterio di cui all'art. 1 co. 3 l. 134, *cit.*, il legislatore delegato ha, poi, previsto che il meccanismo estintivo non si applichi nel caso in cui le contravvenzioni concorrano con uno o più delitti (art. 12-*ter* co. 1).
Come si legge nella relazione illustrativa, la scelta, che non trova conferme nell'ambito dei precedenti settoriali, è ispirata a logiche di economia processuale, che non si realizza allorché il procedimento penale debba proseguire per i concorrenti delitti[16].

[10] Cfr. Cass. 11.1.2008, Pirovano, in *CEDCass*, m. 239279.
[11] Cass. 27.3.2003 n. 23921, in *CEDCass*, m. 224772.
[12] In dottrina, V. Valentini, *La riforma dei meccanismi premiali in ambito giuslavoristico: profili sostanziali e sistematici, in RTrimDPenEc* 2007, 609.
[13] Per un'opinione critica, che sottolinea l'incongruità del riferimento alla materia della «tracciabilità perché, a legislazione vigente, la violazione degli obblighi di rintracciabilità appare presidiata da sanzioni amministrative (art. 2 del d.lgs. n.190 del 2006)», cfr. Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Rel. n. 2/2023 - Relazione sulla novità normativa "Riforma Cartabia*", 2.1.2023 (rinvenibile su *www.giurisprudenzapenale.com), 259.*
[14] *Relazione illustrativa, cit.*, 368; sul punto, cfr. anche C. Bernasconi, *Deflazione processuale mediante istituti di diritto sostanziale nella c.d. Riforma Cartabia: il restyling alla particolare tenuità del fatto e la nuova procedura estintiva in materi di alimenti e bevande*, in *www.discrimen.it*, 16.1.2023, 9, secondo la quale la tecnica normativa consente la massima operatività dell'istituto introdotto.
[15] Così, A. Madeo, *Le fattispecie penali di cui alla legge n. 283/1962*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale - Illeciti punitivi in materia agro-alimentare*, a cura di A. Gargani, Torino 2011, 285.
[16] V. la *Relazione illustrativa, cit.*, 367.

La clausola di riserva potrà, invero, delimitare considerevolmente l'ambito applicativo, non soltanto nei casi in cui la contravvenzione accertata concorra con reati a danno dell'incolumità personale (ad es., lesioni a seguito di intossicazioni alimentari), ma, soprattutto, nelle (frequenti) ipotesi di concorso tra i reati di cui alla l. 283/1962 e i delitti contro l'industria e il commercio, previsti nel Libro secondo, Titolo VIII, Capo II, Cp[17].

3.1. In ossequio al (menzionato) criterio direttivo, il legislatore delegato ha, poi, individuato nella suscettibilità di «elisione del danno o del pericolo arrecato mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie» (art. 12-*ter* co. 1) uno dei requisiti di estinguibilità delle contravvenzioni: si tratta di una clausola assente nella disciplina del d.lgs. 758/1994 e antitetica a quella prevista dall'art. 318-*bis* Tua (che subordina la possibile estinzione delle contravvenzioni ambientali, non già alla presenza, ma all'*assenza* di un «danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette»).
Per la centralità che il parametro assume nell'economia funzionale della norma, si rende opportuno verificarne la compatibilità con il settore punitivo-alimentare: a tal fine, occorre premettere una (sintetica) delineazione del sistema di tutela previsto dalla l. 283/1962, «legge-quadro, testo organico, razionale e di portata generale in una materia, l'igiene alimentare, caratterizzata da un sistema capillare di leggi "sotto-settoriali"»[18], e interessato, altresì, da una crescente frammentazione e da problematiche interferenze.
L'art. 5, norma centrale della legge, proibisce di «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» prive dei requisiti di genuinità e purezza specificamente indicati dalle successive lettere *a* - *h* (che contemplano situazioni quali l'assenza di elementi nutritivi, la mescolanza con sostanze di qualità inferiori, il cattivo stato di conservazione, l'invasione da parassiti, la presenza di cariche microbiche superiori ai limiti legali, l'aggiunta di additivi chimici non autorizzati, etc.): la sanzione (pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda) è, invece, prevista, mediante la tecnica del rinvio, dal successivo art. 6 co. 3.
Sono previste, poi, due ulteriori disposizioni: l'art. 6 co. 2 (commercio, produzione e vendita di fitofarmaci e presidi delle derrate alimentari immagazzinate, in difetto delle relative autorizzazioni) e l'art. 12 co. 1 (importazione, nel territorio della Repubblica, di qualsiasi sostanza destinata all'alimentazione non conforme ai requisiti di legge).
Come risulta evidente, dal punto di vista obbiettivo si è in presenza di reati istantanei di mera condotta, il cui precetto risulta spesso integrato da fonti di rango legislativo e sub-legislativo, che hanno, ad es., la funzione di qualificare la "genuinità" di un alimento (art. 5 lett. *a)*, di determinare i limiti di tolleranza di sostanze microbiche all'interno dello stesso (art. 5 lett. *b*), o ancora di autorizzare l'aggiunta di certi additivi chimici (art. 5 lett. *g*).
In dottrina, si tende a riconoscere nell'igiene e nella genuinità delle sostanze destinate all'alimentazione umana il bene giuridico protetto in via diretta, con la conseguente qualificazione delle fattispecie in termini di reati di danno[19], opzione alla quale sembra riconducibile l'orientamento giurisprudenziale che vi ravvisa un pregiudizio per l'"ordine alimentare".
Sulla base dell'autorevole rilievo dottrinale per cui sia «una petizione di principio dare per presupposto che la legislazione speciale sugli alimenti, così abbondante e particolareggiata, abbia il suo esclusivo criterio ispiratore nella genuinità»[20], è, peraltro, possibile riconoscere nella "salute" - menzionata espressamente dall'art. 1 l. 283/1962 - il referente *finale* di valore, al quale le

[17] Come segnala A. Madeo, *op. cit.*, 309, la giurisprudenza è solita ravvisare il concorso tra la contravvenzione di cui all'art. 5 lett. *a* l. 283 e i delitti di cui agli artt. 515 e 516 Cp.
[18] *Id*, *op. cit.*, 276.
[19] A. Madeo, *op. cit.*, 283.
[20] C. Pedrazzi, *Le direttrici della tutela penale in materia alimentare*, in AA.VV., *Problemi penali in tema di frodi alimentari*, Milano 1971, 72.

contravvenzioni alimentari offrono tutela *mediata*, secondo la tecnica del "pericolo presunto o indiretto"[21].
Considerata la "bipolarità teleologica" con cui può essere intesa la tutela del predetto bene, è inoltre opportuno evidenziare che, nell'ambito della l. 283/1962, assume rilievo la sua connotazione offensiva in termini di «pericolo circoscritto alla salute di un singolo (anche indeterminato, quale esponente della collettività) o di una cerchia ristretta di persone»[22], in contrapposizione ai caratteri pubblicistici ("pericolo comune"), che identificano la "salute" nel settore dei delitti "di comune pericolo mediante frode", di cui al Libro secondo, Titolo VI, Capo II, Cp; in quest'ultimo caso, infatti, «i caratteri tipologici e teleologici dell'oggetto della condotta illecita incorporano ed implicano una così elevata e significativa potenzialità diffusiva del danno (si pensi, ad es., alle acque destinate ad essere attinte dalla popolazione di un dato territorio), da minacciare una pluralità indeterminata di consumatori o utenti»[23].
Oltre a reati di pericolo presunto o indiretto, nella l. 283/1962 compaiono anche figure criminose espressive di un "pericolo concreto" per la salute dei consumatori, alla luce della riscontrata dannosità per l'uomo della sostanza (si tratta, ad es., dell'art. 5 lett. *d* [impiego di sostanze alimentari nocive] ed *h* [impiego di sostanze contenenti fitofarmaci tossici per l'uomo], avuto riguardo ai requisiti di "tossicità" e "nocività", e, secondo una pronuncia giurisprudenziale[24], dell'art. 5 lett. *a* [trattamento di sostanze alimentari dalla composizione variata], considerata l'accertata natura pericolosa dei prodotti chimici).
Se parametrato alla lettura assiologica delle contravvenzioni alimentari quali reati di danno (all'igiene alimentare) o di pericolo presunto (per la salute dei consumatori), il requisito di "possibile elisione del danno o del pericolo arrecato mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie" rischia di rivelarsi di difficile accertamento concreto, atteso che i predetti esiti offensivi si consumano ed esauriscono - una volta che i prodotti illeciti siano stati sequestrati - nella condotta contestata.
Al fine di non sottoporre la normativa introdotta ad una sorta di *interpretatio abrogans*[25], si pone, allora, l'esigenza d'individuarne il campo applicativo nel settore punitivo-alimentare.
Avuto riguardo al parallelismo metodologico instaurato con la disciplina di cui agli artt. 318-*bis* e ss. Tua[26], potrebbe ipotizzarsi il necessario riferimento a «(un danno) o un pericolo *concreto e attuale*» (art. 318-*bis* co. 1 Tua), la cui possibile rimozione debba essere verificata a cura dell'organo accertatore, che troverebbe conferma nel riferimento alle *conseguenze* dannose o pericolose della condotta illecita (art. 12-*ter* co. 2), veri e propri esiti lesivi da apprezzarsi sul piano concreto (ad es., un danno da intossicazione alimentare della quale si imponga il ristoro oppure la diffusione, sul mercato, di prodotti non genuini dei quali si prescriva il ritiro).
Tale conclusione si lega alla tesi dottrinale che riconosce l'autonomia applicativa del "pericolo concreto" nel settore delle contravvenzioni alimentari, contrariamente ad altro orientamento che, in

[21] A. Gargani, *L'evoluzione del diritto punitivo nel settore agro-alimentare*, in *Trattato teorico-pratico*, *cit.*, 8, il quale osserva che «oggetto di repressione, attraverso la tecnica del pericolo presunto o indiretto, sono "situazioni sintomatiche del possibile insorgere di situazioni di pericolo" [GROSSO, 99], correlate a tutti i potenziali fattori di rischio che possono derivare dall'inosservanza di parametri igienico-sanitari in tema di sicurezza alimentare».
[22] *Id*, *Reati contro l 'incolumità pubblica - Tomo II (reati di comune pericolo mediante frode*), in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, IX, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano 2013, 301.
[23] *Id*, *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, repressione*, a cura di L. Foffani, A. Doval Pais, D. Castronuovo, Milano 2014, 604.
[24] Cass. 23.1.2007 n. 21021, in *www.iusexplorer.it.*
[25] Questo sembrerebbe l'effetto indiretto della lettura proposta dalla Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *op. cit*., 262, che evidenzia come il campo di elezione riguardi «per lo più, reati alimentari di mera condotta, aventi natura istantanea con effetti permanenti, difficilmente regolarizzabili o suscettibili di elisione mediante un contegno post-contravvenzionale, una volta che sia stata compromessa irreversibilmente la sicurezza alimentare».
[26] Cfr. la *Relazione illustrativa*, *cit.*, 368, secondo la quale si pone la necessità di compiere «un tipo di valutazione analoga, metodologicamente, a quella richiesta per le contravvenzioni in materia ambientale dall'art. 318 bis d. lgs. n. 152/2006».

presenza di una concreta probabilità di danno, rileva invece la prevalenza applicativa, per assorbimento, dei delitti di "comune pericolo mediante frode", di cui agli artt. 438 e ss. Cp[27].
La prima tesi distingue, in particolare, le fattispecie codicistiche dalle "frodi alimentari" (di cui alla l. 283/1962), in base al "calibro" del rispettivo "pericolo": mentre quello a fondamento dei delitti sarebbe un pericolo comune, che «presuppone due aspetti caratterizzanti e interconnessi: l'indeterminatezza quantitativa (*in incertas ac plurimas personas*), quale riflesso delle modalità diffusive del pericolo»[28], alla base delle contravvenzioni alimentari vi sarebbe un "pericolo particolare", che «può, tutt'al più, riguardare un singolo individuo (indeterminato) o una cerchia ristretta di persone, senza che sia possibile riscontrare la probabilità di processi patologici»; in altri termini, la dimensione offensiva a fondamento delle frodi alimentari pericolose assumerebbe i tratti di un «pericolo individuale plurimo (*in incertam personam*), che incombe su più persone e che può colpire il singolo quale rappresentante del bene collettivo»[29].
Si tratta d'implicazioni sistematiche desumibili dalla constatata "bipolarità teleologica" della "salute" quale referente di valore: come già evidenziato, il giudizio di pericolo a fondamento dei delitti di cui agli artt. 438 e ss. Cp dovrebbe, infatti, essere ontologicamente impostato in chiave "astratta e generalizzante", il che impedirebbe il (problematico) assorbimento delle contravvenzioni alimentari pericolose, per le quali, invece, risulterebbe pur sempre necessario un accertamento in termini di pericolosità concreta.
La differente latitudine dei requisiti di pericolo sarebbe, del resto, rispecchiata dalla diversa gravità astratta dei reati[30], e trarrebbe, oggi, una possibile conferma dalle disposizioni introdotte in seno alla l. 283/1962, che hanno individuato nel "pericolo suscettibile di elisione" un requisito applicativo caratterizzante l'orizzonte offensivo delle contravvenzioni alimentari.
Il necessario accertamento di parametri concreti atti a restringere l'offesa ad una dimensione offensiva "particolare" (riferimento delle conseguenze pericolose ad un "singolo individuo" o a una "cerchia ristretta di persone", assenza della probabilità di processi patologici futuri), sembra, altresì, escludere i rischi di una pericolosità "latente" e "diffusiva", che sono stati recentemente valorizzati in funzione di delimitazione applicativa dell'istituto introdotto[31]: siffatte situazioni sembrerebbero, invero, caratterizzare la dimensione offensiva, non già delle contravvenzioni alimentari, ma dei delitti contro la salute pubblica previsti dal codice penale.
Mediante la restrizione e la concretizzazione dei parametri obbiettivi dell'offesa, si determinerebbe, inoltre, l'alleggerimento dei compiti gravanti sull'organo accertatore: diversamente dalla problematica dimostrazione del pericolo corso dalla salute collettiva, le condizioni di pericolosità delle contravvenzioni alimentari paiono, infatti, suscettibili di più agevole accertamento (e realisticamente rimovibili a mezzo di condotte di ripristino).
Da ultimo, si evidenzia che, se interpretata in chiave di delimitazione dell'ambito applicativo (come sembrerebbe evincersi dalla relazione illustrativa)[32], la clausola in questione rischia di fomentare irragionevoli disparità di trattamento, sia rispetto ai casi (meno gravi) in cui non siano state causate delle conseguenze dannose o pericolose da rimuovere[33], sia in rapporto alla disciplina penale

[27] In tal senso, v., per tutti, A. Madeo, *op. cit.*, 308.
[28] A. Gargani, *Il pericolo comune, cit.*, 602.
[29] *Ibidem.*
[30] Per tali osservazioni, v. ancora A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica, cit.*, 298.
[31] Secondo la Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *op. cit., 262*, la praticabilità della procedura estintiva nel settore delle contravvenzioni alimentari sarebbe ostacolata (e resa, altresì, inopportuna) dal rischio che, una volta cessata la condotta illecita, permangano situazioni di pericolosità latente, «tanto per eventuali pregiudizi a distanza derivanti dalla precedente assunzione, quanto per l'incertezza che discende dall'immissione in commercio a cui sia esposto anche un singolo consumatore» (nota 529); inoltre, come ricordato, sussisterebbero «effetti permanenti, difficilmente regolarizzabili o suscettibili di elisione mediante un contegno post-contravvenzionale, una volta che sia stata compromessa irreversibilmente la sicurezza alimentare».
[32] Secondo la quale «le contravvenzioni cui si applica la causa estintiva sono *solo quelle* (corsivo nostro) suscettibili di elisione del danno o del pericolo mediante condotte riparatorie o risarcitorie» (366).
[33] Per alcune considerazioni al riguardo, cfr. il par. 6.1.

dell'ambiente. Non sembra, infatti, ragionevole che, al contravventore ambientale, sia consentito l'accesso alla procedura estintiva a condizione che manchi un danno o un pericolo concreto e attuale per l'ambiente (art. 318-*bis* co. 1 Tua), e, in assenza dei predetti esiti offensivi, non sia invece consentita l'estinzione del reato al trasgressore della disciplina alimentare.

3.2. Il criterio di delega volto a subordinare l'estinzione del reato al pagamento «di una somma di denaro determinata in una frazione del massimo *dell'ammenda stabilita* per la contravvenzione commessa» (art. 1 co. 23 lett. *a* l. 134, *cit.*) ha indotto il Governo ad includere *quod poenam*, nell'ambito applicativo, non solo le contravvenzioni punite con l'ammenda o con pena alternativa, ma altresì quelle a c.d. "pena congiunta".

Se si escludono le controverse disposizioni di cui agli artt. 318-*bis* e ss. Tua (in relazione alle quali, si è, invero, ipotizzata l'applicazione della causa di estinzione alle contravvenzioni a pena congiunta, considerata l'assenza di una disposizione legislativa di segno contrario), si deve osservare che una simile scelta non trova precedenti nei testi di legge che disciplinano l'analogo meccanismo estintivo; le motivazioni sul punto offerte dal Governo riguardano la circostanza che, «nel fare riferimento all' "ammenda prevista per il reato commesso" (la legge delega) si limita a richiedere che la contravvenzione di cui si tratti sia punita con la pena edittale dell'ammenda - rilevante quale parametro d'individuazione della somma da pagare in sede amministrativa - senza escludere l'ipotesi della comminatoria congiunta dell'arresto»[34].

In sede di audizione parlamentare in merito al testo dell'art. 10 d.d.l. a.c. 2435, autorevole dottrina aveva considerato la possibilità che il meccanismo estintivo venisse esteso alle contravvenzioni a pena congiunta; si era, così, ammonito circa il rischio, insito nella estinzione del reato a seguito di pagamento di un importo pecuniario, che fosse vanificata la comminatoria di pena detentiva, con la conseguente, surrettizia trasformazione di "tutte le contravvenzioni a pena congiunta in contravvenzioni a pena alternativa"[35].

Siffatto rischio, astrattamente presente nella formulazione definitiva del testo di legge, sembra contenuto dal riferimento della procedura estintiva all'esclusivo settore punitivo-alimentare (opzione riconducibile, come già evidenziato, ad una scelta successiva del legislatore delegato): nella "legge-quadro" in tema di contravvenzioni alimentari (l. 283/1962), non si rinvengono, infatti, contravvenzioni a pena congiunta ma soltanto a pena alternativa[36].

La disciplina può, tuttavia, causare delle consistenti disparità di trattamento, rispetto, sia alle contravvenzioni punite con il solo arresto (non estinguibili, malgrado la loro minor gravità), sia ai precedenti settoriali dell'istituto ad esame (il cui campo applicativo risulta, al più, limitato alle contravvenzioni punite con pena alternativa)[37].

4. La prescrizione che dà avvio alla procedura funzionale all'estinzione del reato deve essere impartita al "contravventore" (art. 12-*ter* co. 2), vale a dire il soggetto responsabile della violazione riscontrata.

Dal momento che, nella maggior parte dei casi, la trasgressione del precetto alimentare risulta commessa all'interno di contesti imprenditoriali, si è posto il problema d'individuarne il soggetto attivo: nell'ambito di imprese a struttura semplice (piccole ditte individuali, società di modeste dimensioni organizzative), risulta frequente l'attribuzione di responsabilità al titolare/legale rappresentante (anche in caso di violazioni commesse da un dipendente), considerata l'identificazione di quest'ultimo con il contesto organizzativo (e la politica d'impresa) determinanti l'illecito[38]. In caso,

---

[34] *Relazione illustrativa*, *cit.*, 366.

[35] Per simili osservazioni, cfr. l'audizione del Prof. Tullio Padovani alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati, avvenuta il 5.11.2020, nell'ambito dell'indagine conoscitiva in merito all'esame del disegno di legge 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, rinvenibile su *www.radioradicale.it*.

[36] A mezzo del d.lgs. 507/1999, la pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda (art. 6 l. 283) è stata, in effetti, trasformata in alternativa, al fine di agevolare l'adeguamento *ex post* alle norme alimentari, mediante l'accesso all'oblazione di cui all'art. 162-*bis* Cp.

[37] Evidenzia tali profili d' "incoerenza sistematica", C. Bernasconi, *Deflazione processuale*, *cit.*, 11.

[38] A. Madeo, *op. cit.*, 286.

invece, di strutture complesse, la giurisprudenza ha, come noto, elaborato criteri sostanziali tesi a sopperire all'omessa codificazione della "delega di funzioni" nel settore alimentare: si finisce così, per attribuire la responsabilità, non già al superiore in vertice dell'impresa, ma al soggetto che abbia effettivamente ed autonomamente gestito l'unità organizzativa nella quale si è perpetrato l'illecito (salve eventuali responsabilità del "delegante", in caso di *culpa in eligendo* o *in vigilando*)[39].
Copia della prescrizione deve, inoltre, essere notificata o comunicata al «rappresentante legale dell'ente nell'ambito o al servizio del quale opera il contravventore» (art. 12-*ter* co. 3): una nozione comprensiva di qualunque rapporto giuridico intercorrente tra il trasgressore e il contesto imprenditoriale, che ha lo scopo di responsabilizzare la "*societas*" in ordine alla rimozione dell'illecito accertato[40].
In dottrina, si è osservato che, in caso di funzioni delegate, la predetta notifica è in grado di fondare la responsabilità del garante originario, «in tutte le ipotesi in cui l'eventuale permanenza del reato possa determinare la correità per omesso impedimento dell'evento dannoso o pericoloso»[41]: tale fenomeno risulta, peraltro, notevolmente ridimensionato nel settore delle contravvenzioni alimentari, dal momento che, trattandosi di reati istantanei "materialmente impossibili da rimuovere", non sembra esigibile, dal legale rappresentante, alcuna attivazione funzionale alla neutralizzazione della situazione antigiuridica (contegno che, per vero, si rivelerebbe necessariamente "postumo"), ma soltanto la rimozione delle sue conseguenze dannose o pericolose[42].

5. L'avvio del meccanismo estintivo è assegnato dalla legge all'iniziativa dell' "organo accertatore", al quale è rimesso il potere-dovere di emanare la prescrizione (art. 12-*ter* co. 2) e di verificarne l'adempimento (art. 12-*quater* co. 1): l'attribuzione al predetto organo della gestione "extra-processuale" della procedura rappresenta - come segnalato in dottrina a proposito dell'istituto analogo di cui all'art. 20 d.lgs. 758/1994 - una delle principali differenze rispetto all'oblazione di cui all'art. 162-*bis* Cp, «la quale è condotta direttamente dall'autorità giudiziaria, con ampi margini di discrezionalità»[43].
Poiché, come chiarisce la norma, l'attività inerisce all'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria di cui all'art. 55 Cpp (in particolare, assume rilievo la funzione di "impedimento di conseguenze ulteriori dei reati"), va da sé che l'organo accertatore, venuto a conoscenza di un reato procedibile d'ufficio, dovrà darne tempestiva comunicazione alla Procura della Repubblica ai sensi dell'art. 347 Cpp (art. 12-*ter* co. 5). La soggezione al potere di direzione e controllo del pubblico ministero rende, altresì, necessaria la trasmissione, imposta dalla stessa norma, del verbale con cui siano state impartite le prescrizioni: la comunicazione risulta funzionale all'eventuale esercizio, da parte del p.m., del potere di modifica *ex* art. 12-*ter* co. 6, prerogativa alla quale aggiungere la possibile revoca della prescrizione emanata in difetto assoluto dei presupposti, e non destinata, pertanto, a sfociare nella richiesta di archiviazione.
Nell'incertezza derivante dall'assenza di una espressa definizione legislativa (sulla falsariga dell'art. 19 co. 1 lett. *b* d.lgs. 758/1994), si pone il problema d'individuare le autorità che rivestono la qualifica di "organo accertatore"[44].

---

[39] In argomento, cfr. V. Pacileo, *Reati alimentari. Le contravvenzioni e le relative indagini*, in *DirAgr*, n. 1/2022, 154, secondo il quale «in primo luogo, il responsabile sarà di regola colui che è, per così dire, più vicino al fatto, cioè colui che poteva e doveva governare quello specifico rischio per la sicurezza alimentare».
[40] V. Valentini, *Il meccanismo "ripristinatorio" ex artt. 19 ss. d.lgs. n. 758/1994*, in *Diritto del lavoro, VII, Il diritto penale del lavoro*, a cura di N. Mazzacuva ed E. Amati, Torino 2007, 432.
[41] Così, T. Padovani, *D. Lgs. 19.12.1994, n. 758 - Modificazioni della disciplina sanzionatoria in materia di lavoro*, in *LP 1995*, 375.
[42] Per tali osservazioni, cfr. ancora V. Valentini, *op. cit.*, 432.
[43] Per il commento indicato nel testo, e per le espressioni citate, v. A. Gargani, *Criteri, cit.*, 340.
[44] La problematica è stata segnalata dagli operatori del settore, come dimostrano i temi affrontati nel corso del *webinar* "*Le prescrizioni estintive dei reati igienico-sanitari dopo il d.lgs. 150/2022*", svoltosi in data 6.12.2022, a cura di CeDiSA - Centro Studi sul Diritto e le Scienze dell'Agricoltura, Alimentazione e Ambiente.

A tal fine, può assumere rilievo la normativa di cui al d.lgs. 27/2021, emanata in attuazione della legge-delega 4 ottobre 2019 n. 117, che a sua volta si propone l'attuazione delle disposizioni previste dal Regolamento Ue 2017/625, in tema di "controlli ufficiali" (e altre attività) nella normativa sugli alimenti.
L'art. 4 del predetto Regolamento delega gli Stati membri ad individuare le "autorità competenti" al compimento dei controlli per ciascuno dei settori disciplinati dall'art. 1 par. 2 (che elenca una serie di materie concernenti l'ambito igienico-sanitario latamente inteso).
Sul piano interno, il d.lgs. 27/2021 ha individuato le suddette autorità, scindendo i settori di "vigilanza" nella vasta materia igienico-sanitaria: negli ambiti indicati dall'art. 2 co. 1 (il cui denominatore comune è la tutela della purezza e dell'igiene alimentare), la competenza è attribuita al Ministero della salute, alle Regioni, alle Province autonome di Trento e Bolzano e alle Aziende sanitarie locali; per i settori di cui all'art. 2 co. 3 (ai quali è trasversale la protezione della lealtà commerciale, in difetto di problematiche relative alla "sicurezza alimentare"), la competenza è attribuita al Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali.
Assume, altresì, rilievo la circostanza che, nella disciplina delle "azioni esecutive" delle "autorità competenti" degli Stati membri, l'art. 117 di predetto citato Regolamento preveda che sia data la priorità alle iniziative «da adottare per eliminare o contenere i rischi per la sanità umana, animale e vegetale (…)». Si tratta di una disposizione che trova specificazione nel successivo art. 138 co. 1 lett. *b*, laddove si prevede l'adozione di «misure opportune per assicurare che l'operatore interessato ponga rimedio ai casi di non conformità e ne impedisca il ripetersi»: come segnalato da alcuni primi commenti, non è azzardato ipotizzare l'identità funzionale tra le azioni esecutive disciplinate dalla normativa europea e le finalità di cessazione e ripristino dell'offesa, proprie della prescrizione estintiva di cui all'art. 12-*ter*. Conseguentemente, la qualifica di "organo accertatore" dovrebbe essere attribuita alle autorità individuate dagli Stati membri, in attuazione della citata disciplina europea.
Una conferma in tal senso potrebbe, del resto, essere tratta dal testo dell'art. 2 co. 11 d.lgs. 27, *cit.*, che, in assonanza con quanto previsto dall'art. 12-*ter* co. 2, attribuisce alle "autorità competenti" la qualifica di "polizia giudiziaria".
Nella prassi, assumerà, peraltro, primario rilievo l'attività di accertamento condotta dai cc.dd. "N.A.S.", menzionati dal co. 10 del citato art. 2 quali corpi specializzati dei quali può avvalersi l'autorità competente-Ministero della salute, e - come già evidenziato - considerati espressamente in sede di relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022, quali reparti specializzati idonei ad assicurare il funzionamento del meccanismo prescrittivo.

5.1. L'art. 12-*sexies* disciplina l'ipotesi in cui il pubblico ministero prenda notizia della contravvenzione di propria iniziativa o a mezzo di privati o pubblici agenti in genere: al fine di preservare l'operatività della causa di estinzione, si prevede che sia data opportuna comunicazione all'organo accertatore o alla polizia giudiziaria, affinché costoro diano corso alla procedura ad esame.
Poiché il soggetto tecnicamente competente ad emanare la prescrizione estintiva è l'organo accertatore[45], si intende, così, assicurare la funzionalità del meccanismo, evitando disparità di trattamento, che si sarebbero inevitabilmente generate laddove il p.m. avesse potuto esercitare l'azione penale senza attivare l'istituto premiale.
Nel caso in cui la notizia di reato pervenga ad un pubblico agente in genere, l'emanazione dell'atto prescrittivo può, peraltro, essere assicurata dalla recente previsione normativa, di cui all'art. 2 co. 12 d.lgs. 27/2021, che sancisce l'obbligo, per il personale e le forze di polizia appartenenti ad istituzioni diverse dalle citate "autorità competenti", di comunicare a quest'ultime l'accertamento di violazioni della disciplina igienico-sanitaria: la predetta segnalazione esclude, infatti, la violazione dell'art. 361

[45] Secondo T. Padovani, *D.Lgs., cit.*, 382, la disposizione è finalizzata a rispettare «la specifica competenza tecnica dell'organo di vigilanza in materia di prevenzione antinfortunistica e di igiene del lavoro (che sarebbe stata assurdamente ignorata qualora si fosse consentito di impartire la prescrizione a qualsiasi organo pubblico occasionalmente imbattutosi nella contravvenzione)».

Cpp (essendo diretta ad organi pubblici che hanno "l'obbligo di riferire all'autorità giudiziaria") e preserva, al contempo, l'operatività della procedura ad esame (interessando soggetti che hanno il potere-dovere di attivarla).
Privi di un'espressa disciplina, continuano a essere i casi in cui il p.m. eserciti l'azione penale senza aver richiesto alla polizia giudiziaria di emanare la prescrizione e quelli in cui vi sia un disaccordo tra la p.g. e il p.m. circa il dovere di procedere in tal senso: la dottrina, richiamando argomentazioni di carattere sistematico, tende a risolvere il primo caso postulando l'improcedibilità dell'azione penale e la seconda ipotesi affermando la prevalenza delle direttive impartite dalla pubblica accusa[46].

6. La prescrizione rappresenta il "perno" della procedura estintiva[47]: la sua emanazione è, infatti, idonea ad assicurare l'osservanza postuma del precetto violato e, al contempo, ad eliminare situazioni offensive in atto.
Avuto riguardo alla natura giuridica, si è affermata l'appartenenza di predetto "ordine" alla categoria (non già degli atti amministrativi, ma) degli atti di polizia giudiziaria, considerata la sua emanazione nell'esercizio di funzioni di p.g. (art. 55 Cpp) e la sua stretta appartenenza al procedimento penale, del quale costituisce «esordio necessitato e doveroso», e «nel quale è destinato a vivere e produrre effetti, anche sul piano del diritto sostanziale»[48]: conseguentemente, esclusa la possibile impugnazione amministrativa delle prescrizioni illegittime, i rimedi debbono essere individuati nella giurisdizione penale (mediante istanze al p.m., nel contesto procedimentale, o al giudice, in quello processuale).
L' "estinzione della contravvenzione" (termine che, nell'art. 12-*ter* co. 2, prende il posto del vocabolo "eliminazione" contenuto negli artt. 20 d.lgs. 758/1994 e 318-*ter* Tua) deve essere, in primo luogo, correlata alla cessazione della violazione in atto, mediante reiterazione del precetto violato (c.d. "prescrizione di legge"), che rappresenta il "nucleo caratteristico" dell'ordine impartito, in rapporto al quale non è escluso l'esercizio di discrezionalità tecnica da parte della p.g.: nel caso in cui il precetto sia composto da norme cautelari *elastiche*, si rende, infatti, necessario indicare al contravventore le specifiche modalità di adempimento[49] (tale aspetto appare, invero, di minore rilievo nel settore delle contravvenzioni alimentari, laddove gli standard di sicurezza sono perlopiù definiti, con prescrizioni *rigide*, ad opera di fonti extra-penali integrative del precetto).
In secondo luogo, in correlazione con l'ambito applicativo della procedura estintiva (contravvenzioni suscettibili di "elisione del danno o del pericolo arrecato"), è necessaria l'imposizione di misure volte ad elidere "le conseguenze dannose o pericolose" (art. 12-*ter* co. 2).
Sembra, così, essere stata promossa a contenuto indefettibile dell'atto di p.g., la c.d. "prescrizione di regolarizzazione", vale a dire l'imposizione di misure di dettaglio volte a far cessare la situazione offensiva, «che rappresentano una modalità particolare di adempimento della prescrizione di legge, sanzionata penalmente»[50].
Come stabilito dalla giurisprudenza di legittimità in rapporto ad analogo meccanismo estintivo, l'imposizione di predette misure rappresenta solo un'eventualità nel settore della sicurezza sul lavoro, potendo darsi il caso che non vi sia alcuna "regolarizzazione" da imporre[51]: la loro disciplina alla stregua di elemento obbligatorio dell'atto prescrittivo è, pertanto, in grado di escludere l'applicazione della disciplina in esame nelle ipotesi in cui non sussistano pregiudizi eliminabili o pericoli suscettibili di rimozione, ma può essere apprezzata sul piano della proporzionalità sanzionatoria, nella

[46] Per tali osservazioni, cfr. A. Gargani, C*riteri, cit.*, 341.
[47] T. Padovani, *D.Lgs., cit.*, 378.
[48] Così, Cass. 14.2.2000 n. 1037, in *CP 2001*, 1322. La dottrina concorda sulla qualificazione giuridica in termini di "atto di p.g.": v., per tutti, T. Padovani, *D.Lgs., cit.*, 378.
[49] *Ex multis*, V. Valentini, *op. cit.*, 429.
[50] A. Gargani, *Criteri, cit.*, 340.
[51] Cass. 5.5.2010 n. 26578, in *www.iusexplorer.it*.

misura in cui si bilancia, attraverso l'imposizione di una condotta adeguatrice, la considerevole riduzione dell'importo sanzionatorio estintivo del reato[52].
Il contenuto facoltativo della prescrizione è, invece, disciplinato dall'art. 12-*ter* co. 4, a tenore del quale «l'organo accertatore può imporre, anche con riferimento al contesto produttivo, organizzativo, commerciale o comunque di lavoro, specifiche misure atte a far cessare situazioni di pericolo ovvero la prosecuzione di attività potenzialmente pericolose per la sicurezza, l'igiene alimentare e la salute pubblica».
Si tratta di misure urgenti, che provvedono alla tutela "cautelare" del bene giuridico protetto, quando quest'ultimo sia esposto al pericolo di reiterazione dell'offesa accertata: la natura dinamica delle situazioni pericolose contemplate dalla norma fa sì che risulti massima la discrezionalità dell'organo accertatore nell'imporre misure contenitive, che potranno anche riguardare il contesto economico-imprenditoriale di manifestazione dell'illecito (si potrà, ad es., imporre la modifica del ciclo produttivo, il cambio di un macchinario, l'eliminazione di certi prodotti dagli utilizzi industriali, etc.).
Tra i fondamenti del meccanismo prescrittivo, potrebbero così essere colte, sviluppando un rilievo dottrinale[53], istanze di responsabilizzazione delle "*societates*" nella prevenzione e nel contrasto degli illeciti alimentari.
La prescrizione deve essere adempiuta entro un termine, stabilito dall'organo accertatore in quello "tecnicamente necessario", e, comunque, non superiore a sei mesi (art. 12-*ter* co. 2): la disposizione contempla l'eventualità di una sola proroga, per un periodo non superiore a ulteriori sei mesi, laddove il contravventore dimostri la presenza di "specifiche e documentate esigenze" che determinino un ritardo a lui non imputabile nella regolarizzazione[54] (il provvedimento di proroga deve essere espressamente motivato e immediatamente comunicato al pubblico ministero, cui è rimesso un controllo di legittimità).
Probabilmente, sono state esigenze di velocizzazione sottese alla riforma a suggerire di non replicare - secondo lo schema dell'art. 318-*ter* Tua - la disciplina temporale sancita dall'art. 20 d.lgs. 758/1994: si è, così, eliminata l'ipotesi della c.d. "proroga ordinaria" (fondata sulla "particolare complessità" o sulla "oggettiva difficoltà" di adempimento), regolamentando la sola "proroga straordinaria" (relativa, appunto, alla sussistenza di "circostanze non imputabili").
Peraltro, in caso di oggettiva difficoltà o particolare complessità, non sembra preclusa la via di un'istanza al p.m., affinché quest'ultimo, esercitando il potere di modifica di cui all'art. 12-*ter* ult. co., disponga una variazione del regime temporale delle prescrizioni, fermo il limite legale massimo di sei mesi.

6.1. Il dibattito concernente la natura doverosa o facoltativa della prescrizione ha consentito di ricondurre l'istituto ad una situazione soggettiva di potere-dovere dell'organo accertatore, chiamato a valutare, con discrezionalità tecnica, i presupposti di emanazione dell'atto[55]: la conferma può essere tratta dall'art. 12-*septies* co. 2, laddove si prevede che, nel caso dell'art. 12-*sexies* co. 1 (trasmissione degli atti da parte del p.m., affinché sia emanata la prescrizione), l'organo accertatore o la p.g. informino il pubblico ministero che *non ritengono* di emanare l'atto prescrittivo (con il conseguente venir meno della sospensione del procedimento).

[52] Per tali osservazioni, cfr. A. Gargani, *Criteri*, *cit.*, 340, che rileva come «il contravventore allora, che comunque deve adempiere alla prescrizione generale di legge, è chiamato ad adempiere ad una prescrizione ulteriore - quella *singulatim* impartitagli dall'organo di vigilanza - e questo aggravio della sua posizione, quale possibile conseguenza ulteriore del reato commesso, è bilanciato dalla misura premiale dell'oblazione in sede amministrativa del reato a condizioni più favorevoli dell'oblazione di cui agli artt. 162 e 162-bis c.p.».
[53] V. la nota 40.
[54] In caso di proroga intervenuta in data successiva alla scadenza della prescrizione, il *dies a quo* della nuova prescrizione coincide con il giorno successivo alla scadenza del primo atto e non con la data del provvedimento di proroga: Cass. 28.2.2007 n. 13753 in *CEDCass*, *m.* 236347.
[55] V., per tutti, T. Padovani, *D.Lgs.*, *cit.*, 378, che si riferisce ad un "dovere vincolato".

A siffatta valutazione possono, in particolare, essere ricondotte le ipotesi d'impossibilità giuridica di regolarizzazione, laddove, per cause iniziali o sopravvenute (all'emanazione della prescrizione), il soggetto titolare del potere di regolarizzare non sia (o non sia più) il contravventore. In caso d'impossibilità sopravvenuta, secondo una (isolata) pronuncia, sarebbe possibile valutare se il mancato tempestivo adeguamento sia dipeso o meno dalla colpa del contravventore, con la conseguenza che soltanto nel primo caso risulterebbe precluso l'effetto estintivo[56].
L'omessa emanazione di una prescrizione potrebbe, altresì, essere ricondotta ad ipotesi d'impossibilità materiale, in ordine alla quale assume rilievo l'evoluzione legislativa (e giurisprudenziale) che ha finito per includere la categoria dei "reati istantanei" nel novero delle contravvenzioni estinguibili in materia di sicurezza, igiene sul lavoro e ambiente.
Come noto, l'esaurimento degli effetti proprio di predetti reati aveva inizialmente indotto dottrina e giurisprudenza a collegarvi, appunto, l' "impossibilità materiale" di emanare una prescrizione regolarizzatrice, ritenendo impraticabile la via della procedura estintiva di cui al d.lgs. 758/1994. La Consulta aveva giudicato conforme all'art. 3 Cost. la suddetta differenza applicativa, ritenuta giustificata in base alla diversa struttura delle fattispecie incriminatrici (reati istantanei o permanenti), nella costruzione delle quali il legislatore traduce, discrezionalmente, le proprie scelte di politica criminale (C. Cost., ord. 16.12.1998 n. 416).
L'approvazione del d.lgs. 124/2004 in materia di lavoro e legislazione sociale, e la conseguente estensione del meccanismo estintivo alle fattispecie "a condotta esaurita" (art. 15 co. 3), ha consentito di riconoscere la non "incompatibilità ontologica"[57] tra reati istantanei e procedura estintiva fondata sull'adempimento della prescrizione.
Sviluppando l'indicazione legislativa, la giurisprudenza successiva ha esteso il meccanismo alle contravvenzioni istantanee di carattere ambientale e in materia di sicurezza e igiene sul lavoro: oltre che ad argomentazioni letterali e sistematiche (fondate, essenzialmente, sul richiamo del citato art. 15 co. 3), si è fatto ricorso al parametro della ragionevolezza, affermando la sostanziale equivalenza, in funzione applicativa, delle situazioni in cui il reo abbia commesso un illecito dannoso o pericoloso ponendovi rimedio, a quelle in cui il «contravventore (abbia) commesso una violazione meno grave - perché istantanea e priva di conseguenze - ed abbia correttamente proceduto al pagamento delle sanzioni amministrative imposte dall'autorità di vigilanza»[58].
La conclusione assume particolare rilievo ai fini della presente indagine, non solo perché consente di ritenere compatibile il sistema delle contravvenzioni alimentari (formato da reati istantanei) con la procedura estintiva di cui agli artt. 12-*ter* e ss. l. 283/1962, ma anche perché induce a riflettere sull'effettiva ragionevolezza del requisito normativo volto a subordinare l'applicazione della disciplina all'accertamento della possibile elisione del danno o del pericolo arrecati. La sostanziale equivalenza tra le ipotesi in cui la violazione sia stata rimossa e il danno o il pericolo eliminati a cura del reo, a quelle - meno gravi - in cui non vi sia possibilità alcuna di regolarizzazione (considerata l'istantaneità della condotta e l'assenza di un danno o un pericolo effettivamente rimovibili), sembra, infatti, suggerire l'opportunità di un'equiparazione a livello disciplinare.

6.2. In applicazione di uno specifico criterio di delega (art. 1 co. 23 lett. *a* l. 134, *cit.*), si è previsto che, in caso di adeguamento in un termine superiore a quello stabilito con l'atto di p.g., la pena sia diminuita (prima parte dell'art. 12-*nonies*): si tratta di un'attenuante ad effetto comune soggetta all'ordinario giudizio di bilanciamento[59].
Al contempo, l'adempimento tardivo della prescrizione, ovvero l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose con modalità diverse da quelle indicate dall'organo accertatore, devono essere valutati, nel contesto processuale, ai fini dell'oblazione di cui all'art. 162-*bis* Cp (seconda parte

[56] Cass. 22.1.2004 n. 14777, in *CP 2005*, 942, che ha sancito la natura di "condizione obiettiva di punibilità intrinseca", come tale addebitabile almeno a titolo colposo, della mancata ottemperanza alla prescrizione di regolarizzazione.
[57] A. Gargani, *Criteri*, *cit.*, 345.
[58] Cass. 18.4.2019 n. 1195, in *CEDCass*, m. 36405.
[59] In tal senso, v. la *Relazione illustrativa*, *cit.*, 373.

dell'art. 12-*nonies*): in tal caso, la somma da versare dovrà essere ridotta ad un quarto del massimo dell'ammenda (un importo inferiore alla "metà del massimo" prevista dalla disposizione codicistica).
La disciplina temporale dell'istituto (i cui presupposti applicativi devono essere integrati «prima dell'apertura del dibattimento, ovvero prima del decreto di condanna») assicura il coordinamento sistematico con la causa estintiva prevista dal codice penale.
Quest'ultima disposizione è affine a quella di cui all'art. 24 co. 3 d.lgs. 758/1994, ed è stata, infatti, introdotta in assenza di uno specifico criterio di delega, «al fine di evitare irragionevoli disparità di trattamento»[60].
L'istituto è fondato sulla visione sostanziale dell'adempimento "anomalo" (tardivo o con modalità diverse) e tutela il contravventore contro il rischio di prescrizioni inadeguate (dalle modalità e dal regime temporale eccessivamente rigidi e restrittivi): il ripristino della legalità dovrà comunque essere valorizzato, in sede giudiziale, nella prospettiva dell'estinzione dell'illecito.
Sussistono, tuttavia, due importanti differenze rispetto ai casi di "esatto adempimento": da una parte, «l'ingiunto si espone al "rischio" insito nella valutazione discrezionale del giudice sui presupposti dell'oblazione»[61], dall'altra, l'importo sanzionatorio per l'estinzione del reato (un quarto del massimo dell'ammenda) è superiore a quello previsto dall'art. 12-*quater* co. 2 per le ipotesi in cui la procedura si concluda nella fase delle indagini (un sesto del massimo dell'ammenda). Una discrasia, quest'ultima, che non trova conferma nel testo del d.lgs. 758/1994, e che - in assenza di indicazioni da parte del legislatore delegato - può forse essere ricondotta alla preminenza dell'«anima meno nobile della fattispecie, ossia lo scopo deflattivo»[62]: il contravventore dovrà "scontare il prezzo" di non aver consentito la conclusione del procedimento mediante richiesta di archiviazione, pagando un importo superiore a titolo di sanzione.
Nel caso di adempimento tardivo, la delimitazione applicativa tra la prima parte della norma (circostanza attenuante) e la seconda (estinzione del reato), sembra rimessa all'esercizio delle prerogative difensive: se l'istanza *ex* art. 162-*bis* Cp attiverà il modulo estintivo, la celebrazione del processo consentirà, invece, in caso di condanna, di valorizzare l'adeguamento in chiave di riduzione della pena.
Oltre a rilevare la destinazione funzionale del meccanismo estintivo all'osservanza postuma delle norme previste dalla legislazione violata e a scopi di deflazione processuale, la Corte Costituzionale (sent. n. 198/1998) ha evidenziato la sostanziale equipollenza delle ipotesi "ordinarie" di regolarizzazione (adempimento conforme e tempestivo) a quelle in cui, invece, la regolarizzazione sia "autonoma o spontanea", il che accadrebbe, essenzialmente, in tre casi: adempimento precedente o indipendente dall'atto prescrittivo (c.d. "regolarizzazione spontanea"); regolarizzazione nonostante l'omessa prescrizione; regolarizzazione in presenza di una prescrizione irregolare (emanata, cioè, senza osservare le forme prescritte dalla legge).
Un apprezzamento sostanziale delle tre vicende menzionate consente, infatti, di ravvisarvi l'integrazione concreta della finalità essenziale dell'istituto (il ripristino della legalità), con la conseguenza che l'organo accertatore sarebbe tenuto a "ratificare" l'adempimento anomalo e atipico, "correggendo" la prescrizione impartita in violazione di legge o prendendo atto della regolarizzazione spontanea (c.d. "prescrizione ora per allora"), ed ammettendo, dunque, il contravventore al pagamento in sede amministrativa.

7. La verifica dell'adempimento della prescrizione deve avvenire, a cura dell'organo accertatore, entro trenta giorni dalla scadenza del termine stabilito nell'atto: in caso di esito positivo, il contravventore verrà ammesso al pagamento in sede amministrativa, nei successivi trenta giorni, di

[60] *Relazione illustrativa, cit*., 374.
[61] Così, V. Valentini, *op. cit.*, 431, il quale rileva che «il messaggio legislativo è fin troppo chiaro: "se vuoi la certezza di non essere condannato, sistema le cose fuori dal procedimento"».
[62] V. Valentini, *op. cit*., 431.

una somma pari ad un sesto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa (art. 12-*quater c*o. 1 e 2).
Le tempistiche per la comunicazione al p.m. dell'esito della procedura sono variabili: sessanta giorni dalla scadenza del termine fissato per il pagamento della sanzione, nel caso d'integrale adempimento di prescrizione e sanzione (art. 12-*quater* co. 3); sessanta giorni dallo spirare del termine indicato nell'atto prescrittivo, nel caso d'inadempimento della prescrizione o della sanzione, comunicazione da estendersi allo stesso contravventore (art. 12-*quater* co. 4).
Rispetto alla disciplina della fase di verifica dei più volte citati precedenti settoriali, si è previsto, in funzione acceleratoria e incentivante, una complessiva riduzione dei termini di comunicazione (la verifica dell'adempimento deve, ad es., avvenire entro trenta giorni - non già sessanta - dalla scadenza stabilita nella prescrizione)[63] e una consistente riduzione dell'importo sanzionatorio (da un quarto del massimo dell'ammenda, si è passati ad un sesto).
Il pagamento della somma a titolo di "oblazione" deve avvenire entro trenta giorni dalla relativa comunicazione di polizia giudiziaria (art. 12-*quater* co. 2): si tratta di termine perentorio non soggetto a proroghe[64].
Nel caso in cui risulti l'adempimento della componente ripristinatoria (osservanza della prescrizione) e di quella sanzionatoria (pagamento dell'importo), l'effetto premiale previsto dall'art. 12-*octies* co. 1 è dato dall'estinzione del reato: il pubblico ministero dovrà, pertanto, formulare richiesta di archiviazione *ex* art. 411 Cpp (art. 12-*octies* co. 2), secondo una valutazione (di completezza e correttezza del meccanismo procedurale sfociato nella non punibilità), che è ovviamente soggetta al controllo del giudice per le indagini preliminari.
La legge non disciplina le conseguenze dell'omesso adempimento di una o più fasi dell'iter estintivo, che devono però essere individuate, sul piano sistematico, nella prosecuzione del procedimento mediante l'esercizio dell'azione penale.

7.1. L' "autentica novità" della disciplina in esame è rappresentata dalla "prestazione di lavoro di pubblica utilità in alternativa al pagamento in sede amministrativa", disciplinata dall'art. 12-*quinquies*.
In adempimento del criterio di delega di cui all'art. 1 co. 23 lett. *a* l. 134, *cit.*, il Governo ha, infatti, previsto che, entro il termine stabilito per il pagamento della sanzione pecuniaria, il contravventore possa chiedere al pubblico ministero, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, di svolgere, in alternativa, un'attività lavorativa di pubblica utilità presso enti statali o del terzo settore (art. 12-*quinquies* co. 1).
Il presupposto di accesso all'istituto risiede nell'impossibilità di adempiere alla sanzione pecuniaria, per le proprie condizioni economiche e patrimoniali: è un requisito che deve essere "comprovato" dall'interessato a mezzo di dichiarazione sostitutiva di certificazione, ai sensi dell'art. 46 co. 1 lett. *o* d.P.R. 445/2000.
La mancata specificazione di parametri reddituali rende incerto l'apprezzamento concreto dei requisiti di accesso all'istituto, e, pertanto, disagevole l'eventuale accertamento di veridicità delle dichiarazioni svolte.
La richiesta deve essere comunicata (a cura del soggetto istante) anche all'organo accertatore (art. 12-*quinquies* co. 2), che dovrà a quel punto astenersi dal verificare l'avvenuto pagamento della sanzione amministrativa.
Assieme alla richiesta, deve essere depositata la manifestazione di consenso dell'ente individuato per lo svolgimento dei lavori: non si tratta di un requisito di ammissibilità, ma soltanto di un adempimento volto a velocizzare la procedura.
L'ammissione al modulo alternativo viene decisa con decreto dal pubblico ministero: come segnalato nella relazione illustrativa, si tratta di una significativa novità, atteso che finora l'applicazione di

[63] Per tali osservazioni, Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *op. cit.*, 264.
[64] *Ex multis*, v. Cass. 17.9.2019 n. 46462, in *CEDCass, m. 277278.*

misure analoghe (conversione della pena pecuniaria in caso d'insolvibilità del condannato, sanzione sostitutiva di una "pena detentiva breve", sanzione principale irrogabile dal giudice di pace) era sempre stata attribuita dalla legge all'autorità giurisdizionale. L'attribuzione di competenza funzionale al p.m. appare coerente, nella disciplina ad esame, con il ruolo di coordinamento e controllo assegnato al predetto organo.
Nel decreto di ammissione devono essere stabilite la durata e il termine per iniziare e concludere i lavori: il provvedimento deve essere notificato al contravventore, all'organo accertatore e all'autorità di pubblica sicurezza chiamata a svolgere funzioni di vigilanza nella fase "esecutiva" (cfr. *infra*).
Il criterio di ragguaglio tra sanzione pecuniaria e sanzione "sostitutiva" è quello previsto per la conversione della pena pecuniaria in caso d' insolvibilità del condannato (un giorno di lavoro equivale a 250 euro), corrispondente, altresì, al coefficiente di ragguaglio di cui all'art. 135 Cp.
Dopo aver stabilito che un giorno di lavoro è pari a due ore di servizio, la durata massima della sanzione sostitutiva è stata fissata in sei mesi.
Si è, inoltre, previsto che lo svolgimento dei lavori non debba pregiudicare le esigenze di lavoro, studio, famiglia e salute del contravventore; al contempo, la sanzione sostitutiva non potrà superare le sei ore settimanali, fascia temporale aumentabile con provvedimento del p.m. previa richiesta dell'interessato, fermo il limite massimo delle otto ore giornaliere (art. 12-*quinquies* co. 3).
Le modalità di esecuzione della sanzione sostitutiva sono rimesse alla determinazione di un decreto del Ministro della Giustizia, da emanarsi d'intesa con la conferenza unificata Stato-città e le autonomie locali di cui all'art. 8 d.lgs. 281/1997. L'art. 96 co. 2 d.lgs. 150 ha previsto che, nelle more dell'adozione del predetto decreto, dovranno essere applicati, in quanto compatibili, i d.m. del 26.3.2001 (norme per le modalità di svolgimento dei lavori di pubblica utilità nel sistema penale del giudice di pace) e dell'8.6.2015 (regolamento per lo svolgimento dei lavori di pubblica utilità nell'ambito della sospensione del procedimento penale con messa alla prova).
Il controllo sull'osservanza degli obblighi connessi allo svolgimento dei lavori è affidato all' "ufficio di pubblica sicurezza" o, in mancanza, all'Arma dei Carabinieri territorialmente competente (art. 12-*quinquies* co. 4): la scelta è probabilmente correlata all'intento di non sovraccaricare i (già oberati) uffici di esecuzione penale esterna. La disposizione richiederà, comunque, l'adeguamento organizzativo delle competenti forze dell'ordine, a cui è rimesso l'onere di comunicazione con gli enti del terzo settore, ai fini delle relazioni finali circa lo svolgimento del programma concordato di lavori.
Alle predette autorità è anche rimesso l'obbligo di comunicare, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine stabilito nel decreto del p.m., l'avvenuto svolgimento (o meno) delle attività, ai fini delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale: il positivo svolgimento dei lavori consente, infatti, di estinguere il reato; il mancato svolgimento determina, invece, la prosecuzione del procedimento penale.
Si prevede, inoltre, che, in ogni caso, il contravventore possa interrompere lo svolgimento dei lavori di pubblica utilità, senza pregiudizi per l'effetto estintivo. Attraverso il pagamento di una somma pecuniaria pari a un sesto del massimo della contravvenzione commessa, dedotta la quantificazione pecuniaria relativa al periodo di attività effettivamente svolto, l'art. 12-*quinquies* co. 6 salvaguarda, infatti, l'operatività della causa estintiva. L'attestazione del pagamento dell'importo "residuo" dovrà essere trasmessa, a cura del contravventore, sia all'organo accertatore, sia all'autorità di pubblica sicurezza, affinché sia data immediata notizia al pubblico ministero.
Si tratta di un'inedita modalità di composizione dell'opzione trattamentale, rimessa totalmente alla discrezionalità del contravventore e senza intervento dell'autorità giudiziaria, che assume soltanto un ruolo di "ratifica" *ex post* (mediante richiesta di archiviazione) della procedura composita intrapresa.

8. L'art. 12-*septies* prevede la sospensione del procedimento penale nel periodo di tempo necessario alla conclusione della procedura estintiva del reato.
La funzione primaria della causa sospensiva è, ad ogni evidenza, evitare il decorso della prescrizione del reato (anch'essa sospesa *ex* art. 159 Cp), nel periodo di tempo necessario ad ultimare la procedura.

Al contempo, la sospensione assolve ad un importante ruolo di coordinamento sistematico, facendo sì che la vicenda processuale diventi «parte integrante della fattispecie: quale surrogato della volontarietà (dell'elemento soggettivo della fattispecie premiale) pende la "riaccensione" come spada di Damocle sul contravventore non solerte; allo stesso tempo, pegno dell'oggettiva realizzazione della fattispecie violata è la (sola) sospensione dell'azione penale»[65].
Il *dies a quo* della causa sospensiva coincide con il momento d'iscrizione della notizia di reato *ex* art. 335 Cpp; il *dies ad quem* è rappresentato, invece, dalla comunicazione di adempimento (o inadempimento) effettuata dall'organo accertatore al pubblico ministero. Nel caso in cui il contravventore sia stato ammesso al beneficio della sanzione sostitutiva dei lavori di pubblica utilità, il termine finale coincide, invece, con la comunicazione di avvenuto svolgimento (o meno) dell'attività (art. 12-*septies* co. 6), oppure con l'informativa della loro interruzione e del conseguente pagamento della corrispondente somma residua a titolo di "sanzione" (art. 12-*septies* co. 7).
Il termine finale della sospensione varia nel caso in cui sia stato il p.m. a trasmettere gli atti alla p.g., *ex* art. 12-*sexies*, per l'attivazione della procedura estintiva: il *dies ad quem* coincide, in particolare, *ex* art. 12-*septies* co. 2, con il momento in cui l'organo accertatore o la p.g. abbiano comunicato di non dover impartire alcuna prescrizione (o, comunque, con la scadenza dei sessanta giorni concessi a tal fine); laddove, invece, nel suddetto termine, si sia informato il p.m. di aver impartito una prescrizione, il regime temporale della sospensione torna a seguire le regole "ordinarie" di cui all'art. 12-*septies* co. 1.
Al fine di assicurare la possibile acquisizione di mezzi di prova, nella prospettiva di completezza delle indagini, si è, peraltro, stabilito che la sospensione del procedimento non precluda l'espletamento dell'incidente probatorio, il compimento degli atti urgenti (ad es., un accertamento tecnico *ex* art. 360 Cpp) e il sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321 Cpp (art. 12-*septies* co. 3).
La stessa disposizione stabilisce che la sospensione del procedimento non preclude la richiesta di archiviazione: la circostanza, evidenziata in dottrina, che la pendenza della procedura estintiva consenta comunque il pronunciamento del g.i.p. sulla richiesta del p.m., è oggi confermata dall'art. 12-*septies* co. 4, il quale, nei casi di cui all'art. 12-*quinquies*, subordina la ripresa dello svolgimento dei lavori di pubblica utilità alla decisione del giudice per le indagini preliminari circa la richiesta di archiviazione.
Appare evidente che, nel caso in cui il g.i.p. accolga la richiesta del p.m., la prescrizione impartita debba risultare inefficace (e l'eventuale svolgimento dei lavori di pubblica utilità essere interrotto); viceversa, nelle ipotesi di ordinanza volta alla formulazione dell'imputazione, può ritenersi che il meccanismo estintivo debba essere ultimato, per orientare le scelte del p.m. circa l'esercizio dell'azione penale[66].

9. Considerata la destinazione funzionale della causa estintiva alla richiesta di archiviazione, l'art. 96 co. 1 d.lgs. 150/2022 ha previsto che il nuovo istituto non si applichi ai procedimenti penali per i quali, alla data di entrata in vigore della riforma (30 dicembre 2022), sia già stata esercitata l'azione penale: una deroga al principio della *lex mitior* che è stata ritenuta ragionevole dal legislatore delegato[67], in armonia con il giudizio già espresso dalla Corte Costituzionale in riferimento ad istituti consimili[68].
La necessaria applicazione del meccanismo ai procedimenti penali iscritti antecedentemente al 30 dicembre 2022 imporrà ai pubblici ministeri e, soprattutto, agli organi amministrativi chiamati ad emanare la prescrizione, un immediato sforzo organizzativo la cui gestione non appare agevole.
In considerazione della frequenza applicativa delle contravvenzioni previste dalla l. 283/1962, la causa estintiva promette di determinare una consistente deflazione processuale. L'istituto implica,

[65] Così, A. Di Martino, *La sequenza infranta. Profili di dissociazione tra reato e pena*, Milano 1998, 274.
[66] T. Padovani, *D.Lgs., cit.*, 384.
[67] V. la *Relazione illustrativa*, *cit.*, 374.
[68] *Corte cost., ord. 23.12.1999 n. 460*, secondo la quale vi sono anche esigenze di non regressione del procedimento a giustificare la disapplicazione della procedura estintiva ai procedimenti per i quali sia già stata esercitata l'azione penale.

però, l’incremento dei compiti di Procure della Repubblica e autorità amministrative nelle fasi di “prescrizione" e “verifica”: il carico penale è, pertanto, stato spostato dalla fase processuale a quella delle indagini, dalle cui competenze gestionali ed organizzative dipenderanno i risultati in termini di efficienza giudiziaria.
Il maggior ostacolo alla concreta applicazione del meccanismo sembra, in effetti, costituito dal necessario accertamento del disvalore di pericolo o di danno suscettibile di elisione, che imporrà agli organi amministrativi, chiamati a gestire la prescrizione, delicati compiti (preventivi) di accertamento e (successivi) di verifica, dei quali non è scontata l’uniformità applicativa.
Su tale accertamento sembra fondarsi il possibile equilibrio tra istanze deflattive ed esigenze di prevenzione e protezione: nel caso in cui vi siano conseguenze dannose o pericolose, soltanto l’imposizione di una condotta adeguatrice, che determini l’effettiva rimozione dell’offesa arrecata, sembra giustificare la riduzione dell’importo sanzionatorio funzionale all’estinzione del reato e l’effetto premiale della non punibilità.
Nella prassi, sarà importante evitare automatismi e gestioni “efficientiste” della disciplina, focalizzando l’attenzione, laddove necessario, sull’impulso alla regolarizzazione della situazione illecita.

L'INTERVENTO DI RIFORMA IN MATERIA DI PENA PECUNIARIA: L'OBIETTIVO MANCATO DELL'EFFETTIVITÀ TRA VINCOLI DI DELEGA E DIFFICOLTA' ESECUTIVE

di Daria Perrone
(*Ricercatrice di diritto penale, Università di Sassari*)

La presente indagine si sofferma sulle principali novità introdotte in tema di pena pecuniaria con la c.d. "riforma Cartabia", esaminando *in primis* quelle relative alla disciplina prevista in caso di mancata esecuzione. Verranno analizzate, poi, le altre modifiche - più settoriali - relative alla determinazione della pena pecuniaria (art. 133-*bis* Cp), alla rateizzazione del debito (art. 133-*ter* Cp) ed alla tecnica di ragguaglkio con la pena detentiva (art. 135 Cp). Infine, dopo aver evidenziato alcune criticità del nuovo regime, formuleremo alcune proposte *de iure condendo* orientate al raggiungimento dell'obiettivo prefissato dal legislatore della riforma di "recuperare l'effettività" della pena pecuniaria.
In this paper we will investigate the main changes on the subject of pecuniary penalties, introduced with the so-called "Cartabia reform", focusing primarily on those relating to the conversion regulation in case of non-execution. Then we are going to analyze the other changes relating to the determination of the penalty (art. 133-*bis* Cp), the installment of the debt (art. 133-*ter* Cp) and the conversion measure compared against the detention (art. 135 Cp). Finally, having examined some critical topics of the reform, we will formulate some *de iure condendo* proposals aimed at achieving the goal set by the legislator of "recovering the effectiveness" of the pecuniary penalty.

SOMMARIO: 1. La *ratio* e i criteri ispiratori della riforma. – 2. La disciplina della conversione nel caso di pene pecuniarie non eseguite. – 2.1. L'ipotesi d'insolvenza. – 2.2. La situazione d'insolvibilità. – 2.3. Le disposizioni comuni. – 2.4. La disciplina derogatoria applicabile ai condannati minorenni. – 3. Ulteriori novità in tema di pena pecuniaria. – 3.1. Il riferimento espresso alle condizioni "patrimoniali" del reo ai fini della quantificazione della pena pecuniaria *ex* art. 133-*bis* Cp. – 3.2. Il *favor* del legislatore verso la rateizzazione del debito. – 3.3. L'introduzione della clausola di riserva nell'art. 135 Cp e la mancata riforma del criterio di conguaglio. – 3.4. Il duplice regime della pena pecuniaria principale e quella sostitutiva: analogie e differenze. – 4. La disciplina transitoria e la posticipazione dell'entrata in vigore. – 5. Osservazioni a margine della riforma: una disciplina "in bilico" tra passato e futuro.

1.- Allo scopo di assicurare, in una logica premiale-deflattiva, l'effettività della risposta sanzionatoria e la ragionevole durata del processo, il d.lgs. 10.10.2022 n. 150 ha apportato diverse modifiche in materia di diritto penale sostanziale, le più significative delle quali in tema di *restorative justice* e di pene sostitutive.
Il legislatore delegato ha introdotto, altresì, alcune significative modifiche alla disciplina in tema di pena pecuniaria, con il dichiarato obiettivo di recuperare l'effettività di tale sanzione e di renderla una risposta "credibile" al reato, al fine di superare la prospettiva carcero-centrica.
La premessa è nota: come è dimostrato dai dati statistici richiamati anche nella relazione illustrativa della riforma[1], nel nostro ordinamento l'esecuzione della pena pecuniaria versa in uno stato

[1] Relazione illustrativa al d.lgs. 10.10.2022 n. 150: «A*ttuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari»*, pubblicata in G.U. 19.10.2022, n. 245 supp. straor. n. 5. Per commenti dottrinali alla riforma si segnalano, tra gli altri: E. Andolina, *Gli strumenti di deflazione endo-processuale: prospettive applicative a seguito della riforma Cartabia*, in *DPP* 2022, 10, 1367 ss.; R. Bartoli, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni,*

patologico ormai cronico[2]. Le pene pecuniarie eseguite spontaneamente, senza cioè il ricorso all'esecuzione forzata, rappresentano circa l'1% di quelle inflitte; mentre quelle eseguite, anche a seguito di esecuzione forzata, risultano soltanto il 3%[3]. Sul piano applicativo, dunque, la pena pecuniaria si presenta come una sanzione virtuale, destinata a restare, nella maggior parte dei casi, "sulla carta".

Purtroppo, i costi di una simile situazione sono elevati. Oltre al sacrificio più diretto e immediato rappresentato dalle mancate entrate nelle casse dello Stato, assai gravi sono le conseguenze indirette. Le difficoltà esecutive minano la funzione general-preventiva della pena pecuniaria: in una situazione di cronica ineffettività, la minaccia della predetta sanzione non risulta credibile, con effetti pregiudizievoli sulla funzione dissuasiva esercitata dalla pena principale[4]. Inoltre, nella consapevolezza degli elevati tassi d'ineffettività della sanzione pecuniaria, sia il legislatore nella fase edittale, sia il giudice in sede di individuazione della pena in caso di reati puniti con pene alternative, tendono a prediligere la pena detentiva a discapito di quella pecuniaria: il rischio concreto è quello di

---

con qualche compromesso, ma con visione e respiro, in *DPP* 2021, 1167 ss.; P. Bronzo, *La "riforma Cartabia" e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale,* in *CP* 2022, 4, 1308 ss.; G. Canzio, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura,* in *www.sistemapenale.it* 25.8.2021; E. Dolcini, S*anzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia,* in *www.sistemapenale.it* 2.9.2021; M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *PD* 2021, 591 ss.; A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive,* in *www.lalegislazionepenale.eu* 20.1.2022; G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia',* in *www.sistemapenale.it* 15.10.2021; G. Lattanzi, *A margine della "riforma Cartabia",* in *CP* 2022, 4, 1295 ss.; F. Mazzacuva, *La giustizia penale inter pares: logiche di scambio e percorsi di incontro. Uno studio a partire dalla "riforma Cartabia"*, in *RIDPP* 2022, 2, 673 ss.; F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale,* in *www.sistemapenale.it* 8.9.2021; F. Petrelli-V. Manes-O. Mazza-G. Spangher-V. Maiello, *La Riforma Cartabia. Tra mediazione politica e scienza giuridica*, in *Diritto di Difesa* 2021, 3, 511 ss.

[2] Sull'ineffettività della pena pecuniaria nel nostro ordinamento, v., E. Dolcini, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* a cura di E. Dolcini-C. E. Paliero, II, Milano 2006, 1081 ss.; Id., *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, in *RIDPP* 2018, 393 ss.; Id., *Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace. Non punire come scelta razionale, non punire per ineffettività della pena*, in *RIDPP* 2020, 1, 1219 ss.; L. Eusebi, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato,* in *RIDPP* 2021, 3, 846 ss.; L. Goisis, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione,* Milano 2008, 123 ss.; Id., *L'effettività (*rectius *ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*; in *www.penalecontemporaneo.it* 13.11.2012; G. Marinucci, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma,* in *RIDPP* 2000, 160 ss.; M. Miedico, *La pena pecuniaria: il sistema dei tassi giornalieri*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa, I, Torino 2022, 874 ss.; Id., *La conversione delle pene pecuniarie: tra maldestri interventi legislativi e correttivi della Corte costituzionale, nell'attesa di una riforma complessiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 914 ss.; M. Rampioni, *Pena pecuniaria: nuova disciplina, vecchi problemi*, in *PPG* 2022, 1, 230 ss.; M. Romano, P*ene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi,* in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di E. Dolcini*, a cura di C.E.Paliero-F.Viganò-F.Basile-G.L. Gatta, Milano 2018, 501 ss.

[3] Rel. ill. d.lgs. 150/2022 n. 150, *cit.*, 430 ss. che richiama i dati del casellario giudiziale del 2019, in base ai quali le condanne a pena pecuniaria eseguite nel 2019 sono state 1.051, pari all'1% di quelle eseguibili (101.151), detratte cioè quelle a pena sospesa, che rappresentano circa il 34% del totale delle condanne a pena pecuniaria (solo a congiunta a pena detentiva). Sempre secondo i dati del Casellario giudiziale, l'importo delle pene pecuniarie riscosse, nel 2019, è stato di poco superiore ad un milione di Euro: ciò significa che è stato riscosso lo 0,046% e il non riscosso è di oltre due miliardi di Euro. I dati relativi agli anni precedenti sono sostanzialmente in linea (quelli relativi agli anni più recenti non sono ancora aggiornati e quindi attendibili). Essi evidenziano una «*grave e intollerabile situazione di inefficienza del sistema di esecuzione della pena pecuniaria e di ineffettività della stessa*». Sono forti, fra l'altro, le differenze nel tasso di riscossione per aree geografiche: così E. Dolcini, *Superare il primato del carcere, cit.*,400 ss.

[4] Sulla funzione general-preventiva esercitata dalla minaccia di una sanzione pecuniaria, v. C. cost.,4.2.1966, n. 12, in *www.cortecostituzionale.it,* con commento di C.F. Grosso, *Le pene pecuniarie di fronte all'art. 27, comma 3° della Costituzione*, in *RIDPP* 1966, 999 ss. Nella sentenza, la Corte ha affrontato il problema della compatibilità della pena pecuniaria con il principio costituzionale della rieducazione del condannato: la Corte ha riconosciuto la legittimità della pena pecuniaria pur se, vista la sua natura principalmente retributiva, è solo "minimamente" in grado di soddisfare quel principio di "alto valore morale" della finalità rieducativa della pena consacrato nell'art. 27 co. 3 Cost. Per approfondimenti, v. recentemente E. Dolcini, *La pena nell'ordinamento italiano, tra repressione e prevenzione,* in *RIDPP* 2021, 2, 383 ss.

alimentare quella "cultura del carcere"[5] - di vocazione retributiva - che concepisce la pena limitativa della libertà personale come l'unica risposta al reato, a detrimento del criterio dell'*extrema ratio* del ricorso alla pena detentiva.
La Corte costituzionale ha invocato, del resto, in più occasioni, un intervento legislativo, volto a porre fine ad una simile situazione patologica. Con la sent. 279/2019, la Corte ha definito «*farraginoso*» il procedimento di riscossione, prevedendo «*l'intervento, in successione, dell'ufficio del giudice dell'esecuzione, dell'agente della riscossione, del pubblico ministero e del magistrato di sorveglianza*»[6]. Un analogo monito è contenuto nella sent. 15/2020[7], in cui la Consulta ha auspicato un intervento del legislatore in grado di «*restituire effettività alla pena pecuniaria, anche attraverso una revisione degli attuali, farraginosi meccanismi di esecuzione forzata e di conversione* (…)»[8].
Orbene, al fine di porre rimedio alla situazione d'ineffettività ed ovviare ai relativi costi, la legge-delega ha previsto un triplice ordine di interventi con riferimento al «*procedimento di esecuzione*», alla *«procedura di conversione»* in caso di mancato pagamento ed alla fase della «*effettiva*

[5] Sul tema, v. *amplius* E. Dolcini, *Superare il primato del carcere, cit.*, 393 ss., nonchè, più risalente, T. Padovani, *L'utopia punitiva, Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano 1981, p. 209 ss. Sui fattori che incrementano - nell'attuale contesto - il ricorso al carcere v. F. Palazzo, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *DPenCont* 2017, 4, 4 ss. Sotto il profilo criminologico, sul ruolo svolto dai mezzi di comunicazione nella rappresentazione della criminalità nell'opinione pubblica, v. R. Bianchetti, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano 2018.
[6] C. cost. 20.12.2019, n. 279, in *www.cortecostituzionale.it.* Nella specie, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una disposizione contenuta nel Testo unico sulle spese di giustizia (l'art. 238-*bis* d.P.R. 30.5.2002 n. 115). Al fine di evitare che l'inerzia dell'agente della riscossione possa paralizzare il procedimento di conversione della pena pecuniaria, la disposizione equipara l'omissione (o la palese inutilità) dell'esecuzione forzata sui beni all'esito negativo dell'esecuzione, stabilendo che il pubblico ministero, una volta decorsi ventiquattro mesi dalla presa in carico del ruolo da parte dell'agente della riscossione, debba attivare comunque la procedura di conversione presso il magistrato di sorveglianza. I parametri costituzionali invocati dal giudice remittente erano gli artt. 3, 24 e 27 co. 3 Cost. La Corte ha dichiarato l'infondatezza della questione, ritenendo che la disciplina non si pone in contrasto con i principi di uguaglianza e ragionevolezza e con la finalità rieducativa della pena, dato che non esiste alcuna necessità, sul piano costituzionale, che il condannato sia sottoposto ad un'infruttuosa esecuzione forzata, prima di poter essere assoggettato alle sanzioni di conversione previste dalla legge, purché sia stato regolarmente informato dall'ufficio del giudice dell'esecuzione dell'obbligo di pagare la pena pecuniaria e delle possibili conseguenze in caso di inadempimento. In ogni caso, la Corte, nella citata sentenza, non ha mancato di evidenziare la natura farraginosa del procedimento esecutivo, dato che, ad una prima fase di natura puramente amministrativa, che coinvolge la cancelleria del giudice dell'esecuzione e l'agente della riscossione segue una fase giurisdizionale di competenza del pubblico ministero e del magistrato di sorveglianza, cui spetta il compito, accertato l'eventuale stato d'insolvenza del condannato, di rateizzare il pagamento della somma dovuta, di differire il versamento ovvero, in ipotesi d'insolvibilità, di disporre la conversione in una sanzione sostitutiva. A tutti questi soggetti vengono demandati plurimi adempimenti, che tuttavia - a giudizio della Corte - non riescono ad assicurare né adeguati tassi di riscossione delle pene pecuniarie, né l'effettività della conversione delle pene non eseguite.
[7] C. cost. 11.2.2020, n. 15, in *CP* 2020, 5, 1948 ss. Nel caso di specie, la Corte costituzionale ha pronunciato una sentenza d'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 135 Cp, nella parte in cui stabilisce il tasso di ragguaglio tra pene pecuniarie e detentive in duecentocinquanta Euro, o frazione di esso, per un giorno di pena detentiva, anziché il diverso tasso, previsto dall'art. 459 co. 1-*bis* Cpp. di settantacinque Euro per un giorno di pena detentiva, aumentabili fino al triplo tenuto conto della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare. Nell'occasione, pur pervenendo ad una pronuncia d'inammissibilità per *aberratio ictus*, avendo il giudice rimettente censurato una disposizione di legge diversa da quella applicabile al caso di specie, la Corte ha formulato, comunque, l'auspicio di un intervento del legislatore volto a restituire effettività alla pena pecuniaria, anche attraverso una revisione dei meccanismi di esecuzione forzata e di conversione in pene limitative della libertà personale. Ad avviso della Corte, infatti, soltanto una disciplina della pena pecuniaria in grado di garantire una commisurazione da parte del giudice proporzionata tanto alla gravità del reato quanto alle condizioni economiche del reo, può costituire una seria alternativa alla pena detentiva, così come di fatto accade in altri ordinamenti europei, *in primis* in Germania. Nello specifico, la Corte ha evidenziato come la questione sollevata dai giudici rimettenti fosse reale: il tasso di ragguaglio previsto dall'art. 135 Cp - che è stato innalzato a duecentocinquanta Euro giornalieri per effetto della l. 15.7.2009 n. 94 - rende eccessivamente onerosa, per molti condannati, la sostituzione della pena pecuniaria. Ciò ha determinato, nella prassi, una drastica compressione del ricorso alla sostituzione della pena pecuniaria, con il conseguente effetto di trasformare la sostituzione della pena pecuniaria in un privilegio per i soli condannati abbienti.
[8] C. cost. 15/2020, *cit.*

riscossione»[9]. In linea con quanto previsto dalla legge-delega, il legislatore delegato del 2022 si è impegnato a dar seguito a tale direttiva, delineando un sistema in linea con i modelli *«maggiormente diffusi in Europa*»[10].
L'idea di fondo è stata quella di abbandonare la soluzione civilistica in base alla quale la pena pecuniaria viene concepita alla stregua di qualsiasi altro credito che lo Stato deve recuperare (al pari, ad es., delle spese di giustizia come il contributo unificato per il processo civile, alle spese per le copie degli atti giudiziari e per i diritti di cancelleria, alle spese processuali), valorizzando piuttosto la natura intrinsecamente afflittiva della sanzione penale: per questo motivo, ad es., è stata esclusa l'applicabilità del sequestro conservativo a garanzia del pagamento della pena pecuniaria (artt. 316 e 320 Cpp).
Procederemo, dunque, alla disamina delle modifiche che sono state introdotte sul piano sostanziale, soffermandoci *in primis* su quelle relative alla disciplina della conversione in caso di mancata esecuzione e, *per relationem*, sulla pena pecuniaria sostitutiva, per poi esaminare le ulteriori novità inerenti alla determinazione della pena pecuniaria (art. 133-*bis* Cp), alla rateizzazione del debito (art. 133-*ter* Cp) ed alla tecnica di ragguaglio alla pena detentiva (art. 135 Cp).

2.- La modifica più significativa in tema di pena pecuniaria ha riguardato la disciplina della conversione nel caso di mancata esecuzione.
Nella nuova formulazione introdotta dall'art. 1 co. 1 lett. *g* d. lgs. 150/2022, l'art. 136 co. 1 Cp *(Conversione delle pene pecuniarie non eseguite)* prevede che *«le pene principali della multa e dell'ammenda, non eseguite entro il termine di cui all'articolo* 660 del *codice di procedura penale indicato nell'ordine di esecuzione, si convertono a norma degli articoli 102 e 103 della legge 24 novembre 1981, n. 689*».
Così come delineato dalla riforma, il nuovo assetto ha implicato, dunque, la modifica degli artt. 102 e 103 l. 24.11.1981, n. 689, pur mantenendo inalterata la distinzione, prevista anche prima della riforma, tra il mancato pagamento "colpevole" (c.d. insolvenza) e quello "incolpevole" (c.d. insolvibilità).

2.1.- In base al rinnovato art. 102 l. 689/1981, *«il mancato pagamento della multa o dell'ammenda entro il termine di cui all'articolo 660 del codice di procedura penale indicato nell'ordine di esecuzione ne comporta la conversione nella semilibertà sostitutiva*»[11]. Ne consegue che, in caso d'insolvenza - ossia di rifiuto, espresso o tacito, di pagare pur avendone la possibilità - entro il termine di cui all'art. 660 Cpp[12] (ossia di novanta giorni dalla notifica dell'ordine di esecuzione del pubblico

[9] Art. 1 co. 16 l. 27.9.2021 n. 134.
[10] Rel. ill. d.lgs. 150/2022, *cit.*, 183. Per una disamina del funzionamento della pena pecuniaria in Germania e in Inghilterra, anche con riferimento alla prassi, v. M. Miedico, *La pena pecuniaria. Disciplina, prassi, prospettive di riforma*, Milano 2008, 105 ss.
[11] La modifica è stata introdotta ad opera dell'art. 71 co. 1 lett. dd d. lgs. 150/2022.
[12] Anche il regime di esecuzione è stato oggetto di modifica sul piano processuale: il nuovo modello di disciplina è ispirato a quanto previsto dall'art. 656 Cpp. per l'esecuzione delle pene detentive, nel senso di concepire la pena pecuniaria, al pari di quella detentiva, come una pena che deve essere eseguita dall'autorità giudiziaria attraverso un ordine di esecuzione: così, Rel. ill. d.lgs. 150/2022, *cit.*, 440. In base al nuovo art. 660 Cpp, così come modificato per effetto della riforma, si prevede che l'ordine di esecuzione contenga l'intimazione al condannato alla multa o all'ammenda di provvedere al pagamento entro il termine di novanta giorni dalla notifica. L'intimazione deve essere accompagnata dall'avviso che, in mancanza di pagamento, la pena pecuniaria sarà convertita nella semilibertà sostitutiva o, in caso di accertata insolvibilità, nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo o nella detenzione domiciliare sostitutiva ovvero, quando deve essere eseguita una pena pecuniaria sostitutiva, nella semilibertà sostitutiva o nella detenzione domiciliare sostitutiva, ovvero, in caso di accertata insolvibilità, nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo o nella detenzione domiciliare sostitutiva. Il termine di novanta giorni dalla notifica per il pagamento è stato ritenuto dal legislatore delegato un periodo di tempo congruo per consentire al condannato di recuperare la disponibilità della somma di denaro necessaria per il pagamento della pena. Qualora la multa o l'ammenda, o una loro rata, non siano pagate entro i termini previsti, il pubblico ministero trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza competente per la conversione ai sensi degli artt. 102 e 103 l. 689/1981 ovvero, quando si tratta di pena pecuniaria sostitutiva, ai sensi dell'art. 71 l. 689/1981 (art. 660 co. 7 Cpp). In

ministero ovvero di trenta giorni in caso di pagamento rateale), la pena pecuniaria debba essere convertita nella misura della semilibertà sostitutiva.
Quest'ultima sanzione, così come introdotta a seguito della riforma del sistema delle pene sostitutive delle pene detentive brevi ad opera del d. lgs. 150/2022, costituisce «*la più severa tra le pene sostitutive*»[13], comportando l'obbligo di trascorrere almeno otto ore al giorno in uno degli istituti di pena ordinari di cui all'art. 48 co. 2 l. 26.7.1975 n. 354 situati nel comune di residenza, di domicilio, di lavoro o di studio del condannato o in un comune vicino, nonché l'obbligo di svolgere, per la restante parte del giorno, attività di lavoro, di studio, di formazione professionale o, comunque, utili alla rieducazione e al reinserimento sociale, in conformità al programma di trattamento predisposto dall'ufficio di esecuzione penale esterna e approvato dal giudice (art. 55 l. 689/1981).
La modifica dell'art. 102 l. 689/1981 costituisce probabilmente la novità più significativa in tema di pena pecuniaria: infatti, si è passati dalla previsione - vigente sia nel codice Zanardelli sia nel codice Rocco, secondo cui, in caso di insolvenza, lo Stato si dovesse attivare per eseguire coattivamente la pena pecuniaria, mediante esecuzione forzata sui beni e sui redditi del condannato - ad un sistema di conversione in una misura limitativa della libertà personale.
Ad avviso del legislatore della riforma, la minaccia dell'esecuzione forzata non era in grado di svolgere realmente una funzione persuasiva, al contrario della minaccia della conversione in semilibertà sostitutiva, che - presumibilmente - dovrebbe indurre il condannato insolvente al pagamento della pena principale. Senza la minaccia - di secondo grado - della misura limitativa della libertà personale, in altre parole, le pene pecuniarie rischierebbero di essere percepite dai consociati come «*una tigre senza denti*»[14].
Nella relazione illustrativa[15], peraltro, il legislatore delegato si è soffermato *funditus* sulle ragioni che legittimano, sul piano della compatibilità costituzionale, l'introduzione del meccanismo di conversione. Dopo aver ricordato che nel nostro ordinamento già esiste *ex* art. 108 l. 689/1981 un meccanismo di conversione - per quanto di secondo grado - in pena detentiva nel caso d'inosservanza delle prescrizioni della libertà controllata o del lavoro sostitutivo da parte del condannato insolvibile, viene citata la sent. 325/1979 con la quale la Consulta[16] aveva dichiarato incostituzionale il sistema di conversione di primo grado originariamente previsto nel caso di insolvibilità del condannato. In tale pronuncia, la Corte aveva ritenuto che il sistema di conversione fosse contrario al principio di uguaglianza ma solo con riferimento al caso d'insolvibilità e, cioè, nel caso di impossibilità a pagare, senza menzionare quello – ben diverso – dell'insolvenza.
In Europa, del resto, il modello della conversione in misure privative della libertà in caso di mancato pagamento delle pene pecuniarie da parte dell'insolvente è talmente diffuso da essere stato riconosciuto anche dall'art. 10 della Decisione-quadro 2005/214/GAI del Consiglio europeo del 24.2.2005, rubricato «*detenzione o altra sanzione alternativa in sostituzione del mancato recupero della sanzione pecuniaria*». In base a tale previsione, attualmente recepita nel nostro ordinamento dall'art. 13 co. 5 d.lgs. 15.2.2016, «*qualora risulti totalmente o parzialmente impossibile dare*

difetto di diverse indicazioni, il ragguaglio tra la pena pecuniaria e la semilibertà sostitutiva deve essere effettuato a norma dell'art. 135 Cp, che individua in modo rigido il valore di duecentocinquanta Euro, o frazione, a un giorno di semilibertà (v. *infra* § 3.3).
[13] Relazione a cura della Corte di cassazione – Ufficio del Massimario su Novità normative. La "riforma Cartabia", n.2/2023, Roma, 5.1.2023, in *www.sistemapenale.it*, 10.1.2023, 203 ss.
[14] Rel. ill. d.lgs. 150/2022, *cit.*, 437.
[15] Rel. ill. d.lgs. 150/2022, *cit.*, 437.
[16] C. cost. 28.11.1979 n. 325, in *www.cortecostituzionale.it*, con commenti di I. Caraccioli, *Conversione della pena pecuniaria e principio di eguaglianza*, in *GCos* 1979, 1205 ss.; G. Conso, *Sintomi di crisi per la pena pecuniaria*, *GCos* 1979, 1048 ss.; T. Padovani, *L'incostituzionalità dell'art. 136 c.p.: un capitolo chiuso o una vicenda aperta?*, in *CP* 1980, 26 ss.; P. Pittaro, *L'inconvertibilità della pena pecuniaria: implicazioni di una decisione certamente «storica»*, in *RIDPP* 1980, 1375 ss. Con tale sentenza, la Corte ha affermato la violazione del principio di uguaglianza di un modello, come quello previsto, che prevedeva la conversione in pena detentiva per l'insolvibile, realizzando un'evidente disparità di trattamento tra chi può pagare la pena pecuniaria e chi, invece, non potendo pagare la pena pecuniaria è costretto a espiare la pena con sacrificio della libertà personale.

esecuzione alla decisione, lo Stato di esecuzione può applicare sanzioni alternative, tra cui pene privative della libertà».
Sgombrato il campo da possibili dubbi di compatibilità con il principio di uguaglianza, il legislatore delegato ha dettato comunque alcune regole specifiche, volte ad assicurare la conformità anche rispetto agli altri principi costituzionali, in particolare con riferimento al principio di colpevolezza rispetto al mancato pagamento. A tal fine, sono stati introdotti limiti massimi di durata della sanzione di conversione: la semilibertà sostitutiva non può avere durata superiore a quattro anni, se la pena convertita è quella della multa, né durata superiore a due anni, se la pena convertita è quella dell'ammenda (art. 102 co. 2 l. 689/1981). Se all'esito del ragguaglio *ex* art. 135 Cp, la durata della misura risultasse superiore, dovrà essere, dunque, ricondotta entro tali limiti.

2.2.- In base al nuovo art. 103 l. 689/1981, «*quando le condizioni economiche e patrimoniali del condannato al momento dell'esecuzione rendono impossibile il pagamento della multa o dell'ammenda entro il termine di cui all'articolo 660 del codice di procedura penale indicato nell'ordine di esecuzione, la pena pecuniaria è convertita nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo ovvero, se il condannato si oppone, nella detenzione domiciliare sostitutiva*»[17].
Mentre, in origine, siffatta disposizione prevedeva, in caso d'insolvibilità, la conversione della pena pecuniaria ineseguita nella libertà controllata e, in caso di richiesta del condannato, nel lavoro sostitutivo, ora si prevede che la pena pecuniaria venga convertita nel lavoro sostitutivo (che consiste, sulla base dei criteri di ragguaglio indicati al secondo comma dell'art. 103 l. 689/1981[18], nella prestazione da parte del condannato di un'attività non retribuita a favore della collettività da svolgersi presso lo Stato, enti locali ovvero enti pubblici o convenzionati) ovvero, se il condannato si oppone, nella detenzione domiciliare sostitutiva. In base al novellato art. 56 l. 689/1981[19], la detenzione domiciliare sostitutiva comporta l'obbligo di rimanere nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico o privato di cura, di assistenza o di accoglienza ovvero in comunità o in case-famiglia protette per non meno di dodici ore al giorno, avuto riguardo a

[17] La modifica è stata introdotta ad opera dell'art. 71 co. 1 lett. ee d. lgs. 150/2022.
[18] In base all'art. 103 co. 2 l. 689/1981, il ragguaglio si esegue in ogni caso a norma dell'art. 135 Cp e un giorno di lavoro di pubblica utilità sostitutivo consiste nella prestazione di due ore di lavoro.
[19] In base all'art. 56 l. 689/1981, la detenzione domiciliare sostitutiva si caratterizza per lo svolgimento dell'esecuzione della pena in parte in condizione di libertà e in parte in stato di detenzione per non meno di dodici ore al giorno presso la propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico o privato di cura, di assistenza o di accoglienza ovvero in comunità o in case-famiglia. L'art. 47-*ter* co. 4 ord. pen., rinviando, quanto alle modalità esecutive della misura, all'art. 284 Cpp consente l'allontanamento dall'abitazione, su autorizzazione del giudice, «*per il tempo strettamente necessario per provvedere alle... indispensabili esigenze di vita ovvero per esercitare una attività lavorativa*»: in ogni caso, il condannato può lasciare il domicilio per almeno quattro ore al giorno, anche non continuative, per provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita e di salute. Si stabilisce, altresì, che la pena non può essere eseguita in un immobile occupato abusivamente. Nel caso in cui il condannato non disponga di un domicilio idoneo, l'Ufficio di Esecuzione Penale Esterna predispone il programma di trattamento individuando soluzioni abitative, anche comunitarie, adeguate alla detenzione domiciliare. Il giudice, se lo ritiene necessario per prevenire il pericolo di commissione di altri reati o per tutelare la persona offesa, può prescrivere procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici conformi alle caratteristiche funzionali e operative degli apparati di cui le Forze di polizia abbiano l'effettiva disponibilità. Il giudice dispone la detenzione domiciliare sostitutiva tenendo conto anche del programma di trattamento elaborato dall'Ufficio di Esecuzione Penale Esterna, che prende in carico il condannato e riferisce periodicamente sulla sua condotta e sul percorso di reinserimento sociale. Il programma di trattamento è sottoposto a precisi limiti in relazione al luogo di esecuzione della pena, che dev'essere individuato tenendo conto, innanzitutto, delle esigenze di tutela della persona offesa dal reato. Quale sanzione espiata *extra moenia,* la detenzione domiciliare si pone funzionalmente in una posizione intermedia tra la detenzione intramurale e l'affidamento in prova al servizio sociale: così A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 20.1.2022, 9. Secondo G. De Francesco, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia***,** in www.lalegislazionepenale.eu, 23.8.2021, 2, la detenzione domiciliare si caratterizza per «*la capacità di coniugare l'esclusione dello stigma carcerario con un'apprezzabile efficacia sul piano generalpreventivo e con l'attitudine ad evocare il tipico riscontro in termini di 'proporzione' (in astratto e in concreto) rispetto al quantum di limitazione della libertà*».

comprovate esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro o di salute del condannato.
La riforma ha introdotto, dunque, un meccanismo di conversione con effetti *in malam partem* per il condannato almeno sotto due profili: in primo luogo, la maggiore severità della disciplina dipende dall'inversione operata in relazione all'applicazione del lavoro sostitutivo - non più "a richiesta", ma "salvo opposizione"[20]; sotto il secondo profilo, più sostanziale, la libertà controllata è stata sostituita dalla misura - più afflittiva - della detenzione domiciliare. Per quanto riguarda i criteri di ragguaglio per la conversione, il legislatore ha previsto il rinvio ai principi generali di cui all'art. 135 Cp, così superando la disparità del sistema precedente, in base al quale un giorno di lavoro sostitutivo era ritenuto equivalente a venticinque Euro di pena pecuniaria, mentre un giorno di libertà controllata (paradossalmente) valeva duecentocinquanta Euro.
Al fine di giustificare l'inasprimento della disciplina, il legislatore ha fatto riferimento a quanto previsto negli altri ordinamenti europei - come, ad es., in quello tedesco (v. § 40 *StGB*) - in cui la pena pecuniaria non eseguita si converte in pena detentiva, a prescindere della ragione del mancato pagamento e, quindi, anche nel caso d'insolvibilità[21].
In ogni caso, al fine di evitare pene sproporzionate, anche in relazione al mancato pagamento incolpevole, sono stati introdotti limiti massimi: il lavoro di pubblica utilità e la detenzione domiciliare non possono avere durata superiore a due anni, se la pena convertita è la multa, ovvero una durata superiore a un anno, se la pena convertita è l'ammenda. Si noti che i limiti di durata massima sono ridotti della metà rispetto a quelli - più rigidi - previsti dall'art. 102 l. 689/1981 nel caso di condannato insolvente, data la volontarietà dell'inadempimento e la rimproverabilità di quest'ultimo. A differenza del più severo regime previsto in caso di insolvenza, il meccanismo di conversione relativo alle situazioni di insolvibilità non sanziona il mancato pagamento - appunto incolpevole -, ma semplicemente sostituisce la pena principale con un'altra sanzione che il condannato può eseguire.

2.3.- Per adeguare il dettato normativo alle modifiche introdotte, sono state estese all'ipotesi d'insolvenza alcune previsioni già dettate in caso d'insolvibilità, volte ad incentivare l'esecuzione, anche tardiva, della pena principale. Così, ad es., è stato previsto, anche in caso di insolvenza, che il condannato possa sempre far cessare l'esecuzione della misura limitativa della libertà personale, pagando la multa o l'ammenda, anche in forma rateale, dedotta la somma corrispondente alla durata della pena da conversione espiata[22]. La previsione del pagamento in forma rateale anche per l'insolvente esprime «*la disponibilità massima dello Stato nei confronti del condannato*»[23]: al fine di incentivare l'esecuzione spontanea della pena pecuniaria, lo Stato concede anche all'insolvente - e, cioè, anche a colui che non avrebbe la necessità economica di rateizzare il debito - il beneficio di scegliere di pagare la pena pecuniaria tramite rate.
In caso di inosservanza, sia per mancata esecuzione integrale della misura limitativa della libertà personale inflitta, sia per violazione grave o reiterata degli obblighi e delle prescrizioni ad essa inerenti, l'art. 108 l.689/1981 ha esteso la conversione di secondo grado, già prevista nel caso d'insolvibilità, anche all'insolvenza. Il magistrato di sorveglianza provvede, ai sensi dell'art. 678 co. 1-*bis* Cpp., alla revoca della misura applicata ed alla conversione della parte residua in un corrispondente periodo di reclusione o di arresto, a seconda della specie della pena pecuniaria originariamente inflitta. La detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità, tuttavia, possono

[20] La previsione della "mancata opposizione" del condannato rappresenta naturalmente un requisito essenziale in relazione al divieto di lavori obbligatori o forzati di cui all'art. 4 Cedu.
[21] Rel. ill. d.lgs. 150/2022, *cit.*, 437. Analogo modello è previsto, del resto, anche in Svizzera (art. 36 Cp), in Austria (§19 Cp) e in Belgio (art. 40 Cp). Invece, a differenza della Germania, gli ordinamenti francesi (artt. 749 ss. Cpp), spagnolo (art. 53 Cp) e portoghese (art. 49 Cp) prevedono un modello di conversione più articolato.
[22] La modifica è stata introdotta ad opera dell'art. 71 co. 1 lett. dd co. 3 e 4 d. lgs. 150/2022.
[23] Rel. ill. d.lgs. 150/2022, *cit.*, 450.

essere convertiti in un'altra pena sostitutiva più grave: la detenzione domiciliare e la semilibertà, in caso di lavoro di pubblica utilità; la semilibertà, in caso di detenzione domiciliare.
Ai fini della scelta della pena sostitutiva in sede di conversione di secondo grado, trovano applicazione i criteri di cui al riformato art. 58 l. 689/1981[24]: il giudice individua la sanzione sostitutiva maggiormente idonea alla rieducazione ed al reinserimento sociale con il minor sacrificio della libertà personale, in considerazione anche dell'età, della salute fisica o psichica e di altre situazioni personali del condannato.
Nel caso in cui il mancato pagamento sia dovuto a insolvibilità, l'art. 660 co. 10 Cpp stabilisce la possibilità di differire la conversione: tale differimento non può protrarsi oltre i sei mesi ed è rinnovabile per una sola volta qualora lo stato di insolvibilità perduri. La disposizione conferma un beneficio già previsto a favore del condannato insolvibile dall'art. 660 co. 3 Cpp. prima della riforma e riflette il *favor* dell'ordinamento verso l'esecuzione spontanea della pena pecuniaria.
Inoltre, il nuovo art. 103-*bis* l. 689/1981 prevede che - per assicurare l'effettività della conversione - non sia possibile applicare al condannato alla semilibertà o alla detenzione domiciliare le misure alternative alla detenzione. In assenza di una simile previsione, il condannato potrebbe, in effetti, sottrarsi al pagamento confidando nell'applicazione dell'affidamento in prova, in luogo della sanzione limitativa della libertà personale in funzione sostitutiva.
Infine, è stato oggetto di modifica anche il reato di mancata esecuzione di sanzioni pecuniarie di cui all'art. 388-*ter* Cp (che si riferisce, invero, anche al mancato pagamento di sanzioni amministrative pecuniarie), consistente nel compimento di atti simulati o fraudolenti sui propri o sugli altrui beni. Invero, l'intervento è stato più formale che sostanziale: sostituendo la parola "dolosa" con la parola "fraudolenta" nella rubrica, il legislatore sembra aver voluto rimarcare che, ai fini dell'integrazione del delitto, non sia sufficiente sottrarsi al pagamento del *quantum debeatur*, ma occorra il compimento di atti e fatti fraudolenti per sottrarsi al pagamento della multa e dell'ammenda. Tale fattispecie incriminatrice sanziona una condotta più grave rispetto al semplice mancato pagamento volontario, giacché, nel caso di condotta fraudolenta, non solo viene frustrato l'interesse pubblico alla riscossione della pena, ma anche quello alla corretta amministrazione della giustizia, costretta - a causa del compimento degli atti simulati o fraudolenti - ad attivare un procedimento di accertamento delle condizioni economiche e patrimoniali in tal modo alterate.

2.4.- Il legislatore della riforma ha introdotto alcune regole *ad hoc* nel caso di condannati minorenni: in base al nuovo art. 103-*quater* l. 689/1981, «*la pena pecuniaria, anche sostitutiva, applicata per un reato commesso da persona minore di età, in caso di mancato pagamento si converte nel lavoro di*

[24] Per quanto riguarda i criteri di scelta, in base al nuovo art. 58 l. 689/1981, il giudice, nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto dei criteri indicati nell'art. 133 Cp «*può applicare le pene sostitutive della pena detentiva quando risultano piu' idonee alla rieducazione del condannato e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati. La pena detentiva non puo' essere sostituita quando sussistono fondati motivi per ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato. Tra le pene sostitutive il giudice sceglie quella piu' idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato con il minor sacrificio della liberta' personale, indicando i motivi che giustificano l'applicazione della pena sostitutiva e la scelta del tipo* (...) *In ogni caso, nella scelta tra la semiliberta', la detenzione domiciliare o il lavoro di pubblica utilita', il giudice tiene conto delle condizioni legate all'eta', alla salute fisica o psichica, alla maternita', o alla paternita' nei casi di cui all'articolo 47-quinquies, comma 7, della legge 26 luglio 1975, n. 354, fermo quanto previsto dall'articolo 69, terzo e quarto comma. Il giudice tiene altresi' conto delle condizioni di disturbo da uso di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche ovvero da gioco d'azzardo, certificate dai servizi pubblici o privati autorizzati indicati all'articolo 94, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonche' delle condizioni di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, certificate dai servizi indicati dall'articolo 47-quater, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354*». La disposizione evoca, dunque, i criteri contenuti nell'art. 133 Cp e configura la scelta in ordine all'applicazione della pena sostitutiva quale possibile alternativa alla sospensione condizionale della pena. Il criterio previsto dalla norma è quello della gradualità della limitazione della libertà personale, che impone di optare per le pene maggiormente restrittive solo ove non sussista la concreta possibilità di raggiungere l'obiettivo rieducativo in maniera meno invasiva: così, Relazione n.2/2013 dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, *cit.*, 209.

pubblica utilità sostitutivo, se vi è il consenso del minore non più soggetto ad obbligo di istruzione. In caso contrario, si converte nella detenzione domiciliare sostitutiva»[25].
L'espresso riferimento al requisito del consenso nel caso di conversione nel lavoro di pubblica utilità deriva dal divieto di lavoro minorile riconosciuto dall'art. 32 della Carta di Nizza: la pena sostitutiva può essere applicata solo con il consenso del minore che non sia più soggetto all'obbligo di istruzione e, cioè, dopo il compimento dei sedici anni.
A differenza di quanto avviene per i maggiorenni, ai fini dell'individuazione della pena da conversione, non si distingue tra insolvenza e insolvibilità. Si ritiene, infatti, opportuno applicare in ogni caso una pena da conversione che implichi l'esecuzione all'interno della comunità (e non in carcere) in quanto maggiormente idonea alle esigenze di formazione e di rieducazione dei minori.
Inoltre, in deroga alla disciplina più severa dettata dagli artt. 102 e 103 l. n. 689/1981, i limiti di durata massima delle pene sostitutive sono ridotti: la durata non può superare un anno, se la pena convertita è la multa, ovvero sei mesi, se la pena convertita è l'ammenda. Se, tuttavia, il mancato pagamento deriva da insolvibilità, la durata massima della pena da conversione non può superare sei mesi, se la pena convertita è la multa, ovvero tre mesi, se la pena convertita è l'ammenda. Sotto il profilo della durata massima, viene recuperata, così, la distinzione tra insolvenza e insolvibilità, con il conseguente maggior rigore sanzionatorio limitato al primo caso.
Per il resto, in base a quanto previsto dall'art. 103-*quater* co. 3 l. 689/1981, si applicano in quanto compatibili le altre disposizioni dettate in tema di conversione per i condannati maggiorenni (tra cui, ad es., le disposizioni di cui agli artt. 71, 102, 103, 103-*ter* l. 689/1981), ad eccezione della preclusione di cui al nuovo art.103-*bis* l. n. 689/1981, per cui, nel corso dell'esecuzione della detenzione domiciliare sostitutiva, il minore può venire affidato in prova al servizio sociale.
Sia consentito osservare, come evidenziato anche nella Relazione illustrativa[26], come la sanzione pecuniaria nel diritto penale minorile risulti, tuttavia, un'"arma spuntata", considerati la ridotta capacità economica e patrimoniale e i limiti alla capacità d'agire dei soggetti condannati. Se proveniente da un ambiente con possibilità economiche, nella maggior parte dei casi la pena pecuniaria non verrà pagata personalmente dal minore autore di reato, ma da chi esercita su quest'ultimo la potestà genitoriale o da altro soggetto civilmente obbligato, a discapito della funzione rieducativa della pena, che con molta probabilità non sarà in grado di svolgere una funzione realmente motivante sul minore. Viceversa, nel caso di insolvibilità, l'impossibilità di far fronte al pagamento della multa o dell'ammenda determinerà quasi automaticamente la necessità della conversione, con il rischio di incrementare quel circolo vizioso per cui proprio i soggetti che partono da una posizione svantaggiata sono costretti a subire le conseguenze più afflittive. Addirittura, in simili situazioni, la minaccia della pena pecuniaria potrebbe svolgere indirettamente una funzione criminogena, nel senso di incentivare il minore insolvibile - nell'impossibilità di eseguire la pena principale e al fine di conseguire il denaro necessario ad evitare la conversione - a commettere nuovi ed ulteriori reati, rendendo così possibile l'ingresso del medesimo nei circuiti della criminalità, eventualmente anche organizzata[27].

3.- Ulteriori modifiche - seppur di minor rilievo - sono state apportate dal legislatore al fine di "correggere" ed adeguare il dato normativo ad alcune criticità emerse da tempo in dottrina e in giurisprudenza sotto gli specifici profili della commisurazione, della rateizzazione del debito e del criterio di ragguaglio con la pena detentiva.

[25] La disposizione è stata introdotta ad opera dell'art. 71 co. 1 lett. ff d. lgs. 150/2022.
[26] Rel. ill. d.lgs. 150/2022, *cit.*, 454.
[27] Sul rischio che la pena pecuniaria possa svolgere un'indiretta funzione criminogena negli adulti, soprattutto in relazione a determinati reati, v. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale,* Lucca 1867, 693 ss, il quale evidenziava l'impraticabilità della pena pecuniaria per il reato di furto dato che, dopo la condanna, il ladro che prima rubava per bisogno, avrebbe probabilmente rubato di nuovo, stavolta per saldare il debito penale.

3.1.- Il legislatore ha modificato l'art. 133-*bis* Cp, inserendo sia nella rubrica che nel primo e secondo comma il riferimento alle condizioni «*patrimoniali*» oltre a quelle «*economiche*» del reo[28]. A seguito della riforma, si è specificato, dunque, che - per la determinazione giudiziale della pena pecuniaria e della valutazione delle condizioni economiche del reo ai sensi dell'art. 133-*bis* Cp - si debba tener conto anche delle sue condizioni patrimoniali. Com'è noto, in applicazione del principio di uguaglianza sostanziale, la disposizione prevede che se, in ragione delle condizioni economiche del reo, ritiene che la misura massima della pena pecuniaria sia inefficace, il giudice possa aumentare la pena della multa o dell'ammenda sino al triplo ovvero, se troppo gravosa, ridurla sino ad un terzo.
Anche prima della riforma, invero, sebbene la legge non facesse espresso riferimento alle condizioni patrimoniali, ma solo a quelle economiche, la giurisprudenza[29] riteneva che - nel valutare l'effettività e la gravosità della pena pecuniaria ai fini dell'applicazione della circostanza - il giudice dovesse tener conto non solo del reddito del condannato, ma anche del suo patrimonio personale.
L'introduzione della previsione espressa del requisito delle condizioni patrimoniali risponde all'esigenza di chiarire definitivamente l'ambito di applicabilità della disposizione, espungendo il campo da eventuali residui dubbi interpretativi[30]; tale previsione contribuisce, inoltre, a «*ridurre i casi di conversione per insolvibilità, a beneficio dell'efficienza complessiva dell'esecuzione penale e, quindi, del processo*»[31], estendendo *expressis verbis* la valutazione del giudice al complesso dell'intera posizione patrimoniale del reo (ad es., beni mobili e immobili, eventuali crediti e debiti, ulteriori fonti di reddito ecc.).

3.2.- In base alla nuova formulazione dell'art. 133-*ter* Cp, il giudice, con la sentenza di condanna o con il decreto penale, può disporre, in relazione alle condizioni economiche e patrimoniali del condannato, che la multa o l'ammenda venga pagata in rate mensili. Per incentivare il ricorso alla rateizzazione, è stato esteso il numero delle rate mensili, che sono state portate da «*tre a trenta*» a «*sei a sessanta*». L'intervento mira sia a favorire la riscossione della pena pecuniaria, garantendone l'effettività, sia ad agevolare il pagamento dei condannati in funzione delle rispettive condizioni economiche.
Inoltre, sempre al fine di favorire l'adempimento spontaneo del condannato, anche se rateale, il primo comma dell'art. 133-t*er* Cp prevede che non siano dovuti interessi per la rateizzazione.
E' stata, invece, mantenuta la previsione del valore minimo di ciascuna rata, pari a quindici Euro: si tratta di un valore funzionale a consentire il pagamento rateale della pena pecuniaria anche ai meno abbienti.

---

[28] La modifica è stata introdotta ad opera dell'art. 1 co. 1 lett. d d. lgs. 150/2022.
[29] V., in giurisprudenza, Cass. sez. VI 16.11.2017, n. 56297; Cass. sez. VI 26.11.2010, n. 43444; Cass. sez. II 31.3.2009, n.29468, tutte in *www.dejure.it*. La giurisprudenza più recente è compatta nel ritenere che il presupposto applicativo dell'art. 133-*bis* Cp debba comportare una vera e propria impossibilità, o quantomeno un'estrema difficoltà, di soddisfare la pena pecuniaria inflitta. In questo senso, non si verificherebbe una simile situazione di "estrema difficoltà" nei casi in cui il condannato - ancorché privo di redditi - possa far fronte al pagamento della pena attingendo al proprio patrimonio. *Contra*, secondo un indirizzo minoritario più risalente, v. Cass., sez. III 5.11.1993, in *CP* 1995, 568 ss.: nel caso di specie, la Corte ha escluso che la proprietà di un immobile, di cui - tra l'altro - era ignoto il valore, fosse rivelatore di una condizione economica tale da rendere inefficace la pena pecuniaria, escludendo, dunque, il requisito delle condizioni patrimoniali del condannato dalla valutazione in ordine all'efficacia della sanzione.
[30] Rel. ill. d.lgs. 150/2022, *cit.*, 456. V., in dottrina, ad es. T. Padovani, *Diritto penale*, Milano 2019, 382, secondo cui la precarietà e l'approssimazione dell'art. 133-*bis* Cp «*sono accresciute dal fatto che il legislatore non si è preoccupato di individuare i coefficienti rilevanti per stabilire le condizioni economiche, nel cui apprezzamento confluiscono quindi sia il reddito che il patrimonio del soggetto*». Ad es., secondo G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, Milano 2021, 778, occorre, altresì, tener conto «*delle obbligazioni pecuniarie, in particolare degli obblighi derivanti da reato (...), degli obblighi di alimenti nei confronti dei famigliari, dei debiti d'imposta*» ecc. V., sul punto, anche L. Goisis, *La pena pecuniaria, cit.*, 49 ss.
[31] Rel. ill. d.lgs. 150/2022, *cit.*, 442. Tra l'altro, ai sensi del nuovo art. 660 co. 9 Cpp., si prevede che il magistrato di sorveglianza, ai fini di accertare lo stato d'insolvibilità, disponga le opportune indagini nel luogo del domicilio o della residenza, ovvero dove si abbia ragione di ritenere che il condannato possieda beni o cespiti di reddito e richieda, se necessario, informazioni agli organi finanziari o di polizia giudiziaria.

3.3.- Il legislatore ha introdotto nell'art. 135 Cp una clausola di riserva - *«salvo quanto previsto da particolari disposizioni di legge, quando, per qualsiasi effetto giuridico (...)»*[32] - che sembra voler ribadire il carattere generale del criterio di ragguaglio di Euro duecentocinquanta (o frazione di duecentocinquanta) di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva, derogabile solo allorché specifiche disposizioni di legge dispongano diversamente.
Tra i casi in cui il legislatore ha espressamente previsto un criterio diverso, si pensi, ad es., a quanto contemplato, in caso di decreto penale di condanna, dal novellato art. 459 co. 1 *bis* Cpp. per la sostituzione della pena detentiva con pena pecuniaria, in base al quale, tenuto conto delle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare, *«il valore giornaliero non può essere inferiore a 5 euro e superiore a 250 euro e corrisponde alla quota di reddito giornaliero»*.
Un'altra ipotesi di deroga al criterio generale di cui all'art. 135 Cp ricorre *ex* art. art. 53 co. 2 l. 689/1981 nel caso di conversione della pena detentiva breve nella pena pecuniaria sostitutiva (v. *infra* § 3.4).
Sempre in relazione all'art. 135 Cp, è giusto il caso di evidenziare che, in assenza di delega legislativa, il d. lgs. 150/2022 non è potuto intervenire, come pure auspicato da tempo da dottrina[33] e giurisprudenza[34], sulla misura del criterio di ragguaglio prevedendo un minimo ed un massimo edittale al posto di un valore fisso.

3.4. - Finora la nostra attenzione si è concentrata sulla pena pecuniaria come pena principale: è essenziale, tuttavia, stante la natura «*sostanzialmente omologa*»[35] della sanzione, soffermarci sui rapporti e sulle differenze disciplinari che intercorrono tra tale pena e la pena pecuniaria sostitutiva *ex* art. 56-*quater* l. 689/1981 ss.[36].
L'art. 53 l. 689/1981, come novellato, prevede che il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna, di applicazione della pena su richiesta delle parti ovvero decreto penale di condanna[37], quando ritiene di dover determinare la durata della pena detentiva entro il limite di un anno e sempre che ricorrano i presupposti soggettivi di cui all'art. 59 l. 689/1981[38], possa sostituirla con la pena pecuniaria della specie corrispondente.
Per quanto riguarda il criterio di ragguaglio tra la pena detentiva e la pena pecuniaria sostitutiva, l'art. 53 co. 2 l. 689/1981, oggetto anch'esso di riforma, già prevedeva - nel testo modificato dall'art. 4 l. 12.6.2003 n. 134 - un sistema di determinazione per tassi giornalieri (v. *infra* § 5), in base al quale il giudice individuava «*il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato»* moltiplicandolo per i giorni di pena detentiva. Il tasso di conversione giornaliero era individuato

[32] La modifica è stata introdotta ad opera dell'art. 1 co. 1 lett. *f* d. lgs. 150/2022.
[33] In dottrina, per un commento ai profili di dubbia costituzionalità della disposizione, anche prima della riforma in commento, v. L. Goisis, *Il criterio di ragguaglio della pena pecuniaria sostitutiva al vaglio della Corte Costituzionale: esigenze di riforma della disciplina,* in *RIDPP* 2015, 2, 913 ss. in commento a C. cost., 18.7.2014 n. 214.
[34] In giurisprudenza, in ordine ai profili di dubbio sull'art. 135 Cp, v. la già citata sentenza della C. cost. 11.2.2020 n. 15, *cit.* (v. *retro* § 1 n. 5), che, nel caso di specie, giungeva, tuttavia, ad una pronuncia d'inammissibilità per *aberratio ictus.*
[35] T. Padovani, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti,* in *GD* 5.11.2022 n. 41.
[36] La scelta di rubricare l'art. 56-*quater* l. 689/1981 aggiungendo l'aggettivo "sostitutiva" al sostantivo "pena pecuniaria" nascerebbe dall'esigenza di rendere immediatamente distinguibile la predetta sanzione dall'istituto analogo (*sub specie*: la pena pecuniaria principale): così, Relazione n.2/2013 dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, *cit.*, 199.
[37] Nel caso di decreto penale di condanna, il giudice può sostituire la pena detentiva breve con pena pecuniaria sostitutiva solo su richiesta dell'indagato o del condannato *ex* art. 53 co. 2 l. 689/1981. In base a quest'ultima disposizione, peraltro, il giudice può scegliere di convertire la pena detentiva anche con il lavoro di pubblica utilità.
[38] In base all'art. 59 l. 689/1981, il giudice non può sostituire la pena detentiva con la pena pecuniaria sostitutiva nei confronti di soggetti, condannati nei cinque anni precedenti a pena pecuniaria, anche sostitutiva, che non abbiano pagato colposamente (lett. b); ovvero nei confronti dell'imputato a cui deve essere applicata una misura di sicurezza personale, salvo i casi parziale incapacità d'intendere e di volere (lett. c); ovvero nei confronti dell'imputato di uno dei reati all'art. 4-bis l. 26.7.1975 n. 354, salvo che sia stata riconosciuta la circostanza attenuante di cui all'art. 323-bis co. 2 Cp (lett. c). Le preclusioni soggettive non trovano applicazione per i condannati minorenni (ult. co.).

mediante il rinvio mobile all'art. 135 Cp, non potendo «*essere inferiore alla somma indicata dall'articolo 135 del codice penale*» e non superiore «*dieci volte*» rispetto a «*tale ammontare*». Tuttavia, dopo che il valore giornaliero previsto dall'art. 135 Cp era stato innalzato a duecentocinquanta Euro per effetto della l. 15.7.2009 n. 94, il tasso di conversione per la pena sostitutiva finiva per corrispondere ad un valore giornaliero particolarmente elevato. Il rinvio all'art. 135 Cp aveva determinato, così, nella prassi, una drastica riduzione dei casi di ricorso alla pena pecuniaria sostitutiva. Per questi motivi, tale disposizione era stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 28/2022[39] per contrasto con gli artt. 27, 3° co., e 3, 2° co., Cost., sul presupposto che il rinvio all'art. 135 Cp aveva finito per trasformare l'istituto «*in un privilegio per i soli condannati abbienti*»[40].

In accoglimento delle preoccupazioni evidenziate dalla Corte costituzionale, favorevole all'individuazione del valore giornaliero in misura indipendente dalla somma indicata dall'art. 135 Cp[41], il nuovo art. 56-*quater* l. 689/1981 prevede ora che il valore giornaliero non possa essere inferiore a cinque Euro, né superiore a 2.500 Euro.

Nonostante l'apprezzabile sforzo del legislatore di determinare il valore giornaliero della pena pecuniaria sostitutiva in una misura non eccessivamente onerosa per i soggetti meno abbienti (nel limite minimo di cinque Euro), ma che al contempo non risulti irrisoria per i soggetti con maggiori disponibilità economiche (nel limite massimo di 2.500 Euro), continua ancora oggi a permanere una «*drastica divaricazione di regime*»[42] tra la pena pecuniaria principale e la pena pecuniaria sostitutiva. La prima, infatti, continua a non essere determinata per tassi, ma con il sistema della somma complessiva *ex* art. 133-*bis* Cp e si converte, in caso di inadempimento, in misura fissa *ex* art. 135 Cp.

Nel caso di mancato pagamento della pena sostitutiva trova applicazione l'art. 71 co. 2 l. 689/1981, che prevede una disciplina solo parzialmente coincidente con quella prevista per la mancata esecuzione della pena pecuniaria principale. Il mancato pagamento della pena pecuniaria sostitutiva, entro il termine di cui all'art. 660 Cpp indicato nell'ordine di esecuzione, ne comporta la revoca e la conversione nella semilibertà sostitutiva «*o nella detenzione domiciliare sostitutiva*».

A differenza, quindi, del mancato pagamento della pena pecuniaria principale, in caso di insolvenza, il giudice può scegliere discrezionalmente, in base ai criteri di cui al citato art. 58 l. 689/1981, se convertire la sanzione pecuniaria sostitutiva ineseguita nella semilibertà sostitutiva oppure nella

---

[39] C. cost. 1.2.2022 n. 28, in *GD* 2022, 16 ss. In commento, v. F. Nannarel, *Rime costituzionalmente adeguate e riforma della giustizia penale,* in *RIDPP* 2022, 1, 473 ss. Il rinvio contenuto nell'art. 53 co. 2 l. 689/1981 all'art. 135 Cp per effetto del quale il valore giornaliero di una singola quota non poteva essere inferiore ad Euro duecentocinquanta aveva finito per rendere la pena pecuniaria sostitutiva particolarmente elevata nella maggior parte dei casi anche di fronte a reati di modesta offensività. Infatti, il valore giornaliero, moltiplicato per il numero di giorni di pena detentiva da sostituire, determinava risultati estremamente onerosi: si consideri ad esempio che il minimo legale della reclusione, fissato dall'art. 23 Cp in quindici giorni, doveva essere sostituito in una multa di almeno 3.750 Euro. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione per contrasto con gli artt. 27 co. 3 e 3 co. 2 Cost.: a due anni di distanza dal monito già contenuto nella sentenza n. 15/2020 *cit.*, e constatata l'inopportunità di pronunciare una sentenza meramente ablatoria che avrebbe avuto il denegato effetto di impedire l'accesso al sistema di conversione delle pene detentive brevi nelle pene pecuniarie, la Corte ha dichiarato l'illegittimità, con una sentenza manipolativa, della disposizione nella parte in cui, al quarto periodo, prevede che «[*i]l valore giornaliero non può essere inferiore alla somma indicata dall'art. 135 del codice penale e non può superare di dieci volte tale ammontare»,* anziché *«[i]l valore giornaliero non può essere inferiore a 75 euro e non può superare di dieci volte la somma indicata dall'art. 135 del codice penale*». Veniva comunque auspicato un intervento riformatore da parte del legislatore, nel senso di prevedere che il valore giornaliero, al quale può essere assoggettato il condannato in caso di sostituzione della pena detentiva venga individuato, nel minimo, in misura indipendente dalla somma indicata dall'art. 135 Cp così da evitare che la sostituzione della pena risulti eccessivamente onerosa in rapporto alle condizioni economiche del condannato e del suo nucleo familiare, consentendo al giudice di adeguare la sanzione sostitutiva alle condizioni economiche e di vita del condannato.

[40] C. cost. 28/2022, *cit.*

[41] Sul punto, v. A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 20.1.2022, 10, secondo cui la novella ha inteso porre rimedio alle non poche distorsioni applicative poste dall'art. 53 l. 689/1981 nella prassi.

[42] T. Padovani, *Riforma Cartabia, cit.*

detenzione domiciliare sostitutiva[43]. Se, tuttavia, il mancato pagamento della pena sostitutiva è dovuto a insolvibilità, il legislatore della riforma ha previsto, in attuazione dall'art. 1 co. 17 lett. m della legge-delega, che la pena sia revocata e *«convertita nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo o, se il condannato si oppone, nella detenzione domiciliare sostitutiva*» (art. 71 co. 3 l. 689/1981): in questo caso, dunque, il regime è stato assimilato a quello attualmente previsto nel caso d'insolvibilità della pena pecuniaria principale.
La ragione di tale scelta è da ravvisarsi nell'intento di prevedere - nel caso di inadempimento incolpevole della pena pecuniaria sostitutiva - un trattamento più favorevole rispetto all'ipotesi di inadempimento colpevole (insolvenza), specularmente a quanto previsto per la mancata esecuzione della pena pecuniaria principale.

4.- L'art. 97 d. lgs. 150/2022 ha dettato alcune disposizioni transitorie in materia di esecuzione e conversione delle pene pecuniarie.
In base al primo comma, si prevede che le disposizioni in materia di conversione delle pene pecuniarie si applichino, salvo che siano in concreto più favorevoli al condannato, solo ai reati commessi dopo l'entrata in vigore del decreto. La disposizione ribadisce un principio generale: le modifiche relative al trattamento sanzionatorio penale, avendo natura sostanziale, sono soggette al principio di irretroattività *ex* art. 25 co. 2 Cost, se più sfavorevoli.
Inoltre, il secondo comma ha precisato che, in relazione ai reati commessi prima dell'entrata in vigore del decreto, continuino ad applicarsi le disposizioni in materia di conversione ed esecuzione delle pene pecuniarie previste dal Capo V della l. 689/1981, dall'art. 660 Cpp. e da ogni altra disposizione di legge all'epoca vigente (tra quest'ultime, ad es., le disposizioni di cui al d.P.R. 30.5.2002 n. 115 e di cui all'art. 1 co. 367 l. 24.12.2007 n. 244, che regolano l'attività di Equitalia Giustizia in materia di gestione del credito derivante dalle pene pecuniarie).
L'ultrattività della disciplina abrogata o sostituita è coerente con la scelta di escludere l'applicazione retroattiva dello *ius novum.*
Infine, com'è noto, con l'art. 6 d.l. 31.10. 2022 n. 162[44] (c.d. Decreto "*rave*"), convertito in l. 30.12.2022 n.199, recante «*Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di termini di applicazione delle disposizioni del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, e di disposizioni relative a controversie della giustizia sportiva, nonchè di obblighi di vaccinazione anti SARS-CoV-2, di attuazione del Piano nazionale contro una pandemia influenzale e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali*», il Governo ha posposto l'entrata in vigore della riforma, originariamente prevista per l'1.11.2022, al 30.12.2022.
In tema di pena pecuniaria, non sono stati apportati emendamenti in sede di conversione parlamentare.

[43] Si noti che, in deroga alla disciplina generale di cui all'art. 66 co 1 l. 689/1981 in tema di conversione delle pene sostitutive, si prevede che la pena pecuniaria sostitutiva non eseguita in nessun caso possa essere convertita nella pena detentiva sostituita: in caso di mancato pagamento colpevole, non è, dunque, prevista la possibilità di convertire la pena pecuniaria sostitutiva in lavoro di pubblica utilità: così, Relazione n.2/2013 dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, *cit.,* 230.

[44] In merito al differimento dell'entrata in vigore della riforma è stata sollevata questione di legittimità costituzionale da parte del T. Siena con ord. 11.11.2022 per supposto contrasto con l'art. 73 co. 3 Cost, con l'art. 77 co. 2 Cost., nonché in rapporto agli artt. 3 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 Cedu e all'art. 15 co. 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. In commento, sulla posticipazione dell'entrata in vigore della riforma, v. G.L. Gatta, *Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa?*, in *www.sistemapenale.it* 31.10.2022; Id., *Procedibilità a querela e rinvio della riforma Cartabia: sollevata questione di legittimità costituzionale*, in *www.sistemapenale.it* 12.11.2022; M. Gialuz, *Un errore rinviare la riforma Cartabia, www.ilsecoloxix.it* 31.10.2022; S. Quattrocolo, *Perché il differimento dell'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 è una sconfitta per la giustizia penale*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 2.11.2022. Oltre ai dubbi sulla legittimità della scelta di ricorrere alla decretazione d'urgenza per differire l'entrata in vigore ed eventualmente formulare emendamenti su di un testo normativo su cui era già stata conferita al Governo la delega legislativa; le perplessità sulla posticipazione riguardano anche il pericolo di non riuscire a rispettare l'obiettivo assunto in sede europea della riduzione del 25% della durata media dei processi penali italiani entro il 2026.

5.- La riforma Cartabia rappresenta senz'altro un primo passo verso la ristrutturazione, la «*modernizzazione*»[45] della disciplina in tema di pena pecuniaria: chiaro è l'intento del legislatore, in prospettiva deflattiva, di rendere la pena pecuniaria un'"alternativa seria"[46] alla detenzione, assicurandone l'effettiva esecuzione.
Sotto il profilo della verifica degli effetti della riforma e della corrispondenza con gli intenti dichiarati, sarà essenziale l'opera di monitoraggio affidata *ex* art. 79 co 1 d. lgs. 150/2022[47] al Ministro della giustizia, cui spetterà il compito di inviare, entro il 31 maggio di ciascun anno, alle competenti Commissioni parlamentari una relazione in materia di esecuzione e conversione delle pene pecuniarie.
Al momento, in attesa di poter valutare i primi dati *post*-riforma, sembra ottimistico ipotizzare che le novità introdotte siano davvero in grado di raggiungere l'ambizioso obiettivo prefissato.
Ad opinione di chi scrive, il regime previsto in caso d'insolvenza (la conversione in semilibertà sostitutiva al posto dell'esecuzione forzata) non riuscirà a raggiungere agevolmente i risultati auspicati e difficilmente eserciterà una funzione persuasiva sui consociati in direzione del pagamento spontaneo della pena pecuniaria principale. Di fronte a soggetti che - già a monte - risultano insensibili al valore dissuasivo di una condanna penale e della minaccia dell'esecuzione di una pena pecuniaria, appare improbabile che la minaccia dell'esecuzione della semilibertà sostitutiva riesca a motivare al pagamento. Se il rischio di subire l'esecuzione forzata non riesce a convincere colui che pure avrebbe i mezzi economici per pagare la multa o l'ammenda, è difficile ipotizzare che l'effetto motivante possa derivare dalla minaccia di una misura parzialmente limitativa della libertà personale: anche in considerazione dell'elevato valore che assume ormai il denaro nell'attuale società capitalistica, è probabile che il soggetto insolvente ritenga, piuttosto, preferibile eseguire la sanzione della semilibertà. Anzi, il rischio è che, tenuto conto della possibile insensibilità dei consociati nei confronti della maggiore afflittività del nuovo regime disciplinare, la riforma possa produrre effetti controproducenti per l'Erario, con la perdita anche di quelle poche entrate, pari al 3% delle condanne pecuniarie inflitte (v. *retro* § 1) attualmente assicurate dal sistema di esecuzione forzata e con l'aumento dei costi relativi all'esecuzione del regime della semilibertà.
La soluzione dovrebbe, piuttosto, essere ricercata sempre nell'esecuzione forzata: di fronte ai casi d'insolvenza, trattandosi di una situazione non d'impossibilità, ma di rifiuto da parte del condannato al pagamento, lo Stato non dovrebbe rinunciare all'esecuzione del *quantum debeatur*. Le difficoltà che si sono registrate nell'esecuzione forzata non dovrebbero disincentivare lo Stato dalla riscossione della pena pecuniaria, inducendolo alla scelta – rinunciataria – della conversione in un'altra pena eseguibile coercitivamente. Piuttosto, le difficoltà esecutive dovrebbero motivare lo Stato a migliorare quegli aspetti relativi all'esecuzione forzata che si sono rivelati più critici: si pensi alle «*inefficienze fisiologiche del sistema processuale*»[48], relative all'eventuale irreperibilità del condannato, alla sua identificazione ai fini fiscali, alla complessità della compilazione della scheda riassuntiva delle spese di giustizia da recuperare, nonché alle criticità legate all'individuazione dei beni da sottoporre a esecuzione.

---

[45] G. Lattanzi, *A margine della "riforma Cartabia",* in *CP* 2022, 4, 1295 ss.
[46] L'idea che la pena pecuniaria costituisca «*l'unica odierna reale alternativa alla pena detentiva di portata generale*» è di G. Marinucci, *Relazione di sintesi,* in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena, Atti del XXIII Convegno di studio "Enrico de Nicola",* a cura del *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale,* Milano 2002, 322. Già R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto,* 1877, trad. it. a cura di M. Losano, Torino 2014, 266, riteneva che «*dove basta la pena pecuniaria, nessuna pena detentiva*!».
[47] L'attività di monitoraggio con cadenza annuale risponde all'esigenza di verificare il raggiungimento degli indicati obiettivi di effettività ed efficienza perseguiti dalla riforma. L'attività consiste nella raccolta ed analisi dei dati statistici relativi alle sentenze e ai decreti di condanna a pena pecuniaria, anche sostitutiva, alla riscossione, alla rateizzazione, alla sospensione condizionale e alla conversione, per insolvenza o insolvibilità del condannato. I dati raccolti saranno pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia e trasmessi al Parlamento a corredo della citata relazione.
[48] Relazione n.2/2013 dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, *cit.*, 216.

Le altre modifiche, poi, pur apprezzabili, sono modeste ed è presumibile che abbiano una scarsa incidenza pratica. Come autorevolmente evidenziato, più che di una vera e propria "riforma" di sistema, si tratta piuttosto di «*un intervento novellistico destinato a percorrere i soliti binari; le vetture che viaggiano potranno anche essere confortevoli, ma non possono certo cambiare l'itinerario, che è segnato, ed è modesto*»[49].

In verità, per modernizzare la disciplina della pena pecuniaria, rendendo quest'ultima davvero una risposta credibile al carcere, saranno probabilmente necessarie in futuro ulteriori modifiche al regime applicativo ed esecutivo della pena pecuniaria.

In primis, come auspicato da tempo dalla dottrina[50], al fine di determinare un *quantum* di pena effettivamente commisurato alla situazione economica del condannato, è essenziale che il legislatore si convinca dell'opportunità di allontanarsi definitivamente dall'attuale modello "a somma complessiva", adottato in origine probabilmente per consentire al giudice di eludere i problemi di accertamento del reddito e del patrimonio del condannato[51], a favore dell'adozione del sistema - di origine scandinava - delle c.d. quote giornaliere (o tassi giornalieri), applicato con successo da tempo in altri ordinamenti e previsto finora nel nostro ordinamento penale esclusivamente nell'ambito della responsabilità da reato delle persone giuridiche *ex* d. lgs. 8.6.2001, n. 231.

L'idea non è nuova: da ultimo, in riferimento alle comminatorie della multa e dell'ammenda, la Commissione Lattanzi ha proposto di fissare - alla stessa stregua del *Tagessatzsystem* previsto nell'ordinamento tedesco (§ 40 co. 2 *StGB*) - un numero minimo e massimo di quote giornaliere, secondo criteri di sistematicità, ragionevolezza e proporzionalità in rapporto alla gravità del reato. In particolare, attraverso un procedimento di commisurazione bifasico, il giudice avrebbe dovuto determinare *«prima il numero delle quote cui assoggettare il condannato e, poi, l'importo di ogni quota che, sempre sul modello del codice tedesco, si propone di fissare tra un minimo di 1 euro a un massimo di 30.000 euro, tenendo conto delle condizioni economiche e di vita del condannato. Tra gli elementi che il giudice potrà considerare vi sono il reddito del condannato, il patrimonio nella sua disponibilità, nonché particolari obblighi giuridici cui sia tenuto assolvere*»[52].

---

[49] T. Padovani, *Riforma Cartabia, cit.*

[50] In dottrina, a favore dell'introduzione del modello per tassi giornalieri, v. F. Bricola, *Il sistema sanzionatorio penale nel Codice Rocco e nel Progetto di riforma,* in *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Roma 1974, 57; E. Dolcini, *La pena in Italia, oggi, cit.,* 1081 ss.; Id., *Pene pecuniarie e principio costituzionale di uguaglianza,* in *RIDPP* 1972, 440 ss.; L. Goisis, *La pena pecuniaria, cit.,* 367 ss.: Id., *La pena pecuniaria nella recente riforma della giustizia penale: una valorizzazione da perfezionare,* in *RIDPP* 2022, 1, 297 ss.; H.H. Jescheck, *La pena pecuniaria, moderno mezzo di politica criminale e i problemi ad essa connessi*, in *IP* 1977, 311 ss.; G. Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale,* in *Jus* 1974, 4, 492 ss.; E. Musco, *La pena pecuniaria,* Catania 1984, 76, 90 ss.; A. Pagliaro, *Prospettive di riforma, Pene e misure alternative nell'attuale momento storico, Atti dell'XI Convegno E. De Nicola, a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale,* Milano 1977, 428 ss.; C.E. Paliero, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *RIDPP* 1981, 733 ss. Secondo F. Molinari, *La pena pecuniaria. Aspetti di diritto italiano e stranieri comparati,* Verona 1983, 33, 43 ss., il modello per tassi giornalieri presenterebbe, tuttavia, anche alcuni limiti, dati dalla circostanza che assegnerebbe alla capacità economica un peso troppo decisivo, con il rischio di determinare valori sproporzionati per le persone meno abbienti.

[51] Così, v. G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale, op. cit.,* 777, secondo cui l'adozione del modello a somma complessiva ha significato, di fatto, «*dare per scontato che non sempre il giudice terrà realmente conto della situazione economica del reo*».

[52] Relazione finale della Commissione ministeriale guidata da G. Lattanzi - Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, istituita con d.m. 16.3.2021, in *www.giustizia.it*, 60. In commento, v. G. Fiandaca, *Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi,* in *www.sistemapenale.it* 21.6.2021; L. Goisis, *La pena pecuniaria nella recente riforma della giustizia penale, cit.,* 297 ss.; D. Pulitanò, *Una svolta importante nella politica criminale*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 16.6.2021. Il sistema per tassi prevede che la commisurazione della pena avvenga secondo un ordine bifasico: nella prima fase, viene calcolato il numero dei tassi giornalieri commisurati alla gravità del reato ed alla capacità a delinquere del reo; mentre nella seconda, viene calcolato il valore del singolo tasso giornaliero in considerazione delle condizioni economiche e patrimoniali del reo. La somma finale si ottiene moltiplicando il numero dei tassi giornalieri per il valore attribuito a ciascun singolo tasso. La Commissione prevedeva di «*affiancare all'introduzione di un nuovo modello generale per la comminatoria della pena pecuniaria anche degli interventi volti a rivedere, aggiornare e razionalizzare le comminatorie della multa e dell'ammenda, sola, alternativa o congiunta alla*

Il d. lgs. 150/2022 non ha recepito tale impostazione: un intervento in tal senso sarebbe andato, in effetti, oltre i principi ed i criteri direttivi indicati nella legge-delega, che - come abbiamo visto - hanno limitato lo spazio d'azione del legislatore delegato alla riforma del procedimento di esecuzione e di conversione in caso di mancato pagamento, oltre all'introduzione di procedure amministrative che semplificassero il pagamento e la riscossione.
Se, quindi, non è possibile censurare la scelta del legislatore delegato di non passare al modello per tassi giornalieri (pena la violazione dell'art. 76 Cost.), ciò non toglie che *de iure condendo* l'adozione di un simile modello comporterebbe molteplici vantaggi.
Innanzitutto, come evidenziato anche dalla Corte costituzionale, si tratta di un «*modello capace di garantire uguaglianza sostanziale*»[53], più equo e trasparente rispetto a quello della somma complessiva. Nella misura in cui distingue nettamente la fase della valutazione relativa alla gravità del fatto e alla capacità a delinquere dalla fase (necessariamente successiva) dell'assegnazione di un valore economico a predetto tasso, soltanto un simile meccanismo, infatti, permetterebbe di determinare un *quantum* monetario effettivamente commisurato ed adattato alla capacità contributiva del condannato, così superando uno degli aspetti più critici della pena pecuniaria, ossia la natura variabile della sua afflittività, per cui minore è la disponibilità economica, maggiore è il carattere afflittivo della pena.
In secondo luogo, come osservato dalla Commissione di riforma del codice penale presieduta dal Prof. Grosso[54] e come dimostrato nella prassi dalle esperienze straniere[55], l'adozione del sistema per tassi permetterebbe l'adozione di pene pecuniarie dall'ammontare complessivamente più elevato. Infatti, le cornici edittali delle pene pecuniarie - da tempo non aggiornate e soggette alla svalutazione monetaria - tendono ad attestarsi in linea di massima su valori medio-bassi[56].
L'introduzione di tale sistema permetterebbe, inoltre, di rimuovere l'«*asimmetria*»[57] esistente rispetto al regime della pena pecuniaria sostituiva, in relazione al quale era previsto e continua ad essere previsto il sistema di determinazione per tassi giornalieri.
Infine, sempre *de iure condendo,* per garantire l'effettività della pena pecuniaria, un'altra modifica utile potrebbe essere quella volta ad escludere la sospendibilità condizionale della sanzione pecuniaria, anche sostitutiva di una pena detentiva breve, come invero già auspicato dalla Commissione Lattanzi[58]. A tale soluzione, per usare le parole di E. Dolcini, è necessario ricorrere per la *«necessità di garantire l'effetto motivante della multa e dell'ammenda, nel momento della comminatoria legale, come in quello dell'inflizione da parte del giudice»*[59].
Con molta probabilità, dunque, l'obiettivo di assicurare davvero credibilità alla sanzione pecuniaria e recuperare la sua centralità nell'ambito dell'apparato sanzionatorio penale richiederà un ulteriore intervento riformatore[60], a completamento dell'opera iniziata con il d. lgs. 150/2022, che si presenta, allo stato, come una riforma "in bilico" tra passato e futuro.

---

pena detentiva». Ed ancora, la Commissione auspicava l'abolizione delle comminatorie di pene pecuniarie fisse, incompatibili con il sistema di commisurazione bifasica proprio delle quote giornaliere.

[53] C. 16.11.1979 n. 131, in *www.cortecostizionale.it.* Più di recente, v. C. cost. 28/2022, *cit.*

[54] Relazione finale al progetto preliminare di riforma del codice penale, a cura della Commissione ministeriale guidata da C.F. Grosso per la riforma del codice penale, istituita con d.m. 1.10.1998, in *www.giustizia.it.*

[55] L'esperienza comparata ha mostrato come l'introduzione del sistema per tassi si risolverebbe nell'adozione di pene pecuniarie più incisive: v. L. Goisis, *Il criterio di ragguaglio della pena pecuniaria sostitutiva, cit.,* 913 ss.

[56] Così, v. L. Goisis, *L'effettività (*rectius *ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi, cit.,* 22 secondo cui «*le cornici edittali, non più aggiornate dal 1981, non sono inoltre al passo con la forte svalutazione monetaria in atto*».

[57] T. Padovani, *Riforma Cartabia, cit.*

[58] Relazione finale della Commissione Lattanzi, *cit.,* secondo cui «*per garantire l'effettività della pena pecuniaria si ritiene opportuno escludere, in relazione ad essa, la sospensione condizionale, anche quando si tratti di pena pecuniaria applicata in sostituzione di pena detentiva*».

[59] E. Dolcini, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale,* in *RIDPP* 2001, 828.

[60] Per approfondimenti in merito alle proposte dottrinali per una riforma del sistema sanzionatorio penale, si rimanda a L. Eusebi, *Appunti minimi in tema di riforma del sistema sanzionatorio penale,* in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?, Atti del Convegno in ricordo di Laura Fioravanti,* a cura di P. Pisa, Torino 2008, 279 ss.; Id., *La riforma*

ineludibile del sistema sanzionatorio penale, in *RIDPP* 2013, 1326 ss.; G. Forti, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria,* in *DPenCont* 2012, 3-4, 178 ss.; F. Palazzo, *Crisi del carcere e culture di riforma,* in *www.penalecontemporaneo.it* 2017, 7 ss.; C.E. Paliero, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio, RIDPP* 1992, 510 ss.

BENI COMUNI COME BENI GIURIDICI: UNA PROSPETTIVA CRITICA

di Giuseppe Rotolo
(*Professore associato di diritto penale, Università del Salento*)

Il saggio si propone di discutere in chiave critica l'utilità sul piano penalistico della categoria dei beni comuni, con particolare riguardo alla individuazione di beni giuridici cui riferire scelte di criminalizzazione. L'indagine muove dalla recente riforma che attribuisce rilievo costituzionale all'ambiente, in termini coerenti con la qualificazione dello stesso alla stregua di un bene comune. L'analisi conduce a riconoscere possibile valenza ermeneutica al riferimento ai *commons* nell'ambito della categoria del bene giuridico; la verifica di simili conclusioni è condotta con riguardo alla distinzione tra *food safety* e *food security* e alle relative ricadute sul piano della tutela penale.
The essay proposes to critically discuss the usefulness of the category of common goods in the field of criminal law, with particular regard to the identification of legal goods to which to refer criminalization choices. The investigation starts from the recent reform that attributes constitutional importance to the environment, consistently with its qualification as a commons. The analysis leads to the recognition of a possible hermeneutic value to the reference to the commons within the category of the legal good; the verification of such conclusions is conducted with regard to the distinction between food safety and food security and the related implications on the level of criminal protection.

SOMMARIO: 1. La 'costituzionalizzazione' dell'ambiente secondo la prospettiva teorica dei beni comuni. – 2. La tragedia dei beni comuni e la teoria del bene giuridico. – 3. Beni comuni come beni giuridici: ulteriori profili critici. – 4. Beni comuni e *capabilities approach*: elementi per una rilettura della categoria del bene giuridico. – 5. *Food safety* e *food security* nella prospettiva della tutela penale.

1. L'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2022 ha determinato la modifica in via definitiva degli artt. 9 e 41 Cost. e, con essa, l'esplicito riconoscimento dell'ambiente nella tavola dei valori costituzionali.
Si tratta certamente di un passaggio storico, che allinea il testo della Costituzione a una esigenza espressa ormai in termini netti e inequivoci a livello sociale – quella concernente la tutela delle risorse ecologiche – cui pure l'ordinamento giuridico si è nel tempo adeguato, sebbene non sempre in modo tempestivo e secondo linee strategiche e interventi immuni da criticità[1]. Di sicura rilevanza sono anche le implicazioni sul piano ermeneutico di simile scelta, dal momento che essa consente l'emancipazione del valore in questione dal riferimento indiretto o strumentale a ulteriori beni di primaria rilevanza. Come è noto, in effetti, il rango costituzionale dell'interesse in esame è stato tradizionalmente argomentato sulla base della sua pertinenza contenutistica con altri beni, esplicitamente riconosciuti dal testo fondamentale: rispettivamente, il paesaggio – di cui all'art. 9, co. 2, Cost. – che implica il riconoscimento di valore all'ambiente, in quanto espressione di una dimensione particolare dello stesso; la salute – di cui all'art. 32 Cost. – la cui piena tutela esige in via strumentale la garanzia di un ambiente salubre[2].
La riforma costituzionale, inoltre, ha un certo rilievo anche sul piano prettamente penalistico.

---

[*] Il presente saggio ripropone, con minime integrazioni, il contributo agli *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*. Si ringraziano i curatori dell'opera per averne consentito la pubblicazione anche su questa Rivista.
[1] Si vedano, al riguardo, le considerazioni proposte dall'insigne Autore che con questo saggio si intende onorare: C.E. Paliero, *Il mercato della penalità. Bisogno e Meritevolezza di pena nel* rationale *della punitività*, Torino 2021, 88 s.
[2] Sul punto, si veda C. Perini, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 19.2.2018, 1 s.; 10 s.

Innanzi tutto, l'ancoraggio normativo dell'ambiente alla Carta fondamentale indubbiamente assume significato secondo lo spartito della 'teoria del bene giuridico costituzionale'[3], in quanto rappresenta riconoscimento esplicito di un possibile oggetto di tutela per il diritto penale. Certamente, come si premurava di precisare l'autorevole dottrina cui si deve questa impostazione, il censimento a livello costituzionale di simili interessi[4] comunque non implica la necessità dell'intervento in tale ambito, stante la stringente esigenza di valutare criteri politico-criminali ulteriori rispetto a quello – sul piano metodologico dal tratto 'negativo' – concernente la verifica circa l'esistenza di un bene per il quale sia praticabile una scelta di criminalizzazione. L'opzione penale, in definitiva, dovrà risultare sussidiaria ad altre forme di controllo meno invasive, ma altrettanto effettive[5].
Si potrebbe, forse, anche ritenere che la riforma non produca in realtà alcun effetto, considerata la possibilità di desumere in via indiretta la rilevanza dell'ambiente, quale interesse implicito o necessariamente presupposto dal testo della Costituzione[6]. Del resto, anche in virtù dell'operazione esegetica richiamata, il mancato riconoscimento esplicito a livello costituzionale non ha impedito l'articolarsi di un sistema di tutela penale a difesa degli interessi ecologici: come è noto, dapprima con il cristallizzarsi fuori dal codice – e specialmente nel Testo Unico Ambiente – di illeciti penali (principalmente contravvenzionali e caratterizzati da una anticipazione della tutela secondo il modello del reato di pericolo astratto); successivamente, con l'introduzione dei delitti, collocati nel Titolo VI-*bis* Cp, con la l. n. 68 del 2015[7].
Simili considerazioni, tuttavia, trascurerebbero un dato emergente con chiarezza dalla recente riforma: la definizione di precisi elementi caratterizzanti la prospettiva di tutela da accordare all'interesse in parola[8]. Non si tratta, in effetti, di un dato eludibile o minimizzabile, atteso che dovrebbe risultare di immediata evidenza la centralità di quella che è stata definita la «esatta dimensione costituzionale» del bene ai fini della puntuale definizione di uno specifico impianto di tutela da accordare allo stesso. In altri termini, non è da considerarsi sufficiente che «il legislatore penale assuma a fondamento di una categoria di reati la tutela di un bene costituzionalmente rilevante; essendo, viceversa, necessario che, in quel processo di ulteriore specificazione che l'oggettività

[3] Il riferimento è al fondamentale lavoro di F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIV, Torino 1973, 7 ss., ora raccolto in Id., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, I, Tomo I, Milano 1997, 539 ss., dalla cui più recente edizione si traggono le citazioni e i riferimenti utili a questo scritto.
[4] Riconducibili al concetto di 'meritevolezza di pena', su cui di recente si veda diffusamente C.E. Paliero, *Il mercato della penalità*, cit., 25 ss.
[5] Cfr. F. Bricola, *op. cit.*, 572: «Il margine di vincolo è soltanto *negativo*: il legislatore cioè, non può adottare la sanzione penale se non per fatti lesivi di valori costituzionali; tuttavia, anche in presenza di un fatto dotato di tale forza lesiva, potrebbe egualmente far ricorso a modelli sanzionatori extrapenali». In argomento, classico è il riferimento anche a D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *RIDPP* 1983, 484 ss.
[6] Cfr. F. Bricola, *op. cit.*, 568: «La locuzione "rilevanza costituzionale" è, poi, assai ampia, ricomprendendo non solo i diritti del singolo costituzionalmente garantiti, ma anche quei valori che sono obiettivamente tutelati. (...) E ancora: l'illecito penale può ledere un valore privo di rilievo costituzionale, ma legato ad un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria; talché, cioè, la lesione del primo sia necessariamente ed inequivocabilmente idonea a mettere in pericolo il secondo».
[7] Per i criteri di riparto tra la legislazione penale complementare e il codice penale, alla luce del principio di cui all'art. 3-*bis* Cp, con riferimento anche alla materia ambientale, sia consentito rinviare a G. Rotolo, *Riserva di codice e legislazione penale complementare*, in *Jus online*, 3, 2019, 160 ss.; in generale, sul tema, si veda il fondamentale lavoro di C. E. Paliero, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica idealistica versus deontica realistica*, in *Crim* 2020, 31 ss.
[8] A fronte dell'assenza di possibili indicatori della cornice di senso entro cui collocare il riconoscimento di valore costituzionale all'ambiente per via indiretta, come segnalato con considerazioni vieppiù attuali – alla luce della recente riforma – da F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 197: «È vero che nell'art. 9 si consacra la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della nazione, ma non si accenna minimamente alla tutela dei beni attualmente considerati propri dell'ambiente (come l'aria, l'acqua, le piante, ecc.). L'ostacolo sembrerebbe rimosso, se si seguisse la tesi che sullo sfondo dei beni ambientali vede come effettivo oggetto di tutela la salute dell'uomo. Si potrebbe sostenere che in tal modo il bene ambientale, pur non essendo di rango costituzionale, verrebbe egualmente tutelato, sebbene non in via autonoma, in vista della protezione della salute umana. Ma a parte che in questa maniera la tutela sarebbe limitata alle sole ipotesi in cui ci possa essere un danno alla salute, si trascurerebbe così che il bene ambientale è l'esempio principe di quella categoria di beni che sopravanzano la presente generazione e continuano a valere per le generazioni successive».

giuridica assume a contatto di ogni singola fattispecie, il bene non perda la propria fisionomia costituzionale». In definitiva, «il legislatore ha un preciso dovere di tutelare penalmente il valore nella sua esatta dimensione costituzionale»[9].

Considerando le recenti modifiche alle predette norme costituzionali, parrebbe proprio rinvenibile una linea di intervento volta alla definizione di una precisa «dimensione» semantica e valoriale dell'ambiente. Quest'ultima, peraltro, si mostra tanto più opportuna in considerazione del fatto che l'interesse in questione si è prestato tradizionalmente a diverse declinazioni e articolazioni di significato[10], specialmente – come è noto – in ragione della complessità che ne è tratto distintivo[11].

Anche da questo punto di vista, allora, la riforma costituzionale potrebbe essere foriera di implicazioni di non poco momento. Essa, infatti, non pare limitarsi a introdurre il riferimento esplicito all'ambiente tra i valori costituzionali, prospettando altresì linee programmatiche per il governo e la tutela delle risorse naturali. Lo si coglie nel nuovo art. 9 Cost.[12], in quanto esso non soltanto offre la definizione dell'oggetto concreto della tutela riconosciuta dalla Repubblica alla stregua di «ambiente», «biodiversità» ed «ecosistemi» – secondo il lessico invalso –, ma la accompagna con la puntuale individuazione dell'indirizzo cui devono essere orientate le relative strategie di protezione, e cioè l'«interesse delle future generazioni»[13].

Già solo per questo aspetto è possibile cogliere l'evoluzione dell'approccio definitorio rispetto a quello espresso dalla Corte costituzionale, che nelle sue più rilevanti pronunce sul tema[14] si è limitata ad articolare il concetto di 'ambiente' nelle sue dimensioni di significato materiale e immateriale, oltre che nell'individuazione delle molteplici componenti a esso afferenti, benché tutte riconducibili a una concezione unitaria[15], complessa e dinamica[16].

---

[9] Così F. Bricola, *op. cit.*, 569, il quale aggiunge – in via meramente esemplificativa – la distanza talvolta riscontrabile «tra il valore costituzionale "proprietà" e le norme penali che configurano taluni delitti contro il patrimonio».

[10] Per una recente rassegna delle diverse articolazioni del problema oltre che delle implicazioni sul piano definitorio dell'oggetto della tutela, si veda F. Camplani, *La tutela anticipata dell'ambiente e teoria del bene giuridico. Il ruolo fondamentale dei beni giuridici intermedi*, in *RTrimDPenAmb*, 3, 2021, 16 ss.

[11] Il dibattito, per esempio, ha riguardato l'individuazione delle differenti componenti materiali a esso riconducibili; come pure la differente impostazione assiologica – ecocentrica o antropocentrica – rinvenibile nelle relative strategie di controllo penale (che, del resto, non rappresenta una rigida alternativa, specie alla luce della riferibilità a ciascuna di tali impostazioni rispettivamente del sistema dei delitti e delle contravvenzioni extra-codicistiche). Più in radice, è stata discussa la possibilità stessa di individuare nella sua materialità un oggetto di tutela, rispetto all'alternativa che quest'ultima si rivolga meramente alle relative funzioni amministrative; o, ancora, che il bene assuma valenza strumentale rispetto alla protezione di interessi ulteriori.

[12] Di seguito si riporta il testo dell'art. 1 della l. c. n. 1 del 2022, che introduce un nuovo comma – il terzo – all'art. 9 Cost.:

«Art. 1. All'articolo 9 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

[13] Secondo un modello di responsabilità – innanzi tutto etica – rivolta al futuro, che trova un riferimento tradizionale nel pensiero di H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt am Main 1979, trad. it. a cura di P.P. Portinaro, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino 1990, specialmente 49 ss. La riforma, peraltro, allinea i contenuti del nuovo articolo 9 della Costituzione con la previsione di cui all'art. 20a del *Grundgesetz* tedesco, che riconosce il c.d. *Umweltschutzprinzip* nei termini seguenti: « Lo Stato tutela, anche con responsabilità per le future generazioni, i fondamenti della vita naturale nel quadro dell'ordinamento costituzionale attraverso la legislazione e conformemente alla legge e al diritto attraverso il potere esecutivo e la giurisprudenza » (così traduce il testo della norma G. Forti, *Tutela ambientale e legalità: prospettive giuridiche e socio-culturali*, in *RIDPP* 2003, 1370, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti).

[14] Il riferimento è principalmente a C. cost., 30.12.1987, n. 641 e C. cost., 14.11.2007, n. 378.

[15] Di seguito la definizione tratta da C. cost., 30.12.1987, n. 641: «L'ambiente è stato considerato un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità».

[16] Secondo la definizione proposta dalla Corte costituzionale nella pronuncia del 14 novembre 2007, n. 378, esso corrisponderebbe a un «bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti», il cui oggetto è la «biosfera, che viene presa in considerazione, non solo per le sue varie componenti, ma anche per le interazioni fra queste ultime, i loro equilibri, la loro qualità, la circolazione dei loro elementi, e così via», rappresentando così il concetto di ambiente una sorta di

Inoltre, la salienza del valore attribuito all'ambiente nella prospettiva costituzionale emerge nitidamente dall'ulteriore contenuto della recente riforma. In effetti, l'art. 41 Cost., nella versione modificata, contempla tra i limiti alla libertà di iniziativa economica anche la «salute» e l'«ambiente» (oltre alla «sicurezza», «libertà» e «dignità» umana); coerentemente, la vocazione dell'esercizio di tale libertà deve essere volta «ai fini sociali e ambientali».
Sembra potersi cogliere, dunque, nell'intervento riformatore l'iscrizione del valore attribuito all'ambiente in una prospettiva di tutela diacronica, oltre che sincronica, e connotata in termini di costante ricerca di equilibrio, mediante il bilanciamento con interessi potenzialmente competitivi con il primo. Provando a rinvenire una chiave di lettura utile alla comprensione di simile innovazione, essa potrebbe collocarsi nella prospettiva teorica e culturale dei *beni comuni*[17], di cui l'ambiente è stato tradizionalmente considerato una sorta di riferimento paradigmatico[18]. Ciò non soltanto per la vocazione al futuro delle strategie di tutela oltre che di governo delle risorse ecologiche, che è tratto peculiare della categoria dei *commons*, ma anche per la funzione di limite loro ascritta all'esercizio di libertà riconducibili alla dimensione prettamente individuale e, nella specie, dell'iniziativa economica[19].
Se, per le ragioni considerate, la lettura dell'ambiente alla stregua delle note distintive della teoria dei beni comuni pare certamente praticabile, nel prosieguo si cercherà di verificare più in generale l'utilità di quest'ultima sul piano penalistico[20]: con riguardo alla possibilità che essa nutra la riflessione sul bene giuridico, o addirittura contribuisca a definire un catalogo di interessi cui riferire le strategie politico-criminali mediante la criminalizzazione delle relative offese, e alla individuazione delle possibili implicazioni di valore e di significato dell'intersezione tra le due categorie.
A tal riguardo, tuttavia, occorre preliminarmente precisare che il riferimento ai *beni comuni* non è da intendersi in termini meramente descrittivi, e cioè alla stregua di un rimando a peculiari classi di interessi – quali quelli sovra-individuali, a titolarità diffusa o collettivi[21], con cui in taluni casi i

---

«"sistema", considerato cioè nel suo aspetto dinamico, quale realmente è, e non soltanto da un punto di vista statico ed astratto». Per una lettura in ambito penalistico del bene giuridico ambiente alla stregua di 'sistema adattativo complesso', sia consentito rinviare a G. Rotolo, '*Riconoscibilità' del precetto e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, Torino 2018, 7 ss., anche per ulteriori riferimenti.

[17] Per una discussione del tema da una prospettiva giuridica, si veda il recente lavoro monografico di C. Miccichè, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli 2018.

[18] A tal riguardo, diffusamente, C. Miccichè, *op. cit.* Per quanto non sia possibile individuare puntualmente un catalogo di beni comuni – atteso che l'appartenenza alla categoria dipende essenzialmente da particolari caratteristiche relative anzitutto alle esigenze di tutela di un dato interesse in ragione di peculiari attributi dello stesso – si ritiene di presentarne alcuni, benché in termini meramente esemplificativi. Oltre alle risorse naturali e alle singole matrici ecologiche – aria, acqua e suolo –, rientrano nella categoria i beni culturali e paesaggistici, oltre che il cibo. È stato inoltre sostenuto che sia da intendersi come *commons* anche la conoscenza (così S. Rodotà, *Verso i beni comuni*, in *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, a cura di G. Preterossi e N. Capone, 80). In effetti, secondo l'impostazione in parola, sarebbero beni comuni quelli «essenziali» non soltanto «per la sopravvivenza», ma anche «per garantire eguaglianza e libero sviluppo della personalità».

[19] Se ne colga l'assonanza con la descrizione degli elementi caratterizzanti la categoria in parola, proposta da S. Rodotà, *Verso i beni comuni*, cit., 67: «I beni comuni sono *a titolarità diffusa*, appartengono a tutti e a nessuno, nel senso che tutti devono poter accedere ad essi e nessuno può vantare pretese esclusive. Devono essere amministrati muovendo dal principio di solidarietà. Incorporano la dimensione del futuro, e quindi devono essere governati anche nell'interesse delle generazioni che verranno. In questo senso sono davvero *patrimonio dell'umanità* e ciascuno deve essere messo nella condizione di difenderli, anche agendo in giudizio a tutela di un bene lontano dal luogo in cui vive». Nello stesso testo, inoltre, l'Autore segnala con nettezza che nel discorso attorno ai beni comuni «la dimensione del futuro è sempre ineliminabile» (41) e che alla luce anche di simile circostanza si impone una netta riconsiderazione della stessa categoria della proprietà (68 ss.).

[20] Nella prospettiva penalistica: R. Palavera, *Beni comuni e sistema penale*, in *Crim* 2020, 397 ss.; si veda anche P. Troncone, *Propositi di tutela dei beni comuni*, in *Benessere e felicità: uscire dalla crisi globale. Percorsi interdisciplinari del laboratorio federiciano*, a cura di C. Arcidiacono, Pomigliano d'Arco 2013, 248 ss.

[21] In argomento, si veda G. De Francesco, *Interessi collettivi e tutela penale. «Funzioni» e programmi di disciplina dell'attuale complessità sociale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano 2006, 929 ss. e specialmente 937 ss.

commons finiscono per sovrapporsi – ma assume piuttosto valenza 'politica' e contenuto critico[22]. Come pure si approfondirà meglio nel prosieguo, infatti, la categoria in parola non può tradursi in un novero fisso e puntualmente determinato di beni, bensì necessariamente a carattere variabile[23], in funzione non soltanto delle caratteristiche essenziali degli stessi, ma anche delle scelte operate a livello istituzionale in ordine alla loro protezione. In questo senso, pertanto, essa può valere a meglio definire proprio quella puntuale prospettiva e quella «esatta dimensione»[24], che rappresentano parametri utili ad articolare in modo più appropriato esigenze e strategie di tutela (non necessariamente sul piano penale) del dato interesse.

2. La pertinenza della discussione attorno alla categoria dei beni comuni rispetto a quella sul bene giuridico e la possibile sovrapposizione tra le due categorie sembra essere suggerita dal celebre scritto del biologo Garrett Hardin, intitolato *The Tragedy of the Commons*[25]. Il contributo, apparso sulla rivista *Science* nel dicembre del 1968, può essere considerato una sorta di manifesto dell'elaborazione culturale dei beni comuni in senso moderno, o perlomeno l'atto di avvio di un rinnovato dibattito sul tema[26].
Nella prospettiva di questa indagine, di centrale rilevanza è il significato attribuito al concetto di 'tragedia' dall'Autore, che richiama al riguardo il pensiero del filosofo Alfred N. Whitehead[27]: essa risiede in ciò che viene definito letteralmente come «*the solemnity of the remorseless working of things*»[28]. L'orizzonte di interesse, entro il cui ambito sono state condotte le riflessioni[29], coincide con le implicazioni dell'aumento della popolazione rispetto alla conservazione delle risorse fondamentali, in assenza di adeguata regolazione del fenomeno. In effetti, a possedere il carattere della solennità è l'inesorabile e impietosa[30] evoluzione delle cose verso la decadenza e l'esaurimento di una determinata risorsa, secondo un processo dettato dal compimento di un destino ineluttabile[31].
Un esempio – tratto proprio dalle argomentazioni proposte in quel saggio – può risultare utile al più nitido inquadramento della questione. Se si immagina un pascolo cui abbiano libero accesso un numero indefinito di mandriani, ai quali sia attribuita illimitata facoltà di uso del bene in assenza di puntuale regolazione dei limiti alla fruizione di quella risorsa, è facile intuire come quest'ultima sia destinata all'estinzione[32]. Il *commons* perdurerà finché il regime del suo utilizzo si contenga entro

[22] Cfr., al riguardo, G. Piana, *Beni comuni*, in *Dizionarietto di politica. Le nuove parole*, a cura di G. Formigoni e L. Caimi, Brescia 2022, 35 ss.: la possibilità di garantire pienezza all'istanza di giustizia sottesa alla necessaria promozione di diritti che appartengono a tutti è «legata alla restituzione di centralità alla politica, alla quale spetta il compito ineludibile di dare vita a normative destinate sia ad evitare gli abusi sia a favorire l'accesso ad essi da parte di tutti. A questo deve accompagnarsi lo sviluppo di nuove sensibilità "dal basso" e di nuove modalità di partecipazione» (42).
[23] G. Piana, *op. cit.*, 41.
[24] F. Bricola, *op. cit.*, 569.
[25] G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science* 1968, 1243 ss.
[26] Sicuramente ha rappresentato una tappa significativa nel riconoscimento a livello culturale delle istanze ambientaliste e, come è stato notato, è coevo alla convocazione da parte della Assemblea generale dell'Onu della Conferenza di Stoccolma, che poi si è tenuta nel 1972, dando luogo all'adozione della «Dichiarazione sull'ambiente umano» (così C. Miccichè, *op. cit.*, 28 ss.).
[27] In particolare A. N. Whitehead, *Science and the Modern World*, New York 1948, 17.
[28] Cfr. G. Hardin, *op. cit.*, 1244: «*We may call it "the tragedy of the commons", using the word "tragedy" as the philosopher Whitehead used it: "The essence of dramatic tragedy in not unhappiness. It resides in the solemnity of the remorseless working of things"*».
[29] Cui pure – preme sottolinearlo – non può non aggiungersi la considerazione del *background* culturale dell'Autore.
[30] Valorizzando, così, la duplicità semantica dell'aggettivo '*remorseless*'.
[31] Sempre citando Whitehead, l'Autore così continua: «*He then goes on to say, "This inevitableness of destiny can only be illustrated in terms of human life by incidents which in fact involve unhappiness"*» (G. Hardin, *op. cit.*, 1244).
[32] G. Hardin, *op. cit.*, 1244: «*The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy*».

dimensioni sostenibili, innanzi tutto con riguardo al numero dei soggetti ammessi a fruirne e all'impatto delle attività svolte: immaginando sviluppi evolutivi in senso accrescitivo per entrambi questi fattori, l'esito inevitabile non potrà che essere quello della 'tragedia'.
Da qui l'indefettibile necessità di una adeguata regolazione del regime di utilizzo di quel bene, che possa consentirne la salvaguardia nel tempo[33]. Le esigenze di tutela, dunque, rappresentano l'esito necessario di ogni riflessione critica attorno ai beni comuni e, in effetti, proprio su questo punto si può scorgere una sorta di connessione tra l'elaborazione culturale di Hardin e quella della politologa Elinor Ostrom, i cui studi sulle strategie di 'governo' dei beni comuni[34] le sono valsi il premio Nobel per l'economia nel 2009[35].
Sullo sfondo, tuttavia, si intravede una questione critica di una certa delicatezza: se nell'ambito delle strategie di controllo e protezione di questi interessi possa avere un ruolo anche il diritto penale e, in tale eventualità, entro quali limiti e secondo quali modalità di intervento. Se ne colgono due distinti profili, entrambi meritevoli di approccio interrogativo: in primo luogo, quello pertinente all'individuazione nei beni comuni di possibili oggetti cui rivolgere l'intervento penale; inoltre, in caso di riscontro affermativo al primo quesito, quello relativo alla specifica modulazione di più articolati «programmi di tutela»[36], da intendersi come «opzioni e tecniche di tutela "a geometria variabile"»[37] che contemplino il ricorso allo strumento penale come una possibilità non necessitata e da coltivare in vista del perseguimento di obiettivi di efficienza, innanzi tutto secondo i parametri della sussidiarietà[38]. Si richiederebbe, poi, che essi risultino appropriati per le peculiarità proprie di simili interessi, ammesso che sia soddisfatto il vaglio degli ulteriori canoni rilevanti in sede politico-criminale ai fini della definizione di scelte di criminalizzazione attorno a quello specifico bene.
Quanto alla prima questione, in senso non contrario alla praticabilità della categoria dei beni comuni nell'ambito del discorso sul bene giuridico depongono una serie di considerazioni.
In primo luogo, l'evoluzione più significativa che ha riguardato i beni comuni in senso moderno è consistita nella loro 'giuridicizzazione'[39], mediante il conferimento di valore a quelli che fino a quel momento erano considerati interessi dal contenuto eminentemente economico[40] (e dunque definiti proprio in ragione di questa specifica caratteristica alla stregua di *commons*). Tale operazione

[33] L'Autore stesso segnala al riguardo come un tratto di sicura complessità sia riferibile alla modulazione di interventi regolativi volti al perseguimento di obiettivi di temperanza, ossia dell'astensione dall'abuso della risorsa in nome del perseguimento di un valore solidaristico, là dove la coercizione rappresenta indubbiamente una soluzione più facilmente praticabile (cfr. G. Hardin, *op. cit.*, 1245 s.). Evidenzia le criticità della trasposizione di tale idea sul piano penalistico, avvertendo il rischio di indulgenza a logiche meramente coercitive, R. Palavera, *op. cit.*, 413 ss.; vi coglie, invece, un'indicazione per un orientamento al modello general-preventivo C. Perini, *op. cit*., 29.
[34] E. Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institution for Collective Action*, Cambridge-New York 1990.
[35] Si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a C. Miccichè, *op. cit.*, 26 s., con particolare riferimento alla nota 22 al testo.
[36] Il riferimento è qui a G. De Francesco, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino 2006.
[37] G. De Francesco, *op. cit.*, 51. Un altro passaggio, tratto dal medesimo lavoro, esprime puntualmente il superamento del mero riferimento al bene giuridico in vista di un più articolato modello di intervento, che possa anche circoscrivere e vagliare criticamente l'opportunità di ricorrere al diritto penale: «La prospettiva costituzionale della tutela guarda a simili interessi come comprensivi di un insieme di esigenze, di aspirazioni, di modelli teleologici – per di più, data la loro ampiezza ed estensione, variamente interconnessi e reciprocamente "comunicanti" – rispetto ai quali le singole fattispecie sono destinate ad apparire, volta per volta, soltanto come un (sia pur fondamentale […]) "momento di passaggio", per così dire, a fronte del più vasto campo di interventi implementabili anche (ed anzi, soprattutto) in forza di metodi e strategie di controllo a livello extrapenale» (46 s.).
[38] Cfr. C.E. Paliero, *Il mercato della penalità*, cit., 51, che definisce l'*extrema ratio* un «archi-principio», in quanto ammantato di rilievo prioritario tra i criteri regolatori delle strategie di criminalizzazione, nell'ordine scandito secondo «una successione logico-euristica». Nella prospettiva di questa indagine, risulta inoltre assolutamente pertinente la definizione della sussidiarietà come «meta-principio, che riceve alimento e vigore dall'esistenza e dal rispetto di altri principi fondamentali del nostro ramo del diritto» (così G.P. Demuro, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *RIDPP* 2013, 1659.
[39] Si vedano, di sicura pertinenza ed elaborazione giuridica, soprattutto i lavori in argomento di S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*[3], Bologna 2013 (1ª ed. del 1981); Id., *l diritto di avere diritti*, Bari 2012 e U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2011; Id., *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino 2015.
[40] Segnala il fondamento economico-sociale della relativa categoria R. Palavera, *op. cit.*, 397.

culturale, in definitiva, ha consentito l'evoluzione dal profilo meramente descrittivo dei beni comuni, concentrato sulla definizione delle loro componenti ontologiche e morfologiche, all'attribuzione di rilievo agli stessi sul piano deontologico, che è peculiare della regolazione giuridica, nonché assiologico[41]. Proprio quest'ultimo elemento consente di cogliere una certa assonanza con la teoria del bene giuridico, perlomeno rispetto alla affermata valenza metagiuridica e pre-penalistica degli interessi cui riconoscere rilievo nelle scelte di criminalizzazione.

Inoltre, stando al significato di 'tragedia' proposto da Hardin, le caratteristiche essenziali dei beni comuni, cui pure si lega – come si è visto – la stretta necessità di governo della risorsa mediante appropriate strategie di tutela, sono individuabili nell'accesso diffuso e competitivo alla stessa e nella sua esauribilità, riscontrabile anche nelle forme della perdita della qualità essenziale del bene che gli conferisca appunto l'attributo di *comune.* A una prima approssimazione, dunque, parrebbe praticabile una sorta di sovrapposizione tra il concetto di bene comune e quello di bene giuridico, muovendo dalla sua tradizionale definizione, secondo il classico approccio liberale e critico, nella formulazione offertane da Jäger, alla stregua di «situazioni permeate di valore, che possono essere modificate e che perciò possono essere tutelate contro tali modificazioni; in una parola sono situazioni di fatto, offendibili, tutelabili»[42]. In effetti, l'affermata pertinenza può essere ricondotta a due coppie concettuali che valorizzano le connessioni tra le rispettive categorie: la caducità, la vulnerabilità o perfino l'esauribilità dei beni comuni allude alla loro offendibilità, e cioè a una caratteristica essenziale dei beni giuridici; per altro verso, l'esigenza di protezione dei primi, in vista della garanzia di ragionevole accesso alla loro utilità da parte dell'intera comunità che è titolata a fruirne, richiama la loro attitudine a essere tutelati.

Simile corrispondenza, tuttavia, non è in grado di valorizzare una componente essenziale dei *commons*, e cioè l'accesso diffuso alla fruizione delle risorse. Il punto introduce un primo elemento di valutazione critica dell'impostazione che si sta prospettando, le cui implicazioni non valgono necessariamente a contraddire in modo netto la riconducibilità della categoria dei beni comuni a quella del bene giuridico, ma tuttavia segnalano specifiche esigenze di governo e tutela di quella risorsa, in ragione della peculiare vulnerabilità della stessa all'accesso non selettivo alle sue utilità[43].

È su questo piano, pertanto, che si interseca la considerazione della seconda questione generale prospettata: la definizione puntuale della "dimensione" accordata all'interesse, onde trarne in termini conseguenti elementi utili all'allestimento della forma di tutela più appropriata. In effetti, il carattere diffuso della fruizione di quel bene ne impone l'esclusione dal novero dei beni giuridici personali, che d'altra parte rappresentano certamente la traduzione più immediata della categoria generale sul piano concreto e del tutto coerente con la funzione critica a essa attribuibile[44].

---

[41] Cfr. C. Miccichè, *op. cit.*, 38, che – a partire dagli studi di Y. Thomas, *Il valore delle cose*, Macerata 2015 – così si esprime a proposito della 'giuridicizzazione' dei beni comuni: «D'altra parte la peculiarità della scienza giuridica è proprio questa: dare "*valore*" alle cose senza doverne assecondare l'essere e anzi perseguendone il 'poter essere', se non addirittura il 'dover essere'».

[42] H. Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart 1957, 13. Sul punto, si veda: F. Angioni, *op. cit.*, 79 ss. e in particolare 87; G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano 1999, 294; G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2000, 143 ss. (dalla cui traduzione del relativo passo si riprende la definizione proposta nel testo); V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, 19 ss.

[43] Ne discende l'esigenza di modulare la tutela di quell'interesse, eventualmente considerato meritevole dell'intervento penale, nella piena consapevolezza delle specificità dettate dal carattere diffuso e sopraindividuale del bene considerato, così da determinare adeguate strategie di intervento, informate ad altrettanto avvertiti modelli di tutela. Sul punto, si veda ancora S. Rodotà, *Verso i beni comuni*, cit., 39, che pure evidenzia analogamente le stesse esigenze, sebbene in via generale e senza peculiari riferimenti alla prospettiva dell'intervento penalistico, sul piano delle ricadute giuridiche del riconoscimento di beni comuni, atteso che meditate strategie di tutela non potranno trascurare le caratteristiche salienti della relativa categoria: «appartenenza collettiva, sottrazione alla logica di mercato, determinazione delle finalità, effettività dei diritti fondamentali».

[44] Cfr. V. Manes, *op. cit.*, 21, là dove definisce la *personale Rechtsgutslehre* come quella peculiare declinazione dell'impostazione teorica in parola, che si mostra capace di «raccogliere l'eredità più autentica delle originarie versioni del *Rechtsgutsbegriff*». Come è noto, la teoria si deve originariamente al lavoro di M. MARX, *Zur Definition des Begriffs*

Provando, dunque, a delineare perlomeno alcuni elementi essenziali alla definizione di adeguate strategie di tutela per tali interessi, occorre riconoscere – come è stato autorevolmente affermato – che al carattere diffuso della titolarità degli stessi e alla natura essenzialmente esauribile che li contraddistingue si legano indefettibilmente esigenze di regolazione ispirate a un approccio solidaristico, insieme al necessario riconoscimento in capo a chiunque della capacità giuridica ad azionarne la protezione legale[45]. Si impone, pertanto, la considerazione di alcune implicazioni sul piano delle strategie di governo della relativa risorsa: innanzi tutto, assumerà rilievo prioritario la disciplina pre-penalistica di quell'interesse, che, al contempo, possa riconoscere spazio e modo al coinvolgimento diretto dei singoli nella definizione delle pertinenti discipline, anche secondo il modello della democrazia deliberativa[46]. Al diritto penale potrà competere – ove se ne ritenga opportuna l'attivazione quale rimedio appropriato alla difesa dei beni comuni – funzione sussidiaria di protezione di quell'interesse.

3. Muovendo dalle riflessioni finora proposte, alla luce delle quali non pare *a priori* escludibile – benché neppure da darsi per scontata in senso affermativo – la considerazione di beni comuni alla stregua di oggetti cui riferire la tutela penale, si rende necessario verificare la praticabilità di simile identificazione, passando in rassegna ulteriori profili critici. Nel tentativo di indicarli in modo sistematico, pare opportuno distinguere una serie di argomenti riconducibili al concetto stesso di *commons* da altre questioni pertinenti all'ordinamento penale e ai criteri che governano le scelte di criminalizzazione. Quanto a queste ultime, occorre premettere che esse non rappresentano criticità legate specificamente all'opzione di tutelare in sede penale beni comuni in particolare, costituendo in realtà questioni più generali e riferibili a diversi beni giuridici, che tuttavia risultano enfatizzate proprio con riguardo alla prospettiva di questa analisi.
Partendo dal primo novero di argomenti, per quanto – come già si è detto – possa essere affermata la pertinenza dei beni comuni alla riflessione di ordine giuridico, altrettanto rilevante risulta l'insuperata equivocità della categoria stessa[47]. Simile limite permane anche rispetto ai tentativi di definizione in sede prettamente giuridica. Lo si coglie in quella proposta dalla Commissione Rodotà – per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici[48] –, secondo cui beni comuni sono da intendersi come «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona»[49]; ma anche in quella avanzata dall'associazione Labsus (Laboratorio per la sussidiarietà): «beni pubblici e privati capaci di aggregare una comunità di persone».

'Rechtsgut'. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln-Berlin-Bonn-München 1972; una elaborazione ulteriore della stessa si deve alla "scuola penalistica di Francoforte", per la quale si vedano soprattutto il lavori di W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens — Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a.M. 1973; Id., *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in *Jenseits des Funktionalismus*, H. Scholler, L. Phillips (Hrsg.), Heidelberg 1989, 85 ss.; Id., *Sozialtechnologie und Moral — Symbole und Rechtsgüter*, in *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, H. Jung, H. Müller-Dietz, U. Neumann (Hrsg.), Baden Baden 1991, 329 ss.; Id., *Spunti per una discussione sul tema «Bene giuridico e riforma della parte speciale»*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. Stile, Milano 1985, 367 ss.

[45] Si rinvia nuovamente alla definizione già richiamata *supra*, alla nota 19, di S. Rodotà, *Verso i beni comuni*, cit., 67, dalla quale sono individuabili i tratti salienti della categoria, da cui desumere le caratteristiche specifiche della tutela che si intendesse accordare ai relativi interessi.

[46] In argomento, sia consentito rinviare a G. Rotolo, *Verità, informazione e conoscenza nelle strategie politico-criminali*, in *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, a cura di G. Forti, G. Varraso e M. Caputo, Napoli 2014, 387 ss. e, con specifico riferimento alla tutela dell'ambiente, Id., *Deliberative Democracy and Environmental Law Enforcement*, in *Environmental Crime in Transnational Context. Global Issues in Green Enforcement and Criminology*, T. Spapens, R. White, W. Huisman (Eds.), Abingdon-New York 2016, ss.

[47] R. Palavera, *op. cit.*, 398 ss.

[48] La relazione prodotta dalla Commissione e la proposta di articolato sono disponibili *online* sul sito internet del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it.

[49] La definizione è collocata all'art. 1, comma 3, lettera *c*, della proposta di articolato di legge delega prodotta dalla Commissione Rodotà.

Dalle formulazioni citate, infatti, emerge quanto meno l'eccessiva genericità del riferimento culturale sotteso alla categoria, che si accompagna inoltre all'estrema 'rarefazione' degli interessi richiamati, cui potrebbe difettare l'immediato ancoraggio alla dimensione materiale di situazioni fattuali cui accordare tutela, anche mediante il ricorso allo strumento penale. Specialmente con riguardo a tale ultima opzione, allora, simile assimilazione potrebbe comportare una sorta di perdita della vocazione necessariamente selettiva che deve essere propria del bene giuridico, in prospettiva critica, secondo la relativa teoria.

Altri aspetti problematici circa la possibilità di affidare la protezione dei beni comuni all'ordinamento penale sono suggeriti da una peculiare circostanza, concernente la valutazione sociale della opportunità della loro tutela[50], che indubbiamente potrebbe inficiarne in un certo grado la tenuta.

«Ciò che è comune alla massima quantità di individui riceve la minima cura. Ognuno pensa principalmente a se stesso, e quasi per nulla all'interesse comune». Questa frase, tratta dalla *Politica* di Aristotele (Libro II, capitolo 3) e ripresa da Elinor Ostrom nel suo principale lavoro sulle strategie di governo dei beni comuni[51], condensa il fondamento essenziale delle criticità riconducibili a simile prospettiva. La tutela penale degli interessi comuni, infatti, potrebbe soffrire del difetto di consenso sociale[52] attorno all'opzione della loro tutela, proprio perché non strettamente personali o riconducibili a categorie individuali: essi risulterebbero con più difficoltà percepibili come meritevoli di protezione mediante il ricorso allo strumento penale.

È immaginabile, inoltre, che il non elevato grado di consenso sociale attorno all'assunzione di beni comuni quali oggetti di tutela penale possa comportare anche un deficit di effettività della tutela che si accordasse agli stessi, declinabile secondo diversi profili di significato riconducibili a quest'ultimo principio[53].

Innanzi tutto, rispetto a profili di «effettività in senso normativo»[54], che è tale da esprimere una sorta di intersezione con ulteriori questioni concernenti proprio il consenso sociale sulle scelte e sui modelli di tutela[55]. In effetti, non potrebbe darsi per scontato che l'opzione di proteggere a livello penale

---

[50] Per lo svolgimento della categoria del «bisogno di pena», si rinvia a C.E. Paliero, *Il mercato della penalità*, cit., 16 ss.

[51] E. Ostrom, *op. cit.*, 2: «*Aristotle long ago observed that "what is common to the greatest number has the least care bestowed upon it. Everyone thinks chiefly of his own, hardly at all of the common interest" (Politics. Book II, ch. 3)*».

[52] A proposito del rilievo centrale da accordarsi allo studio delle dinamiche del consenso sociale rispetto all'oggetto della tutela penale, con un'affermazione ancora oggi strettamente attuale, è stato autorevolmente segnalato che «la verifica orientata sul consenso sociale può costituire il catalizzatore di cui la teoria del bene giuridico ha attualmente bisogno per riattivare i suoi processi speculativi, al presente alquanto sedimentati» (così C.E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *RIDPP* 1992, 886; più in generale, per la riflessione dell'Autore sul tema e la distinzione di tre distinti profili di rilevanza, e cioè riguardo l'« oggetto in senso stretto », le «modalità» e il «contenuto» della tutela penale, si vedano 884 ss.). Se ne colgono possibili implicazioni in un'affermazione tratta da altro tradizionale e fondamentale contributo in argomento: «il legislatore (...) ha il dovere, con la connessa responsabilità morale e politica, di interrogarsi a fondo, in ordine alla tutela di un dato bene e nei confronti di date forme di aggressione del bene stesso, sull'esistenza o meno di un consenso nel contesto sociale nel quale egli è chiamato ad operare» (così M. Romano, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus* 1985, 421, nell'ambito di ricchissime riflessioni dedicate all'intersezione tra il tema del consenso sociale e la teoria del bene giuridico, a pp. 417 ss.). Sul tema generale, si vedano anche: E. Musco, *Consenso e legislazione penale*, in *RIDPP* 1993, 80 ss.; C. Mazzucato, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati. Studi sul sistema sanzionatorio penale*, Roma 2005.

[53] Si veda C.E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *RIDPP* 1990, 430 ss.; successivamente ripreso in edizione monografica: C.E. Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli 2011.

[54] «Si parla dunque di effettività in senso *normativo*, come problema di validità funzionalistica della *norma di comportamento* incriminatrice (*Verhaltensgeltung*) verificata sul rapporto tra la situazione fattuale ottenuta e la situazione di dovere perseguita: in altri termini, sulla capacità delle norme penali di ottenere l'osservanza dai consociati, di orientarne le condotte. Questa esigenza di effettività si indirizza al *legislatore*, al modo in cui le norme penali sono confezionale e dunque alla loro attitudine a tutelare i beni giuridici: costituisce l'*'a priori'* di un sistema penale *ad effectum relatum*, condensandosi – a livello di comminatoria astratta – nella *idoneità* della fattispecie – qui assunta come *mezzo* – a perseguire lo *scopo di tutela* selezionato dal legislatore sulla scorta degli altri principî politico-criminali» (così C.E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 509).

[55] Il profilo emerge nitidamente nella considerazione per la quale l'effettività – intesa in senso normativo – pertiene alla «dimensione della prevenzione generale in tutte le sue componenti ('normative' e 'sociali')» (così C.E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 509; in senso analogo, v. Id., *La "riserva di codice" messa alla prova*, cit.,

interessi 'inafferrabili' – proprio in ragione di questa loro caratteristica saliente – sia accompagnata da alto grado di spontanea osservanza dei precetti.
Rileverebbero, inoltre, questioni critiche relative all'effettività dell'*enforcement* penalistico[56], atteso che il carattere non strettamente personalistico dei beni in gioco comporterebbe, da un lato, l'instaurarsi di peculiari dinamiche di vittimizzazione e, dall'altro, specifici aspetti delicati quanto alla 'giustiziabilità' delle offese rilevanti.
Per un verso, infatti, la natura 'comune' dell'interesse e l'assenza di un titolare esclusivo dello stesso implica forme di vittimizzazione di massa e diffuse, determinate da offese caratterizzate per la loro *invisibilità*, anche in quanto non riferite a utilità fattuali e concrete[57]. Inoltre, ciò si riverbera anche sul piano della legittimazione soggettiva all'avvio di iniziative per la relativa tutela in sede giurisdizionale[58], la quale dovrebbe assumersi necessariamente come diffusa, non pertenendo in via esclusiva a singoli, ma all'intera comunità direttamente coinvolta. Ciò, in definitiva, può rappresentare una ragione di ostacolo alla piena effettività del regime giuridico di protezione a quegli interessi[59].
A ciascuna di queste ragioni corrisponde, dunque, una criticità per il sistema e per l'ordinamento penale con riguardo – benché non in via esclusiva – ai beni comuni, così da escludere che il riferimento alla relativa categoria possa rappresentare un fattore decisivo e immune da rilievi critici nel «mercato della penalità»[60]. Se questa metafora è espressiva proprio delle esigenze di contemperamento delle spinte sociali con la componente istituzionale dell'ordinamento giuridico penale, è esattamente nel perimetro di rilevanza così definito che si collocano le questioni passate in rassegna.

---

32).
[56] Definita «effettività degli apparati», secondo l'impostazione finora seguita: cfr. C.E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 510 s.
[57] Volendo assumere le questioni concernenti la tutela dell'ambiente a modello paradigmatico per l'*enforcement* penalistico della protezione dei beni comuni, si vedano: F. J. W. Herbig-S. J. Joubert *Criminological semantics: conservation criminology — Vision or vagary?*, in *Acta Criminologica*, 19, 2006, 88 ss., pubblicato successivamente in *Environmental crime: A reader*, R. White (Ed.), Cullompton 2009, 50 ss., in particolare p. 59; M.L. Jarrell-M.J. Lynch-P.B. Stretesky, *Green criminology and green victimization*, in *Routledge international handbook of green criminology*, N. South, A. Brisman (Eds.), London - New York 2013, 431; P. Davies-P. Francis-T. Wyatt, *Taking invisible crimes and social harms seriously*, in, *Invisible crimes and social harms*, P. Davies, P. Francis, T. Wyatt (Eds.), New York 2014, 14; T. Spapens, *Invisible victim: The problem of policing environmental crime*, in *Environmental crimes and its victims: Perspectives within green criminology*, T. Spapens, R. White, M. Kluin (Eds.), Farnham-Burlington 2014, 221 ss. Alcune delle ragioni che determinano il carattere 'invisibile' delle offese e dei relativi processi di vittimizzazione sono illustrate da M. Hall, *Victims of environmental harm. Rights, recognition and redress under national and international law*, Abingdon - New York 2013, 26: «*The victims are not always aware of the fact that they have been victimized. The victimization is often delayed, with the victim becoming aware of the victimization much later. Victims are not sure about who victimized them or who exactly is responsible. The victimization is often serious not so much because any individual victim was seriously affected, but because numerous victims were affected by the crime. Victimization can often include repeat offences*». Per il carattere diffuso delle dinamiche di vittimizzazione derivante da forme di '*corporate violence'*, che per pertinenza dei riferimenti situazionali può essere accostata alle considerazioni finora svolte, si veda A. Visconti, *Corporate Violence: Harmful Consequences and Victims' Needs. An Overview*, in *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, G. Forti, C. Mazzucato, A. Visconti, S. Giavazzi (Eds.), Milano 2018, 149 ss., specialmente 166 ss.
[58] Sulla centrale rilevanza ricoperta dalla vittima nelle dinamiche di criminalizzazione in concreto, si veda G. Forti, *L'immane concretezza*, cit., 62.
[59] Cfr. F. Bricola, *Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, in *QuestCrim* 1976, 7 ss. Con specifico riguardo alla materia ambientale, si vedano in questa prospettiva e con riguardo, inoltre, alle iniziative disponibili anche nei confronti delle autorità deputate alla tutela delle risorse, secondo il modello della *public trust doctrine*, i lavori di J.L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, in *Michigan Law Review* 1970, 471 ss.; Id., *Defending the environment: A strategy for citizen action*, New York 1971. Segnala i profili critici relativi all'accesso alla giustizia per le vittime di *corporate violence* S. Giavazzi, *Victims of Corporate Violence and the Criminal Justice System: Needs, Expectations, and Relationships with Corporations*, in *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, G. Forti, C. Mazzucato, A. Visconti, S. Giavazzi (Eds.), Milano 2018, 179 ss.
[60] Il riferimento è al titolo dell'opera di C. E. Paliero, *Il mercato della penalità*, cit.

Ne consegue che il riferimento alla teoria dei beni comuni non necessariamente consegna al legislatore un catalogo di interessi cui eventualmente rivolgere le scelte di criminalizzazione. Tuttavia, non è da escludersi, per altro verso, che essa possa contribuire alla definizione di un criterio selettivo e rilevante in sede politico-criminale[61], coerente con la teoria del bene giuridico e nel contemperamento di tutti gli altri principi costituzionale pertinenti, tra i quali innanzi tutto l'*extrema ratio*, come già si è detto. Resterebbe ferma, pertanto, la possibilità che le scelte politico-criminali siano indirizzate – e non mancano esempi nel sistema attualmente vigente[62] – a interessi cui sia pertinente la definizione alla stregua di beni comuni. In tal caso, il riferimento ai *commons* assumerebbe le fattezze di criterio rilevante sul piano esegetico, che al contempo rappresenti un indicatore delle specifiche esigenze riconducibili alla tutela di un interesse diffuso e comune, cui adeguare i relativi programmi di tutela, in primo luogo nel senso della modulazione di strategie di governo della risorsa da collocarsi su un piano pre-penalistico e secondo logiche di anticipazione dell'intervento, riservando agli strumenti di controllo penale un ruolo di chiusura del sistema.

4. Alla luce delle considerazioni finora svolte, intese a segnalare tanto elementi favorevoli quanto criticità rispetto alla riconducibilità dei beni comuni al catalogo di beni giuridici su cui fondare scelte di criminalizzazione, pare apprezzabile il riferimento ai primi quali 'suggestioni'[63], nel senso etimologico del termine, ossia concetti capaci di suggerire letture peculiari degli interessi e delle conseguenti implicazioni sul piano delle tecniche di tutela[64].
L'arricchimento semantico, tuttavia, potrebbe estendersi oltre la mera rilettura di singoli oggetti di norme penali alla luce della loro pertinenza al novero dei beni comuni e involgere la stessa categoria del bene giuridico, come noto essa stessa destinataria di rilievi critici in ordine alla reale capacità selettiva del relativo canone politico-criminale.
In effetti, nell'analisi che precede è emerso come un aspetto essenziale dei *commons* attenga alla peculiare componente assiologica e valoriale che li contraddistingue, tanto che l'assunzione degli stessi a beni giuridici cui accordare tutela penale potrebbe comportare un certo grado di rarefazione dell'interesse oggetto delle scelte di criminalizzazione, là dove queste ultime richiederebbero componenti materiali cui riferire la disciplina[65]. Per altro verso, atteso che – come già si è detto – la *personale Rechtsgutslehre* rappresenta la declinazione della teoria più promettente quanto a effettiva attitudine critica, va riconosciuto che ai *commons* è comunque attribuibile una nota personalistica. Lo dimostrano soprattutto le definizioni di 'beni comuni' che sono state proposte in ambito giuridico, incentrate sulla funzionalità di questi ultimi alla piena espressione e alla garanzia di interessi fondamentali dei singoli, considerati nella loro individualità o come componenti di comunità.
Si renderebbe necessaria, allora, l'adozione di una prospettiva culturale, capace di coordinare e integrare tra loro le due polarità concettuali appena richiamate: la spiccata dimensione assiologica dei *commons* e la necessità di coglierne la ricaduta sul piano concreto, onde poter individuare oggetti materiali cui assicurare adeguata tutela. Simile opzione ermeneutica potrebbe essere agevolata dal

[61] Coerentemente, peraltro, con il carattere 'negativo' del criterio politico criminale rinvenibile nella teoria del bene giuridico. A proposito dell'insufficienza del mero riferimento al bene giuridico per la definizione di scelte di criminalizzazione e, dunque, dell'insussistenza di obblighi di tutela penale – se non per derivazione da norme sovraordinate – oltre al già citato lavoro di D. Pulitanò, *op. cit.*, 484 ss., si veda anche, più di recente, C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009; S. Manacorda, *«Dovere di punire»? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *RIDPP* 2012, 1364 ss.
[62] Oltre all''ambiente', certamente il 'patrimonio culturale' (C. Perini, *op. cit.*, specialmente 31); dubbio, tuttavia, che possa qualificarsi alla stregua di bene comune la 'sicurezza collettiva', nonostante i tentativi esperiti in tal senso (così R. Palavera, *op. cit.*, 408 ss.).
[63] Cfr. C. Perini, *op. cit.*, che ricorre al lemma in questione nell'intitolazione del paragrafo 5.2., 27 ss.
[64] Si veda S. Rodotà, *Verso i beni comuni*, cit., 81, là dove l'Autore puntualizza che «[l]a riflessione sui beni comuni impone una rilettura delle stesse categorie tradizionali».
[65] Si profila qui il riferimento a letture "situazionali" del bene giuridico, di cui si dirà più diffusamente nel testo.

riferimento all'«approccio delle capacità»[66]. Quest'ultimo, che pure è stato oggetto di indagine da parte della dottrina quanto al possibile apporto alla definizione del catalogo di beni giuridici affidati alla tutela penale e all'elaborazione critica della relativa teoria[67], coniuga attributi strettamente individuali – riconducibili essenzialmente alla dignità della persona – con il tratto universalistico del loro riconoscimento diffuso.

Stando alla classificazione delle «capacità» nel discorso prettamente filosofico, essenzialmente ascrivibile al pensiero di Martha C. Nussbaum[68], il «*principio della capacità individuale*» assurge a prisma in grado di contenere ed esprimere una serie di libertà, anche politiche, che possano al contempo rappresentare «una base per l'elaborazione di principi costituzionali fondamentali»[69]. Alla dimensione strettamente personale di simili attributi si lega necessariamente quella universale e condivisa, dal momento che l'insieme delle capacità che declinano la dignità della persona è da riconoscersi alla stregua di patrimonio comune: «dovrebbero essere considerate valide per ogni singolo individuo»[70].

Si coglie, dunque, il fondamento del rilievo accordato al concetto di «soglia minima» di distribuzione della singola capacità, quale dimensione quantitativa inderogabile per il riconoscimento di ogni libertà che sia individuabile come particolare declinazione della dignità umana[71]. All'intersezione con interessi esauribili, quali sono appunto i beni comuni, simile concetto esige il contemperamento della definizione di una 'soglia massima'[72], dettata dal reciproco riconoscimento di quella qualità come universale, e dunque della contestuale esigenza di impedire forme di abuso della relativa libertà che ne compromettano l'esercizio da parte di altri, cui sia parimenti attribuibile analoga facoltà. Così intesa, la riflessione attorno alle «capacità» assume i tratti di una premessa necessaria all'elaborazione di strategie di tutela di un dato interesse ispirate a logiche solidaristiche, proprio come si imporrebbe per i beni comuni[73].

---

[66] Per alcuni riferimenti essenziali in argomento, si vedano A. Sen, *Scelta, benessere, equità*, Bologna 2006; Id. *Capability and Well-Being*, in, *The Quality of Life*, M.C. Nussbaum, A. Sen (Eds.) Oxford 1993, 30 ss.; M.C. Nussbaum, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna 2001; Id., *Giustizia sociale e dignità umana*, Bologna 2002; Id., *Capabilities and Social Justice*, in *International Studies Review. International Relations and the New Inequality*, 4, 2002, 123 ss.

[67] Si veda, nella prospettiva della tutela della persona, G. Forti e altri, *L'ordinamento lessicale dei beni giuridici personali nella parte speciale del codice penale. Un'analisi quantitativo-strutturale sui codici di 20 Paesi secondo la prospettiva delle «capacità»*, in *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Padova 2013, 362 ss.; quanto alle implicazioni della teoria nella lettura critica della tutela dell'ambiente, si rinvia a G. Rotolo, '*Riconoscibilità' del precetto e modelli innovativi di tutela*, cit., 217 ss.

[68] Nel novero delle molte affinità tra la teoria dei beni comuni e l'approccio delle capacità, di cui pure si dirà nel testo, rientra certamente anche quella concernente l'evoluzione dell'elaborazione culturale: da un approfondimento di ordine eminentemente economico e sociale fino alla riflessione filosofica. Quanto alla elaborazione culturale dell'approccio delle capacità, è possibile individuare la connessione immediata di ciascuno dei due momenti a un intellettuale di riferimento: Amartya Sen, per l'elaborazione del tema sul piano filosofico, con puntuali implicazioni misurative degli standard di qualità della vita; Martha C. Nussbaum, per quella prettamente filosofica. Peraltro, il pensiero dei due Autori può essere accomunato, secondo una prospettiva evolutiva, quasi come se l'uno fosse prosecuzione e completamento dell'altro, anche in ragione della loro comune esperienza e collaborazione presso il WIDER (*World Institute for Development Economics Research*). Per simili rilievi, si veda M.C. Nussbaum, *Diventare persone*, cit., 25 ss.

[69] M.C. Nussbaum, *Diventare persone*, cit., 26 s.

[70] M.C. Nussbaum, *Diventare persone*, cit., 27.

[71] M.C. Nussbaum, *Diventare persone*, cit., 18.

[72] G. Rotolo, '*Riconoscibilità' del precetto e modelli innovativi di tutela*, cit., 223 ss. e 227.

[73] È stato sostenuto, infatti, che la necessaria rilettura imposta dal riferimento ai beni comuni esige essenzialmente il passaggio «dall'astrazione del soggetto alla concretezza della persona, individuata attraverso la materialità dei suoi bisogni. (...) La categoria dei beni comuni ha uno spiccato carattere relazionale, produce legami sociali, attribuisce rilevanza primaria al principio di solidarietà. Anzi, i beni comuni si presentano sempre più nettamente come una vera e propria istituzione della solidarietà» (così S. Rodotà, *Verso i beni comuni*, cit., 81 s.; a proposito di solidarietà, dello stesso Autore si veda S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari-Roma 2014). Il brano riportato, peraltro, evidenzia affinità tra l'indagine attorno ai beni comuni e l'approccio delle capacità di impronta filosofica ulteriori rispetto alle istanze di solidarietà sollecitate da entrambe le impostazioni e coincidenti con la centralità riconosciuta alla persona e agli attributi fondamentali di libertà che ne articolano la dignità.

Ne discendono rilevanti implicazioni anche sul piano strettamente penalistico.
Innanzi tutto, in linea con l'apporto offerto dalla riflessione sui beni comuni, pare confermata la praticabilità di letture «situazionali» del bene giuridico[74], capaci di rappresentare in termini plastici e concreti l'offesa rilevante, ancorché con riguardo a interessi rarefatti o di difficile afferrabilità. In effetti, l'impostazione in parola varrebbe a conferire una certa immediatezza al bene giuridico e una sorta di radicamento nel dato concreto, qualificandolo alla stregua di un «oggetto pratico» e «funzionale alla libertà dell'uomo», così valorizzando appieno il collegamento tra l'interesse e l'oggetto materiale della tutela. Così inteso, esso «dovrebbe cioè evocare una possibilità di azione nel mondo reale, diciamo pure un accrescimento del potere umano, del poter fare»[75]; coerentemente, «la lesione del bene giuridico dovrebbe implicare una limitazione di libertà dovuta a un potere prevalentemente esterno»[76].
Sulla scorta di simili considerazioni, pertanto, finirebbe per essere sdrammatizzata la classica alternativa concernente la lettura dei beni giuridici come strettamente personali, da una parte, ovvero come sovra-individuali, collettivi e pubblici, dall'altra[77]. La lettura situazionale del bene giuridico, infatti, consentirebbe la contestuale valorizzazione delle polarità concettuali alla base della definizione critica di Jäger, già presa in considerazione: non soltanto il riconoscimento di profili di valore attribuibili all'interesse tutelato, ma anche di singoli «oggetti concreti», ovvero le situazioni materiali che ne concretizzano la rilevanza; e dunque, in altri termini, la dimensione fattuale («situazioni di fatto») insieme a quella assiologica («permeate di valore»)[78].

5. In linea con tali considerazioni, pertanto, oltre – in generale – all'apporto culturale che può offrire alla teoria del bene giuridico, il riferimento ai beni comuni – ove correttamente praticabile – pare promettente innanzi tutto sul piano esegetico a definire la prospettiva di tutela da accordare puntualmente all'interesse. Ancorché non ne derivi necessariamente una implicazione sul piano politico-criminale quanto alla necessità di garantirne protezione mediante gli strumenti propri del diritto penale, quest'ultima resterebbe certamente una opzione disponibile al legislatore, a condizione del favorevole riscontro degli ulteriori canoni che devono accompagnare le scelte di criminalizzazione. Semmai, una più puntuale indicazione atterrebbe all'individuazione delle tecniche di tutela – ove si ritenesse di criminalizzare le offese a un bene comune – che siano necessariamente in linea con i 'programmi' dettati dalle peculiarità proprie di quegli interessi, affinché il relativo regime giuridico possa risultare effettivo.
Particolarmente adatto a una concretizzazione di queste riflessioni dal taglio prettamente metodologico è il settore alimentare, da tempo oggetto di articolate prospettive di riforma dell'intero sistema di tutela penale[79].

---

[74] G. Forti, *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, in *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'*, a cura di G. Forti, Milano 2003, 129 ss.; G. Forti e altri, *L'ordinamento lessicale dei beni giuridici personali nella parte speciale del codice penale*, cit., 374 ss.
[75] Così G. Forti, *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, cit., 156.
[76] G. Forti, *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, cit., 156 s.
[77] Distinzione sulla cui scorta, per esempio, è stata tradizionalmente argomentata la progressione discendente (e cioè secondo un ordine che conduce dai beni pubblici a quelli privati) della parte speciale del codice penale (in argomento, per un'analisi critica foriera di una radicale rilettura del sistema, si veda T. Padovani-L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna 1991, specialmente 43 ss.).
[78] Per il superamento di letture "statiche" dei canoni di selezione politico-criminale e l'adesione a prospettive "dinamiche", necessariamente arricchite dal collegamento con il contesto sociale di riferimento, si veda G. De Francesco, *op. cit.*, 70 ss.
[79] Con riferimento, in particolare, ai lavori della Commissione per l'elaborazione di proposte di intervento sulla riforma dei reati in materia agroalimentare, istituita con d.m. 30.4.2015 e presieduta da Gian Carlo Caselli, che ha prodotto due documenti consegnati il 14 ottobre 2015 al Ministro della Giustizia: lo *Schema di disegno di legge recante "Nuove norme in materia di reati agroalimentari"*; le *Linee guida per lo schema di disegno di legge recante "Nuove norme in materia di reati agroalimentari"*. Ne sono seguiti ulteriori disegni e proposte di legge che, in taluni casi, sono da considerarsi in continuità con i lavori della Commissione, atteso che ne riprendono – rimettendoli al dibattito parlamentare – alcuni elementi: in ordine cronologico, il d.d.l. n. 2231, presentato dal senatore Ruta e altri, il 4 febbraio 2016; il d.d.l. S. 283,

In effetti, l'interesse in parola – per le ragioni che si considereranno, sarebbe meglio riferirsi a una più generale categoria, cui siano riconducibili diversi profili di rilevanza della stessa – è suscettibile di lettura alla stregua di un bene comune, perlomeno con riguardo alla praticabilità della distinzione tra *food safety* e *food security*[80]: in linea di estrema sintesi, il primo concetto esprime l'interesse all'accesso a *cibo sicuro*, il secondo all'*accesso sicuro* al cibo[81].
In altri termini, nella prima accezione, cui tanto nell'ordinamento vigente quanto nei recenti disegni di riforma è riconosciuta tutela anche in sede penale, sono l'incolumità individuale e collettiva ad assurgere a interesse protetto rispetto allo specifico fattore di rischio rappresentato dal cibo, onde neutralizzarlo, o lenirne e mitigarne la portata per la salute di chi vi attinga. Tale constatazione, peraltro, consente di corroborare uno degli assunti da cui muovono queste riflessioni, e cioè l'esigenza di rimarcare la distinzione – anche sul piano funzionale – della categoria di interessi a titolarità diffusa con quella dei *commons*: proprio con riguardo alla *food safety*, infatti, emerge come non siano da ricondurre necessariamente al novero dei beni comuni oggettività giuridiche che pure posseggono carattere non strettamente personalistico.
Nella seconda impostazione, invece, assume rilievo l'esigenza di assicurare disponibilità di riserve alimentari nella misura sufficiente a garantire il pieno riconoscimento di dignità alla persona. Da un punto di vista assiologico, allora, i beni necessari a garantire la *food security* sembrano iscrivibili precisamente nella categoria dei *commons*[82]: caratterizzano questi interessi, infatti, non soltanto l'accesso collettivo e potenzialmente competitivo agli stessi, ma anche la peculiare esauribilità delle relative risorse[83]. Ne consegue che, aderendo a questa impostazione, l'impegno dei vari attori – sociali, economici e politici – coinvolti nella cosiddetta filiera alimentare[84] andrebbe rivolto al raggiungimento della piena garanzia circa la disponibilità del 'diritto al cibo'[85] e di un equo accesso alle risorse alimentari, coerentemente con l'inquadramento di fondo del bene in questione alla stregua di un 'valore'. Lo imporrebbe la considerazione di quest'ultimo nella prospettiva dei *commons*[86], piuttosto che come una *commodity* e cioè attribuendo allo stesso un valore prettamente patrimoniale, che ne implichi la fungibilità oltre che la piena rimessione alle regole del mercato[87].

---

presentato dalla senatrice Fattori e altri, il 18 aprile 2018; il d.d.l. S. 601, presentato dal senatore Taricco e altri, il 6 luglio 2018; il d.d.l. A.C. 2427, presentato dai Ministri Bonafede e Bellanova, il 6 marzo 2020. Su quest'ultimo disegno di legge, si veda D. Castronuovo, *La riforma dei reati a tutela della salute pubblica e della sicurezza alimentare. Appunti sul d.d.l. 2427*, in *DPenCont*, 4, 2020, 166 ss.; sui lavori condotti dalla Commissione Caselli, si rinvia a M. Donini, *Il progetto 2015 della commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *DPenCont*, 1, 2016, 4 ss.; C. Cupelli, *Il cammino verso la riforma dei reati in materia agroalimentare*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2.11.2015, 1 ss.; G. Toscano, *Bene giuridico e modelli di tutela nella disciplina degli illeciti alimentari: riflessioni de iure condendo (anche) nella prospettiva della riserva di codice"*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 4.2.2019, 1 ss.; G. Alesci, Fake news *e* novel foods. *La sicurezza alimentare tra vecchie criticità e nuove prospettive*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 12.4.2022, 1 ss.

[80] Nella letteratura giuridica di ambito amministrativistico, si veda – anche per ricchi e ulteriori riferimenti – C. Napolitano, *Sicurezza alimentare ed etica della sostenibilità: profili di diritto amministrativo*, in *federalismi.it*, 26.9.2018, specialmente 6 ss.; Ead., *Food security: percorsi per la sostenibilità alimentare*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente* 2020, 72 ss.; Ead., *Il bene alimentare: necessità e sostenibilità*, in *Il diritto dell'economia* 2021, 159 ss.

[81] L'articolazione dei due concetti cambiando l'ordine delle parole trae spunto dall'intitolazione di un paragrafo del lavoro di C. Napolitano, *Sicurezza alimentare ed etica della sostenibilità*, cit., 23 («L'accesso al cibo sicuro: decisioni pubbliche e modelli etico-giuridici nel prisma della solidarietà»).

[82] Cfr. J.L. Vivero-Pol-T. Ferrando-O. De Schutter-U. Mattei, *Introduction. The food commons are coming...*, in *Routledge Handbook of food as commons*, J.L. Vivero, Pol-T. Ferrando, O. De Schutter, U. Mattei (Eds.), London-New York 2019, 1 ss.; O. De Schutter-U. Mattei-J.L. Vivero-Pol-T. Ferrando, *Food as commons. Towards a new relationship between the public, the civic and the private*, in *Routledge Handbook of food as commons*, J.L. Vivero, Pol-T. Ferrando, O. De Schutter, U. Mattei (Eds.), 373 ss.

[83] Per la declinazione del diritto al cibo nella prospettiva della sostenibilità, si veda C. Napolitano, *Sicurezza alimentare ed etica della sostenibilità*, cit., 23 ss.

[84] Evidentemente non soltanto a livello nazionale, ma decisamente anche internazionale e transnazionale.

[85] O. De Schutter-U. Mattei-J.L. Vivero-Pol -T. Ferrando, *Food as commons*, cit., 381 ss.

[86] Cfr. J.L. Vivero Pol, *Food is a public good*, in *World Nutrition*, VI, 4, April 2015, 306 ss.; Id., *Food as a commons: Reframing the narrative of the food system*, paper disponibile online (www.ssrn.com).

[87] Con l'ulteriore implicazione che le scelte in ordine alla produzione alimentare – sotto entrambi i profili qualitativo e

In linea con simile impostazione, inoltre, l'interesse in questione risulterebbe qualificabile come una «capacità» essenziale all'attributo di dignità della condizione personale, cui si lega – come già si è detto – la definizione di una soglia minima cui garantire l'accesso a ciascun individuo. Del resto, nella elencazione delle capacità essenziali, la stessa Nussbaum illustrava quella denominata «Salute fisica» mediante il riferimento anche alla sicurezza di «poter essere adeguatamente nutriti»[88].
Proprio il richiamo alla *food security*, peraltro, dimostra che il riferimento ai beni comuni per la lettura di interessi sociali compatibili con tale categoria non implica alcuna ricaduta necessaria sul fronte delle strategie per la loro protezione. Come è noto, infatti, il cibo – secondo l'impostazione in parola – non è oggetto di tutela penale, né si rinvengono elementi che ne annuncino a breve l'inclusione nel relativo catalogo dei beni giuridici. Nondimeno, la prospettiva proposta può essere utile, sul piano innanzi tutto esegetico, alla puntuale definizione dei perimetri di rilevanza degli interessi contigui alla *food security*, cui sia invece attribuito rilievo nell'orizzonte dell'ordinamento penale, onde ricavarne una lucida definizione delle premesse cui eventualmente radicare le conseguenti valutazioni politico-criminali.
Per la concretizzazione del rilievo – secondo gli strumenti concettuali suggeriti dal riferimento al bene giuridico situazionale – si pensi all'acqua, tradizionalmente ascritta alla categoria del bene comune, che può essere intesa diversamente a seconda delle prospettive di *food safety* e *food security*. In effetti, secondo la prima, il tipo di libertà limitato da un'offesa arrecata a simile interesse atterrebbe alla sfera della salute – individuale o collettiva – cui venisse arrecato un pregiudizio in ragione dell'avvelenamento delle acque, stando alla definizione dell'art. 439 Cp, ovvero della loro adulterazione e corruzione, ai sensi dell'art. 440 Cp[89]. Lo stesso potrebbe dirsi con riguardo all'art. 439-*bis* Cp, contemplato da alcune delle proposte di riforma del sistema di tutela penale della sicurezza alimentare[90], che sarebbe rubricato «*Contaminazione o corruzione di acque o di alimenti*» e il cui disvalore dipenderebbe essenzialmente da due elementi: la «contaminazione» o la «corruzione» di «acque o alimenti destinati al consumo pubblico o di una collettività»; il pericolo concreto per la salute pubblica[91].
Diversamente, nell'orizzonte di senso suggerito dalla *food security*, e dunque in stretta coerenza con la indicazione desumibile dal riferimento ai beni comuni[92], potrebbero immaginarsi offese consistenti nel deterioramento della qualità essenziale di quel bene secondo la predetta prospettiva assiologica, e cioè la potabilità della stessa[93]. Si potrebbero immaginare, allora, offese capaci di determinare la perdita di tale caratteristica, benché non ancora assimilabili ad alterazioni che attivino specifici pericoli per l'incolumità di chi vi attingesse, tali da rientrare nell'ambito applicativo dei delitti richiamati; analogamente, alla stregua di una forma di abuso di quella risorsa che sacrifichi la disponibilità di una «soglia minima» per altri fruitori del medesimo bene, potrebbe rilevare lo spreco di quella risorsa, ossia comportamenti che ne attestino l'eccedenza di uso oltre il limite imposto da una «soglia massima» di utilizzo, definita secondo istanze solidaristiche.

---

quantitativo – dipenderebbero essenzialmente dalla domanda: cfr. O. De Schutter-U. Mattei-J.L. Vivero-Pol-T. Ferrando, *Food as commons*, cit., 374.

[88] M.C. Nussbaum, *Diventare persone*, cit., 97.

[89] Come è noto, a corredo di tale impianto di tutela penale dedicato all'acqua destinata all'uso alimentare, rilevano anche i fatti di 'Commercio di sostanze alimentari contraffatte o adulterate' (art. 442 Cp) e di 'Commercio di sostanze alimentari nocive' (art. 444 Cp).

[90] I già richiamati d.d.l. n. 2231 e d.d.l. S. 283.

[91] Di seguito il testo della norma proposta dai già richiamati disegni di legge: «Art. 439-*bis*. — (*Contaminazione o corruzione di acque o di alimenti*). — Chiunque contamina o corrompe acque o alimenti destinati al consumo pubblico o di una collettività, rendendoli concretamente pericolosi per la salute pubblica, è punito con la reclusione da tre a dieci anni».

[92] Riferimento praticabile anche, per le ragioni considerate, rispetto all'acqua intesa come risorsa naturale.

[93] Ovviamente, simile esito potrebbe dipendere da fattori di più ampia portata (cui pure non sia estraneo il fattore umano), quali severe crisi climatiche – come quella che affligge il Madagascar nel momento cui si scrive – che possano portare alla desertificazione di ampie aree, così determinando implicazioni rilevanti sul piano della *food security*.

È evidente che tale partizione di perimetri di rilevanza degli interessi in gioco esprime il riferimento a un elemento condiviso, idoneo a connotare in termini peculiari gli «oggetti pratici» cui riferire l'intervento penale: la circostanza che si tratti di *food* appunto. Ne deriva che esorbiterebbero dall'ambito della tutela offerta dagli strumenti in parola le offese all'acqua in quanto tale, e cioè intesa come risorsa naturale e qualificabile alla stregua di matrice ambientale. Il contrasto sul piano penale di queste ultime, infatti, andrebbe riservato alle contravvenzioni[94] e ai delitti ambientali[95].
Precisamente per le ragioni rinvenibili nelle argomentazioni circa la definizione puntuale dell'oggetto cui riferire la tutela e della prospettiva cui modellarla, allora, non possono che condividersi i rilievi critici rivolti alla visione politico-criminale che ha accompagnato la scelta operata nel disegno di legge A.C. 2427 a proposito della modifica ivi proposta dell'art. 439 Cp[96]: essa non soltanto disattende quelle considerazioni, o forse neppure dà segno di averne tenuto in debito conto le premesse assiologiche, ma addirittura le contraddice. Dalla relazione illustrativa si coglie esplicitamente che il proposito di estendere l'ambito applicativo del delitto in questione fino a «comprendervi ogni condotta di avvelenamento di ogni tipo di acqua o di alimento» dipende essenzialmente dalla mancata valutazione delle peculiarità caratterizzanti l'oggetto della tutela. Come si può leggere nel documento, «[s]i è infatti ritenuto che fosse necessario concentrare il disvalore della condotta sull'azione dell'avvelenamento, in particolare senza distinguere la tipologia delle acque oggetto della condotta (in relazione alla loro destinazione o al momento del loro prelievo) o degli alimenti rispetto ai quali interviene, per lo specifico disvalore che di per sé connota quell'azione e per la diffusività del pericolo che la condotta può cagionare». Discutibile, inoltre, risulta anche il convincimento circa la praticabilità sul piano sistematico di una modifica in tal senso, atteso che – vi si legge – «non pare crei un rischio di sovrapposizione o di confusione applicativa con la disciplina dettata in materia di inquinamento delle acque, di cui al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152», oltre che alle fattispecie codicistiche[97].
Il perimetro applicativo dell'art. 439 Cp andrebbe piuttosto delimitato e definito con precisione, riferendolo – quanto all'oggetto materiale della tutela – alle sole acque destinate al consumo alimentare[98]. Lo impone la considerazione della nota tendenza espansiva a cui è stata sottoposta tale

[94] Essenzialmente quella contenuta all'art. 137 d.lgs. n. 152 del 2006 (Testo unico ambiente), collocata nella Parte III "Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione, di tutela delle acque dall'inquinamento e di gestione delle risorse idriche" e rubricata "Sanzioni penali".
[95] Il delitto di 'inquinamento ambientale', di cui all'art. 452-*bis* Cp, che assume come referente materiale delle offese descritte anche le acque e il disastro ambientale, di cui all'art. 452-*quater* Cp.
[96] Cfr. D. Castronuovo, *op. cit.*, 170 s. Alla modifica discussa nel testo si lega quella – assolutamente opportuna e, anzi, doverosa – dell'espunzione del riferimento alla pena di morte, con conseguente perequazione sanzionatoria mediante la comminazione dell'ergastolo, nel caso che dall'avvelenamento derivi «la morte di alcuno».
[97] Si confrontino, su questo punto, le osservazioni critiche di D. Castronuovo, *op. cit.*, 170 s.: «si affida esplicitamente – verrebbe da dire: ingenuamente – alla giurisprudenza il compito di distinguere le ipotesi di inquinamento delle acque previste dal codice dell'ambiente (ma anche dall'eco-delitto di inquinamento ambientale previsto al vigente art. 452-*bis* Cp) da quelle di avvelenamento *ex* art. 439 Cp, sulla base del diverso bene giuridico e della « portata connotante » del lemma "avvelenamento": dimenticando, forse, la propensione della stessa giurisprudenza, per un verso, a utilizzare in maniera estensiva le disposizioni in tema di avvelenamento (e di corrompimento) delle acque». Del resto, anche rispetto all'acqua intesa come matrice ambientale (ma il discorso vale anche per gli altri oggetti concreti della tutela in tale ambito) è possibile distinguere significati diversi in ragione delle differenti prospettive assiologiche di protezione di quegli interessi. In tal senso, anche con riferimento all'acqua, si veda D. Uhlmann, *Environmental Law, Public Health, and the Values Conundrum*, in *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law* 2014, 237: «*The extent to which we emphasize public health, biodiversity, and ecological concerns has significant practical implications. We regulate toxic substances differently when our concern is human exposure rather than protecting other species. We set different water quality standards when our goal is fishable and swimmable streams rather than promoting healthy ecosystems for all aquatic life. We pursue different climate change mitigation efforts when our focus is safeguarding cities and towns from extreme weather rather than preventing the loss of habitat for polar bears in the Arctic Circle or the acidification of the oceans, although eventually the melting of polar ice and the loss of carbon sinks in the oceans will have dramatic public health ramifications*».
[98] D. Castronuovo, *op. cit.*, 170 s., che condivisibilmente propone l'introduzione di una norma definitoria dal seguente tenore: «*Per avvelenamento, ai fini del presente articolo, si intende l'immissione, in qualunque forma, di sostanze tossiche*

fattispecie, specialmente in epoca precedente all'introduzione del Titolo VI-*bis* nel codice penale e con il proposito di allestire forme di supplenza giudiziaria, stante l'assenza in quel momento di delitti esplicitamente dedicati alla tutela dell'ambiente. Lo esige, inoltre, la necessaria considerazione delle differenti prospettive assiologiche, cui riferire l'«oggetto concreto» della tutela, non in tutti i casi rilevante in sede penale, come si è visto: secondo la *food safety* o la *food security*, quando si trattasse di acqua intesa come risorsa alimentare; ovvero, ancora, intendendola quale matrice ambientale, quando venisse in rilievo la protezione della risorsa naturale. Lo suggerisce, in definitiva, sul piano della individuazione degli oggetti della tutela, la prospettiva sui beni comuni esposta a grandi linee nel presente scritto.

nelle acque o negli alimenti, in misura idonea a causare la morte o le lesioni gravi o gravissime in caso di consumo in quantità normali delle stesse acque o alimenti avvelenati o dei loro derivati». Diversamente opinando, infatti, oltre alla palese torsione delle istanze proprie della legalità penale, si determinerebbe una sorta di 'invasione di campo' in ambiti pertinenti a differenti accezioni valoriali e assiologiche del bene in questione rispetto a quella che puntualmente cui si è indirizzata la scelta di criminalizzazione.

I GIUDICI DELLA CONSULTA TORNANO AD OCCUPARSI DELLA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA: RIFLESSIONI A MARGINE DI C. COST., 12.7.2022 N. 174

di Greta Accatino
(*Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Torino*)

Il presente contributo si occupa dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova in rapporto all'ipotesi di connessione tra reati di cui all'art. 12 co. 1 lett. *b* Cpp. L'Autrice analizza, in particolare, un'importante sentenza della Corte costituzionale, la n. 174 del 2022, con cui il giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità (parziale) dell'art. 168-*bis* co. 4 Cp poiché in contrasto con il principio di uguaglianza.
This paper deals with the institution of the suspension of a judicial proceeding with probation, with reference to the specific hypothesis of connection between crimes provided for in art. 12 c. 1 lett. *b* Cpp. The Author analyses, in particular, an important decision of the Italian Constitutional Court, no. 174/2022, in which the Court established that art. 168-*bis* c. 4 Cp is in contrast with the principle of equality.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Un ricco panorama giurisprudenziale. – 3. La norma oggetto e la norma parametro nel giudizio di legittimità costituzionale devoluto alla decisione della Corte: le ragioni dell'ordinanza di rimessione e il *decisum* in breve. – 4. Le osservazioni del giudice delle leggi alla base della dichiarazione di incostituzionalità (parziale) della disposizione censurata. – 5. Conclusioni.

1. La sospensione del procedimento con messa alla prova[1] ha creato, fin dalla sua introduzione ad opera della l. 28.4.2014 n. 67, aspettative assai elevate negli operatori del diritto[2], ponendo al contempo non pochi rilevanti problemi applicativi[3].
La Corte costituzionale, avendo già abbondantemente ricostruito l'istituto, viene chiamata ad esaminare, in questa ennesima puntata della saga, la previsione dell'art. 168-*bis* co. 4 Cp, che impedisce all'imputato di accedere alla sospensione del procedimento con messa alla prova per più di una volta. Trattasi di un limite di natura oggettiva all'esperibilità del rito alternativo in parola[4], contemplato da una norma che, seppur a prima lettura estremamente chiara nel contenuto, ha sollevato negli anni una varietà di interrogativi.
Nel prosieguo si tenterà, pertanto, di ripercorrere brevemente il panorama giurisprudenziale che fa da contorno alla pronuncia in esame, per poi trattare nello specifico delle *quaestiones* del giudice rimettente e del *decisum* della Corte.

2. All'indomani dell'entrata in vigore della l. 67/2014, gli interpreti si interrogano su quale sia l'ambito di applicazione dell'art. 168-*bis* co. 4 Cp.
Una prima questione afferisce, anzitutto, alla presentazione della richiesta di messa alla prova da parte dell'imputato cui, nel medesimo procedimento, siano stati contestati più reati. Ci si domanda, in particolare, muovendo dalla lettura della predetta norma, se «ammettere il rito per tutte le ipotesi equiva[lga] a concedere l'istituto più volte», in contrasto quindi con il dettato normativo[5]. Ebbene, la risposta a detto quesito, in un passato non così lontano tutt'altro che scontata[6], è oggi pacificamente negativa. È stato osservato, infatti, che l'art. 168-*bis* Cp parla di "procedimenti per reati", così «ancorando la messa alla prova non tanto a una singola contestazione, ma all'evento processuale in

[1] Com'è noto, la sospensione del procedimento con messa alla prova è istituto che si colloca a mezza via tra il diritto sostanziale e il diritto processuale. Con l'entrata in vigore della l. 28.4.2014 n. 67, il legislatore non si è, difatti, limitato a inserire nel codice penale – e, segnatamente, nel Libro I, Titolo VI, Capo I, dedicato alle cause di estinzione del reato – gli articoli 168-*bis*, 168-*ter*, 168-*quater* Cp. Oggetto di modifica è stato anche il codice di rito, profondamente inciso dalla novella, per il tramite dell'inserimento nel corpo del Libro VI sui procedimenti speciali di un nuovo Titolo V-*bis*, deputato ad ospitare la disciplina del rito speciale di nuova introduzione. Completano il quadro l'art. 657-*bis* Cp, che detta i criteri per il computo del periodo di messa alla prova per il caso di revoca della sospensione, e gli articoli 141-*bis* e 141-*ter* disp. att. Cpp. In tema, v. tra gli altri L. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Padova 2020; L. Bartoli, *Commento agli artt. 464*-bis-*464*-nonies, in *Commentario breve al codice di procedura penale - complemento giurisprudenziale*, a cura di G. Illuminati, L. Giuliani, Padova 2021; L. Bartoli, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *CP* 2015, 1755 ss.; V. Bove, *La messa alla prova*, Pisa 2018; A. Di Tullio D'Elisiis, *La messa alla prova per l'imputato*, Sarcangelo di Romagna 2014; M.L. Galati, L. Randazzo, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano 2015; E. Lanza, *La messa alla prova processuale. Da strumento di recupero per i minorenni a rimedio generale deflattivo*, Milano 2017; V. Maffeo, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli 2017; M. Miedico, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14.4.2014; F. Ruggieri, *Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una "nuova" relazione*, in *DPenCont* 4/2017, 93 ss.; G. Tabasco, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *www.archiviopenale.it*, 1/2015; N. Triggiani, *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino 2014; P. Troncone, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena*, Roma 2016; F. Viganò, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *RIDPP* 2013, 1300; G. Zaccaro, *La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni*, in *QuestG*, 29.4.2014.
[2] Si esprime in questi termini, a un anno dall'entrata in vigore della l. 67/2014, L. Bartoli, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 1755, che parla della messa alla prova come di una delle molte iniziative pensate dal legislatore per fronteggiare la crisi dell'efficienza e della credibilità del nostro sistema processuale.
[3] L. Annunziata, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, in *DPP* 2016, 101 ss.; F. Fondacone, *Il GUP di Roma sulla sospensione del procedimento con messa alla prova nei confronti dell'imputato maggiorenne: il limite alla ammissibilità del rito "non più di una volta" non riguarda i reati avvinti dal vincolo della continuazione*, in *SP*, 17.3.2022.
[4] Così L. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 35.
[5] *Ibidem*.
[6] Per una ricostruzione delle diverse opinioni in tema v. L. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 35 e M. Miraglia, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, Torino 2020, 64 ss.

corso»[7]. Di qui la possibilità per l'imputato di accedere al rito alternativo in discorso anche quando – in uno stesso procedimento – gli venga contestata una pluralità di reati.
Tanto chiarito, un secondo tema che ha interessato la dottrina e la giurisprudenza negli ultimi anni e che si lega a doppio filo con quello testé esaminato riguarda la messa alla prova "parziale". Nel caso, cioè, in cui un soggetto venga tratto a giudizio per rispondere nel medesimo procedimento di reati per i quali il *probation* processuale sia astrattamente ammissibile e di altri per cui ciò non sia invece possibile, vi è da chiedersi se la fruibilità del rito alternativo della sospensione con messa alla prova sia preclusa[8]. Sul punto il responso della Suprema Corte – che nel silenzio del testo legislativo invoca, a sostegno dell'interpretazione prescelta, l'argomento della necessaria totale rieducazione del reo – è di segno positivo: non pare, invero, «pensabile che taluno possa essere "risocializzato" solo per alcuno dei fatti in contestazione e nel contempo continui a rispondere di ben più gravi connessi fatti-reato per i quali l'accesso all'istituto […] non è consentito»[9]. La messa alla prova "parziale" non trova, quindi, spazio nel nostro ordinamento. Piuttosto, affinché l'imputato cui sono contestati più reati nel medesimo procedimento sia ammesso ad accedere al rito di cui si discorre, è necessario che «i limiti edittali di ciascuno di essi siano compatibili con la concessione del beneficio»[10].
Ciò detto, è bene sin d'ora accennare ad alcune precedenti decisioni dei giudici della Consulta, precorritrici rispetto a quella che si esaminerà nel prosieguo: la prima in materia di sospensione condizionale della pena[11], la seconda in tema di perdono giudiziale per i minori di anni diciotto[12] e l'ultima a proposito delle sanzioni sostitutive della pena detentiva breve della libertà controllata e della pena pecuniaria[13]. Non è questa certamente la sede per procedere ad una compiuta disamina del tessuto motivazionale di ciascuna delle citate sentenze. Quel che rileva è, in realtà, il principio generale ricavabile dalla lettura dei richiamati precedenti giurisprudenziali, un principio che sarà poi rievocato dalla Corte costituzionale nella sentenza 12.7.2022 n. 174, per risolvere la questione esaminanda. Affermano, invero, i giudici costituzionali nelle predette decisioni che un nesso sostanziale, quale quello di continuità, non può dipendere da circostanze del tutto occasionali, come sarebbe se si rimettesse il destino processuale dell'imputato «alla scelta del Pubblico Ministero di perseguire più reati in continuazione nell'ambito dello stesso o di più procedimenti»[14]. Non rileva,

[7] L. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 37.
[8] A questo proposito si segnala Cass. 12.3.2015 n. 14112, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20.5.2015, con un commento di J. Della Torre, *La Cassazione nega l'ammissibilità della messa alla prova 'parziale' in nome della rieducazione 'totale' del richiedente*. Con la pronuncia in discorso – afferma l'Autore – la Suprema Corte «affronta uno tra i profili più discussi del nuovo istituto della messa alla prova per adulti, rispondendo, **in senso negativo**, al quesito se sia ammissibile una richiesta di **messa alla prova parziale**, presentata da un soggetto nei cui confronti siano contestati **cumulativamente** sia reati rientranti **nell'elenco dell'art. 168 *bis***, sia fattispecie **non ricomprese** in tale disposizione».
[9] *Ibidem*.
[10] Così C. cost., 12.7.2022 n. 174, in *www.cortecostituzionale.it*, § 3.3 *Considerato in diritto*. Per un commento v. anche V. Bove, *Corte costituzionale: "messa alla prova" possibile una seconda volta in caso di continuazione del reato*, in *SP*, 13.7.2022; A.M. Capitta, *Messa alla prova: concedibile una seconda volta anche in caso di reati connessi contestati in diversi procedimenti – Corte cost., n. 174 del 2022*, in *www.archiviopenale.it*, 2022; L. Degl'Innocenti, E. Antonuccio, *Connessione per concorso formale o in continuazione: ammissibile la messa alla prova per chi ne ha già usufruito*, in *Il Penalista*, 5.8.2022.
[11] C. cost., 10.6.1970 n. 86, in *www.cortecostituzionale.it*, commentata, in dottrina, da G. Giampaoli, *Sospensione condizionale della pena nel reato continuato*, in *La Scuola positiva*, 1970, 566. Detta pronuncia si segnala per avere la Corte dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 164 co. 2 n. 1, e 168 Cp, nelle formulazioni all'epoca vigenti, nella parte in cui stabilivano che il giudice non potesse concedere o negare la sospensione condizionale della pena ossia fosse tenuto a revocare di diritto il beneficio già concesso ove il secondo reato fosse legato con il «vincolo della continuità» a quello punito con pena sospesa.
[12] C. cost., 5.7.1973 n. 108, in *www.cortecostituzionale.it*, annotata da G. La Greca, *Perdono giudiziale e giustizia minorile*, in *GCos* 1973, 1248 ss. e A.L. Vergine, *Perdono giudiziale e reato continuato*, in *RIDPP* 1974, 988. Come si legge in A. Innocenti, *Cause di estinzione del reato*, in *Il Penalista*, 13.2.2018, a seguito dell'intervento del giudice delle leggi, il beneficio del perdono giudiziale di cui all'art. 168 Cp «estende i propri effetti estintivi anche con riferimento ad altri reati connessi per il vincolo della continuazione a quello per cui esso è stato concesso».
[13] C. cost., 16.7.1987 n. 267, in *www.cortecostituzionale.it*, con nota redazionale a prima lettura in *CP* 1987, 1877.
[14] F. Fondacone, *op. cit.*

cioè, che la continuazione sia accertata «in un solo tempo anziché in tempi successivi»[15]. In ogni caso è, infatti, illegittimo il divieto di reiterazione dei benefici della sospensione condizionale della pena, del perdono giudiziale e delle sanzioni sostitutive della libertà controllata e della pena pecuniaria in ipotesi di reati ancora *sub iudice*, legati però dal vincolo della continuazione ad altri già giudicati con sentenza irrevocabile.
Più di recente, poi, i giudici della Consulta – chiamati a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 517 Cpp, nella parte in cui precludeva all'imputato l'accesso alla messa alla prova in seguito alla contestazione suppletiva di reati connessi *ex* art. 12 co. 1 lett. *b* Cpp – hanno concluso per l'incostituzionalità della norma. Ciò sul presupposto che, come già rilevato in passato dalla Suprema Corte, l'art. 168-*bis* co. 4 Cp non osta alla concedibilità della sospensione del procedimento con messa alla prova ogni volta che, contestati all'imputato più reati in concorso, per ciascuno possa astrattamente applicarsi l'istituto *de quo*[16].
Esaurita questa breve carrellata dei precedenti che hanno influenzato la decisione oggi al vaglio, è a questo punto ben possibile entrare nel merito di C. cost., sent. 12.7.2022 n. 174.

3. Il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Bologna, con ordinanza del 16.6.2021, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in via incidentale dell'art. 168-*bis* co. 4 Cp in riferimento all'art. 3 Cost.
In estrema sintesi, gli imputati avevano chiesto la sospensione del procedimento *ex* artt. 464-*bis* e ss. Cpp in relazione al reato di cui all'art. 73 co. 5 d.P.R. 9.10.1990 n. 309, poi dichiarato estinto per esito positivo della messa alla prova. A costoro venivano, nondimeno, successivamente contestati in un altro giudizio ulteriori episodi di spaccio di sostanza stupefacente, coevi rispetto a quello oggetto della richiesta di rito alternativo e ad esso legati dal vincolo della continuazione[17]. Domandavano, quindi, i prevenuti di poter fruire della sospensione del procedimento con messa alla prova, ma osservava il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Bologna come una tale richiesta non potesse essere accolta – di qui la rilevanza della questione[18] – per via del disposto dell'art. 168-*bis* co. 4 Cp, e sollecitando perciò l'intervento della Consulta.
Si è già detto che la disposizione oggetto di censura sancisce il limite del "non più di una volta" in relazione al rito alternativo della sospensione del procedimento con messa alla prova. Siffatto limite,

[15] C. cost., 10.6.1970 n. 86, cit., § 2 *Considerato in diritto*.
[16] Si allude a C. cost., 14.6.2022 n. 146, in *www.cortecostituzionale.it*, § 2.3 *Considerato in diritto*, con un commento di V. Bove, *Contestazione suppletiva di reati connessi: la Corte costituzionale ammette il "recupero" della messa alla prova per tutti i reati ascritti*, in *SP*, 17.6.2022 e A.M. Capitta, *Nuova contestazione in dibattimento di reati connessi e messa alla prova – Corte cost., n. 146 del 2022*, in *www.archiviopenale.it*, 2022. Il giudice delle leggi richiama a sua volta, nella pronuncia citata, Cass. 12.3.2015 n. 14112, cit.
[17] L'elaborazione, dottrinale e giurisprudenziale, in tema di reato continuato è talmente vasta da non poter essere in questa sede compiutamente richiamata. Nella manualistica basti qui un rinvio, per tutti, a G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna 2019, 710 ss.; R. Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta 2022, 1267 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2022, 644 ss. Si veda, poi, C. Silva, *L'evoluzione della continuazione: il problematico passaggio dalla teoria del reato alla commisurazione della pena*, in *AP*, 1/2015, che – nel tracciare le linee evolutive dell'istituto – evidenzia come, con la riforma del 1974, il legislatore abbia acconsentito a che il «medesimo disegno criminoso restasse l'unico elemento in base al quale riunire nell'ambito della medesima figura violazioni di fattispecie tra loro eterogenee». In dottrina, per quanto riguarda il concetto di "medesimo disegno criminoso", l'Autrice rinvia poi a E.M. Ambrosetti, sub *art. 81 Cp*, in *Codice penale commentato*, a cura di M. Ronco, A. Gaito, Torino 2012; R. Borsari, *Il reato continuato*, in *Commentario sistematico al codice penale. Il reato*, diretto da M. Ronco, Bologna 2011, 261 ss.; M. Cerase, *Sul concetto di unicità del disegno criminoso, in tema di reato continuato*, in *CP* 1990, 2138; N. Mazzacuva, E.M. Ambrosetti, *Reato continuato*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, 1991, 7; R. Rampioni, *L'ambito di estensione del "medesimo disegno criminoso"*, in *RIDPP* 1980, 591.
[18] Come il lettore ben sa, la rilevanza, insieme alla non manifesta infondatezza, è una delle condizioni di ammissibilità del giudizio di costituzionalità. Per la ricostruzione delle principali posizioni della dottrina si vedano per tutti F. Pizzetti, G. Zagrebelsky, *"Non manifesta infondatezza" e "rilevanza" nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Milano 1972, 105 ss.; V. Onida, *Note su un dibattito in tema di "rilevanza" delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *GCos* 1978, 997 ss.

non previsto in ambito minorile[19], non era neppure originariamente contemplato nel d.d.l. che ha portato, infine, all'emanazione della l. 67/2014[20]. Già questo primo argomento di carattere storico viene opportunamente valorizzato dal giudice *a quo* nel sostenere la non manifesta infondatezza della questione[21]. Né – scrive il g.u.p. – sarebbe comunque percorribile la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 168-*bis* co. 4 Cp, stante l'impossibilità di assimilare la seconda richiesta di messa alla prova alla prosecuzione o integrazione di quella già avanzata in un altro procedimento[22].

Dubita, insomma, il giudice *a quo* della compatibilità della norma in discorso con il dettato della Carta e, segnatamente, con il principio supremo di uguaglianza, nella parte in cui non prevede che l'imputato possa usufruire della sospensione del procedimento con messa alla prova «per reati connessi, ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. b), del codice di procedura penale[23], con altri reati per i quali tale beneficio sia già stato concesso»[24]. E, invero, afferma il rimettente, si determinerebbe una irragionevole disparità di trattamento se si ammettesse che l'imputato sottoposto a *simultaneus processus* per reati connessi a norma dell'art. 12 co. 1 lett. *b* Cpp possa accedere al procedimento speciale alternativo della messa alla prova in relazione a tutti i reati a lui contestati, diversamente da chi, per una scelta processuale del pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari o in ragione di una differente tempistica processuale, debba trovarsi ad affrontare giudizi distinti, sia pur connessi, avendo quindi diritto a chiedere il beneficio una sola volta, la prima[25].

L'assunto, nella sua intrinseca linearità, è – ad avviso di chi scrive – più che condivisibile. Tenuto conto, però, delle diverse ricostruzioni che, fino ad oggi, hanno tenuto banco in dottrina e in giurisprudenza, è presto spiegata la necessità di un intervento risolutivo della Corte costituzionale, che – lo si anticipa sin d'ora – con la sentenza additiva in commento[26] ha infine concluso per l'illegittimità costituzionale dell'art. 168-*bis* co. 4 Cp.

---

[19] La bibliografia in materia di messa alla prova in ambito minorile è assai copiosa. Si ricordano, tra gli altri, A. Ciavola, V. Patanè, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*[3], a cura di E. Zappalà, Torino 2019, 187 ss.; C. Cesari, *Le strategie di* diversion, in *Procedura penale minorile*[4], a cura di M. Bargis, Torino 2021, 227 ss.; C. Cesari, *sub art. 28*, in *Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. 448/1988*[5], a cura di G. Giostra, Milano 2021, 461 ss.; G. Fumu, *Le difficili scelte del legislatore minorile tra accertamento, educazione e sanzione*, in *Questioni nuove di procedura penale. Le riforme complementari. Il nuovo processo minorile e l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario*, a cura di A. Gaito, G. Paolozzi, G.P. Voena, Padova 1991; A. Ghiara, *La «messa alla prova» nella legge processuale minorile*, in *GP* 1991, III, 82 ss.; M. Miedico, *La sospensione del processo e messa alla prova tra prassi e prospettive di riforma*, in *CP* 2003, 2648; M. Miedico, *La confessione del minore e la sospensione del processo e messa alla prova,* in *RIDPP* 2000, 1292; G. Panebianco, *Il sistema penale minorile. Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, Torino 2012; L. Scomparin, *Sospensione del processo minorile e "messa alla prova": limiti di compatibilità con i riti speciali e altri profili processuali dopo l'intervento della Corte costituzionale,* in *LP* 1995, 512; D. Spirito, *Principi e istituti del diritto penale nel nuovo processo a carico di imputati minorenni,* in *GP* 1990, III, 137 ss.

[20] Come si ricava dai lavori parlamentari che hanno preceduto l'entrata in vigore della legge in discorso, nel Disegno di legge S. 925 – prima degli emendamenti apportati in Senato e dell'approvazione del nuovo testo da parte della Camera – si leggeva: «La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa più di due volte, né più di una volta se si tratta di reato della stessa indole» (v. *www.senato.it*).

[21] Si rimanda in questo senso alla nota 18.

[22] C. cost., 12.7.2022 n. 174, cit., § 1.2.7 *Ritenuto in fatto*.

[23] Si tratta di uno dei casi di connessione "forte" di cui all'art. 12 Cpp, che si configura nelle ipotesi di concorso formale tra reati di cui all'art. 81 co. 1 Cp e di reato continuato *ex* art. 81 co. 2 Cp, su cui vedi nota 17.

[24] C. cost., 12.7.2022 n. 174, cit., § 1 *Ritenuto in fatto*.

[25] *Ibidem*, § 1.2.5 *Ritenuto in fatto*.

[26] La circostanza che si tratti di una sentenza additiva si desume dal tenore letterale del dispositivo, allorché la Corte dichiara l'incostituzionalità dell'art. 168-*bis* co. 4 Cp «nella parte in cui non prevede (la sottolineatura è di chi scrive) che l'imputato possa essere ammesso alla sospensione del procedimento con messa alla prova nell'ipotesi in cui si proceda per reati connessi, ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera b), del codice di procedura penale, con altri reati per i quali tale beneficio sia già stato concesso». A proposito della categoria delle sentenze additive si vedano, tra gli altri, C. Lavagna, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano 1970, 1131; F. Modugno, P. Carnevale, *Sentenze additive,* "*soluzione costituzionalmente obbligata" e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del* "*verso" della richiesta addizione,* in *GCos* 1990, I, 519; V. Crisafulli, *La Corte costituzionale*

4. Il giudice delle leggi, nel pronunciare la sentenza 12.7.2022 n. 174, corregge l'irrazionalità che sarebbe derivata da una rigida applicazione della disposizione censurata.
La Corte, *in primis*, dopo averne positivamente vagliato la rilevanza e non manifesta infondatezza, focalizza l'attenzione sul cuore della questione, ossia sulla constatata irragionevole disparità di trattamento «tra l'imputato cui tutti i reati commessi in esecuzione di un medesimo disegno criminoso vengano contestati nell'ambito di un unico procedimento, nel quale egli ha la possibilità di accedere al beneficio della sospensione del procedimento con messa alla prova, e l'imputato nei cui confronti l'azione penale venga inizialmente esercitata solo in relazione ad alcuni di tali reati, e che si veda contestare gli altri, per effetto di una scelta discrezionale del pubblico ministero o di altre evenienze processuali, nell'ambito di un diverso procedimento, dopo che egli abbia già avuto accesso alla messa alla prova»[27]. Per quest'ultimo imputato è impossibile, allo stato, – afferma la Corte – ottenere una seconda volta il beneficio, diversamente da quanto sarebbe accaduto qualora tutti i reati gli fossero stati contestati nel medesimo procedimento[28].
Tanto premesso, i giudici costituzionali risolvono la questione esaminanda dando continuità a quell'orientamento di cui già si è dato conto nel secondo paragrafo di questo scritto. Posto che è bene evitare che il nesso di continuità venga fatto dipendere – per usare le parole della Corte – da «circostanze meramente occasionali», non si può trattare il caso di più fatti legati dal vincolo della continuazione con altri puniti con sentenza precedente differentemente da quello in cui, viceversa, la continuazione venga accertata con un'unica sentenza[29].
Non solo: se è vero, scrivono i giudici della Consulta, che l'art. 168-*bis* co. 4 Cp non osta alla concedibilità della sospensione del procedimento con messa alla prova ogni volta che, contestati all'imputato più reati in concorso, per ciascuno possa astrattamente applicarsi l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova[30], ciò deve valere, *a fortiori*, nel caso che ci occupa, in cui detti reati sono avvinti dal vincolo della continuazione, per il fatto di essere stati commessi in esecuzione del medesimo disegno criminoso[31]. In una situazione di questo tipo, scrive la Corte, mostrando di aderire alle argomentazioni del giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Bologna, «l'ordinamento considera unitariamente i reati ai fini sanzionatori, prevedendo l'inflizione di una sola pena che tenga conto del loro complessivo disvalore; sicché appare logico che, ove tutti i singoli reati siano compatibili, in ragione dei rispettivi limiti edittali, con il beneficio della messa alla prova, l'imputato possa essere ammesso ad un percorso unitario di risocializzazione e riparazione, nel quale si sostanzia il beneficio medesimo […], e il cui esito positivo comporta l'estinzione dei reati contestati»[32].
È, del resto, conforme all'orientamento prevalente della giurisprudenza costituzionale e di legittimità considerare il reato continuato unitariamente soltanto per quel che riguarda gli effetti *expressis verbis* previsti dalla legge, in particolare quelli relativi alla determinazione della pena[33]. La stella polare che

ha vent'anni, in *GCos* 1976, I, 1704, che scrive: le sentenze "additive", «che dichiarano la illegittimità di una norma, *nella parte in cui omette e quindi esclude qualcosa*, possono dare l'impressione che la Corte si trasformi da giudice in legislatore, creando essa stessa la norma destinata ad integrare la disciplina dichiarata costituzionalmente illegittima. Per effetto di tali decisioni, infatti, la norma espressa dal testo deve leggersi come comprensiva anche di quel *qualcosa* che, illegittimamente, non era previsto».
[27] C. cost., 12.7.2022 n. 174, cit., § 3.1 *Considerato in diritto*.
[28] *Ibidem*.
[29] C. cost., 12.7.2022 n. 174, cit., § 3.2.3 *Considerato in diritto*.
[30] A questo proposito vedi anche C. cost., 14.6.2022 n. 146, cit.
[31] C. cost., 12.7.2022 n. 174, cit., § 3.3 *Considerato in diritto*.
[32] *Ibidem*.
[33] Cass. S.U. 27.11.2008 n. 3286, in *DeJure*. Qui la Corte di cassazione nella sua più autorevole composizione, nell'affermare il definitivo superamento della concezione unitaria del reato continuato, richiama alcune note decisioni del giudice delle leggi, ossia C. cost., 9.4.1987 n. 115, in *www.cortecostituzionale.it*, annotata da F. Lazzarone, *Continuazione nel reato e* res iudicata *al vaglio della Corte costituzionale*, in *LP* 1987, 681; C. cost., 27.7.1994 n. 361, in *www.cortecostituzionale.it*, con nota di C. Fiorio, *"Composizioni sulla pena" e benefici penitenziari*, in *GCos* 1994, 3215; C. cost., 1.8.2008 n. 324, in *www.cortecostituzionale.it*, con un commento di D. Micheletti, *L'incensurabilità delle*

guida l'interprete ogni volta che si tratti di effetti diversi è, invece, rappresentata dal principio del *favor rei*[34]. Sotto questo profilo, osserva la Corte, la preclusione di cui all'art. 168-*bis* co. 4 Cp contrasta con la stessa *ratio legis*, quella di «sanzionare in maniera unitaria il reato continuato attraverso un aumento della pena prevista per il reato più grave, secondo la regola generale posta dall'art. 81, secondo comma, cod. pen. – intento, si noti, che non è precluso nemmeno dall'intervento del giudicato, come dimostra l'art. 671 cod. proc. pen.»[35].

La Consulta dice, quindi, "sì" alla possibilità per l'imputato di accedere una seconda volta alla messa alla prova quando si proceda per reati avvinti dal vincolo della continuazione.

Ma vi è di più. Precisa a questo punto la sentenza che le stesse considerazioni che si è tentato di sintetizzare nelle pagine precedenti debbono valere a maggior ragione nell'altra ipotesi contemplata dall'art. 12 co. 1 lett. *b* Cpp, *id est* la connessione per concorso formale[36]. Non è un caso, infatti, che l'art. 81 Cp preveda il regime del cumulo giuridico tanto quando il soggetto agente viola la stessa o diverse disposizioni di legge con una sola azione od omissione, quanto in ipotesi di continuazione tra reati[37]. È vero che, qualora si tratti di reati in concorso formale, il pubblico ministero normalmente procede per essi nel medesimo procedimento, di talché il trattamento sanzionatorio – va da sé – sarà determinato dal giudice unitariamente[38]. È, purtuttavia, possibile che il magistrato, per le ragioni più disparate, si trovi a procedere separatamente, nel qual caso non pare ragionevole precludere all'imputato «la possibilità di accedere nuovamente alla messa alla prova, nell'ambito di un procedimento che ha pur sempre ad oggetto la medesima condotta attiva od omissiva per la quale egli ha già fruito del beneficio»[39].

È, infine, dalla lettura del passaggio motivazionale conclusivo che si coglie a pieno la portata della pronuncia in commento. La Corte costituzionale indica al giudice *a quo* e, più in generale, a ogni altro giudice che fosse in futuro destinatario di una "seconda" richiesta di messa alla prova nei termini sopra precisati, la via da seguire. I reati oggetto del secondo procedimento non potranno, in questo senso, essere dichiarati estinti, giusta il disposto dell'art. 464-*septies* Cpp, in quanto "coperti" dal periodo di messa alla prova già concluso[40]. Il precedente programma trattamentale è stato, infatti, elaborato dall'U.E.P.E. competente per territorio sulla base della tipologia e del numero di imputazioni oggetto del primo giudizio, senza tener conto – com'è ovvio – del reato o dei reati oggetto del successivo procedimento[41]. Il giudice dovrà, piuttosto, vagliare l'idoneità del programma di trattamento e formulare una prognosi circa il futuro comportamento dell'imputato e l'astensione di quest'ultimo dalla commissione di nuovi reati[42]. All'uopo, il giudice terrà conto, da un lato, «della

---

"riforme penali di favore": un limite tecnico o di moderazione politica?, in *GCos* 2008, 3488.

[34] *Ibidem*.

[35] C. cost., 12.7.2022 n. 174, cit., § 3.4 *Considerato in diritto*, che a tal proposito accenna alla continuazione c.d. esecutiva.

[36] *Ibidem*, § 3.5 *Considerato in diritto.*

[37] *Ibidem*.

[38] *Ibidem*.

[39] *Ibidem*. Precisa sul punto la Corte che ciò potrà avvenire a condizione che il secondo procedimento non sia di per sé precluso dall'art. 649 Cpp e all'uopo si richiama a quanto già affermato in un'altra nota pronuncia (C. cost., 21.7.2016 n. 200, in *www.cortecostituzionale.it*, § 12 *Considerato in diritto*, annotata da R. Calò, *La dimensione costituzionale del divieto di doppio processo*, in *GCos* 2016, 2240; P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il '*ne bis in idem*' tra diritto vigente e diritto vivente*, in *CP* 2017, 78; B. Lavarini, *Il fatto ai fini del '*ne bis in idem*' tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *PPG* 2017, 60 ss.; D. Pulitanò, *La Corte costituzionale sul* ne bis in idem, in *CP* 2017, 70; S. Zirulia, *"*Ne bis in idem*": la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit* bis *prosegue)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24.7.2016).

[40] È chiaro in questo senso il giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Roma in un'ordinanza che ben si può definire precorritrice rispetto a quella che ha occasionato la proposizione della questione di legittimità oggetto del presente contributo e cioè G.u.p. Roma, 28.2.2022, in *SP*, 17.3.2022, con un commento di F. Fondacone, *op. cit.*

[41] *Ibidem*.

[42] C. cost., 12.7.2022 n. 174, cit., § 3.6 *Considerato in diritto*. Ciò è in linea altresì con l'orientamento prevalente della Suprema Corte a proposito di sospensione del procedimento con messa alla prova nell'ambito del processo minorile. Si vedano, in questo senso, Cass. 8.7.2014 n. 40312 e Cass 8.11.2012 n. 46366, entrambe richiamate dal giudice rimettente nel sostenere la non manifesta infondatezza della questione, secondo cui: «In tema di procedimento penale a carico di

natura e della gravità dei reati oggetto del nuovo procedimento» e, dall'altro, «del percorso di riparazione e risocializzazione eventualmente già compiuto durante la prima messa alla prova»[43]. Quindi, conclusa positivamente l'indagine circa l'ammissibilità della richiesta di rito alternativo, verrà stabilita l'entità del periodo aggiuntivo di messa alla prova, nel rispetto in ogni caso dei limiti contemplati dall'art. 464-*quater* co. 5 Cpp, «valorizzando opportunamente il percorso già compiuto, alla luce dell'esigenza – sottesa al sistema – di apprestare una risposta sanzionatoria sostanzialmente unitaria rispetto a tutti i reati in concorso formale o commessi in esecuzione di un medesimo disegno criminoso»[44].

5. Tirando le fila, possono svolgersi alcune considerazioni conclusive in merito alla decisione dei giudici della Consulta oggetto di approfondimento.
Trattasi, *in primis*, di un intervento chiarificatore assai atteso. Il che non deve stupire. La disciplina del *probation* è stata, come visto, complice sovente la lacunosità del dettato normativo, al centro di accesi dibattiti tra gli esegeti del diritto, che hanno condotto alla formulazione delle più varie teorie interpretative. In questo contesto, la sentenza in esame – nel risolvere una questione quantomai dubbia – ben s'inserisce nel solco tracciato dalla recente giurisprudenza, costituzionale[45] e non solo[46].
Del resto, com'è stato correttamente osservato, la possibilità di richiedere la definizione del procedimento a proprio carico tramite uno dei riti alternativi espressamente previsti dalla legge – categoria che ricomprende anche la sospensione con messa alla prova – rappresenta «una modalità, tra le più qualificanti, di esercizio del diritto di difesa» di cui all'art. 24 Cost.[47]. È comprensibile quindi che i giudici costituzionali abbiano voluto riaffermare nella sentenza in esame che una tale facoltà processuale non deve venire conculcata «dalle scelte contingenti del pubblico ministero o da

imputati minorenni, quando vi è continuazione tra reati giudicati e giudicandi, la sospensione del processo e la messa alla prova disposte per i primi non si estendono automaticamente ai secondi, in quanto l'esistenza di ulteriori reati, pur se commessi in esecuzione del medesimo disegno criminoso di quelli precedentemente accertati, obbliga il giudice a rivalutare la personalità dell'imputato minorenne, rinnovando la prognosi sul positivo sviluppo di essa, e ad elaborare un nuovo progetto di socializzazione, o comunque ad integrare quello precedente».

[43] *Ibidem*.

[44] *Ibidem*.

[45] Il pensiero va, di nuovo, a C. cost., 14.6.2022 n. 146, cit., ma anche, più in generale, alle molte pronunce dei giudici costituzionali succedutesi negli anni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova. Per un breve *excursus* sul tema si veda R. Muzzica, *La Consulta 'salva' la messa alla prova: l'onere di una interpretazione 'convenzionalmente' orientata per il giudice nazionale*, in *DPenCont*, 6/2018, 173 ss.

[46] Il riferimento è, di nuovo, a G.u.p. Roma, 28.2.2022, cit., ma anche a T. Milano, Sez. III, 28.4.2015, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12.5.2015, con un commento di S. Finocchiaro, *Secondo il Tribunale di Milano, la richiesta di messa alla prova è ammissibile anche 'per più reati'*, ad avviso del quale è ammissibile la richiesta di messa alla prova nei casi in cui l'imputato sia stato chiamato a rispondere di una pluralità di reati, posto che l'inciso contenuto all'art. 168-*bis* co. 4 Cpp secondo cui la sospensione non può essere concessa "per più di una volta" non equivale a "per più reati". Anzi, afferma l'Autore, qualunque operazione ermeneutica volta ad equiparare le predette locuzioni – «oltre che una forzatura *in malam partem* della **lettera della legge** – va ritenuta in contrasto con la ***ratio* dell'istituto**, ravvisabile tanto nelle **finalità deflattive** dello stesso, quanto nella necessità di "**offrire all'imputato l'occasione** per intraprendere una diversa ed onesta condotta di vita, sul presupposto che **il diritto penale è l'*extrema ratio*** e **il processo penale deve anzitutto essere connotato da una funzione rieducativa e di aiuto sociale della persona**"».

[47] A questo proposito, *ex multis*, oltre a C. cost., 12.7.2022 n. 174, cit., § 3.3 *Considerato in diritto*, si vedano anche C. cost., 31.7.2020 n. 192, in *www.cortecostituzionale.it*, § 6 *Considerato in diritto*, con un commento di E. Aprile, *Osservazioni a Corte cost. n. 192 del 2020*, in *CP* 2020, 4563 e A. Cabiale, *Due pesi e due misure: la riqualificazione del fatto contestato non consente la rimessione in termini per chiedere l'oblazione*, in *GCos* 2020, 2097; C. cost., 14.2.2020 n. 19, in *www.cortecostituzionale.it*, § 2.2 *Considerato in diritto*, annotata da C. Cesari, *Un altro tassello nel mosaico degli avvisi sulla messa alla prova: il decreto che dispone il giudizio immediato*, in *GCos* 2020, 184 e N. Pascucci, *Il decreto di giudizio immediato deve includere l'avvertimento della facoltà di chiedere la messa alla prova. Una prevedibile pronuncia di illegittimità costituzionale*, in *RIDPP* 2020, 1127; C. cost., 11.2.2020 n. 14, in *www.cortecostituzionale.it*, § 2.1 *Considerato in diritto*, con nota di A. Tassi, *Riti premiali e fatto diverso contestato in dibattimento: l'imputato può chiedere anche la "messa alla prova"*, in *RIDPP* 2020, 1113; C. cost., 29.5.2019 n. 131, in *www.cortecostituzionale.it*, § 4.2 *Considerato in diritto*, su cui v. A. Capone, *"Derubricazione" del reato e richiesta di messa alla prova*, in *GCos* 2019, 1534.

circostanze casuali, sulle quali l'imputato non può in alcun modo influire»[48]. Ciò che si verificherebbe se si ammettesse alla fruizione della messa alla prova solo il soggetto cui più reati legati dal vincolo della continuazione fossero contestati nel medesimo procedimento e non, invece, in più procedimenti parcellizzati.

Non solo: l'istituto in esame suscita oggi un rinnovato interesse a seguito della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, lo scorso 17 ottobre, del d.lgs. 10.10.2022 n. 150, che dà attuazione alla l. 27.9.2021 n. 134[49].

È noto che, tra i criteri direttivi che avrebbero dovuto guidare il Governo nell'adozione dei decreti legislativi recanti modifiche al codice di rito, era in principio contemplata l'estensione dell'ambito operativo dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato e, segnatamente, l'innalzamento della soglia di accesso a taluni reati puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni[50]. Il Parlamento non ha, pertanto, *sic et simpliciter* inteso modificare in aumento da quattro a sei anni il limite stabilito in generale dall'art. 168-*bis* co. 1 Cp[51]. Al contrario, l'attuazione del menzionato criterio di delega viene realizzata coordinando gli interventi relativi agli artt. 168-*bis* Cp e 550 co. 2 Cpp: in particolare, con l'estensione del catalogo delle fattispecie per cui si procede con citazione diretta a giudizio, s'includono nell'ambito di applicazione della norma da ultimo citata «reati che, oltre a non presentare particolari difficoltà di accertamento, si prestano a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore», compatibili con l'istituto della messa alla prova[52]. Il risultato, comunque, non cambia: il rito speciale in argomento è oggi effettivamente fruibile da una più ampia platea di interessati. Il che rappresenta, ad avviso di chi scrive, un punto a favore della riforma, se sol si considera l'intento che aveva animato il legislatore della l. 134/2021: da un lato, in una prospettiva di deflazione processuale e penitenziaria, si voleva «valorizzare ulteriormente la "misura di comunità" – alternativa al processo penale e alla pena – che oggi vanta il maggior numero di applicazioni»; dall'altro, si mirava «ad ampliare […] la possibilità di accesso all'istituto che oggi, nel sistema, più valorizza strumenti e logiche riconducibili alla giustizia riparativa»[53].

Si rinviene, poi, nel codice, a seguito della novella, l'espressa positivizzazione della possibilità, da parte del pubblico ministero, di proporre la sospensione del procedimento con messa alla prova. Resta ferma, insomma, la discrezionalità dell'imputato nel richiedere l'accesso al rito speciale *de quo*, ma

---

[48] C. cost., 12.7.2022 n. 174, cit., § 3.3 *Considerato in diritto*.

[49] Come noto, tuttavia, l'art. 6 d.l. 31.10.2022 n. 162, conv. in l. dalla l. 30.12.2022 n. 199, ha modificato il testo del d.lgs. 150/2022, inserendovi un nuovo art. 99-*bis* e differendo al 30.12.2022 la sua entrata in vigore. Si esprimono criticamente sul punto G.L. Gatta, *Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa?*, in *SP*, 31.10.2022; P. Grillo, *Il rinvio dell'entrata in vigore della riforma Cartabia è incostituzionale?*, in *D&G*, 16.11.2022; S. Quattrocolo, *Perché il differimento dell'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 è una sconfitta per la giustizia penale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2.11.2022. Per un elenco delle disposizioni transitorie del d.lgs. 150/2022, si veda, invece, G.L. Gatta, *Giustizia penale: in vigore la riforma Cartabia. Il testo delle norme transitorie modificate dalla l. n. 199/2022 in sede di conversione del d.l. n. 162/2022*, in *SP*, 30.12.2022.

[50] In questo senso l'art. 1 co. 22 lett. *a* l. 134/2021, ove si caldeggiava, appunto, l'estensione dell'ambito di applicabilità del rito speciale in argomento, oltre ai casi di cui all'art. 550 co. 2 Cpp, «a ulteriori specifici reati, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto».

[51] Così la *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150: «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari»*, in *Supplemento straordinario n. 5* alla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19.10.2022 – Serie generale, 471.

[52] *Ibidem.*

[53] Si veda sul punto la *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435* del 24.5.2021 della Commissione di studio nominata dall'allora Ministra della Giustizia, Marta Cartabia, per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, in *www.lalegislazionepenale.eu*, Forum sulla proposta di riforma della giustizia penale (Commissione Lattanzi), 70. Analogamente, a proposito delle potenzialità deflattive dell'istituto, v. anche la *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 469 ss.

si ammette che, come spesso avvenuto nella prassi, a "suggerire" al primo di vagliare la percorribilità di detta alternativa modalità di definizione del processo sia proprio il magistrato titolare del fascicolo. Orbene, all'indomani dell'avvio di quella che, non a caso, in molti hanno definito come «la più articolata riforma del sistema processuale penale dopo l'entrata in vigore del codice del 1988»[54], non resta che vedere come le modifiche apportate al codice di rito impatteranno sul processo complessivamente inteso, anche in termini di maggiore appetibilità del rito alternativo della sospensione del procedimento con messa alla prova.

[54] In questo senso S. Quattrocolo, *Perché il differimento dell'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 è una sconfitta per la giustizia penale*, cit., 1 e, *variatis variandis*, G.L. Gatta, *Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa?*, cit.; P. Grillo, *Il rinvio dell'entrata in vigore della riforma Cartabia è incostituzionale?*, cit.

LA RIFORMA DEL SISTEMA SANZIONATORIO PENALE: UNO SGUARDO D'INSIEME

di Giancarlo de Vero
(Professore emerito di diritto penale, Università di Messina)

Sullo sfondo delle esigenze di semplificazione processuale imposte dal *recovery fund* di matrice europea, la riforma "Cartabia" realizza una notevole ristrutturazione delle misure alternative alla detenzione e della pena pecuniaria principale: le prime vengono anticipate nella fase di cognizione; l'esecuzione dell'altra viene integralmente restituita al circuito processualpenalistico. La complessiva disciplina va ancora perfezionata e rimane sullo sfondo l'esigenza ormai ineludibile di assumere le sanzioni paradetentive nel novero delle pene edittali.
In accordance with the objectives outlined in the European recovery fund, which calls for simplification of regulation related to criminal procedure, Law no. 134/2021 and the following Legislative Decree no. 150/2022 carried out a remarkable reform of both alternative sanctions and fine. On the one hand, alternative sanctions are brought forward to the sentencing; on the other hand, the enforcement of the fine is fully set in the criminal trial. Both rules need further improvement; it is also necessary to include home detention among the principal penalties.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'anticipazione in sede di cognizione delle misure alternative alla detenzione. – 3. *Segue*: la strutturazione del relativo potere discrezionale del giudice. – 4. La permanente esigenza di assunzione della detenzione non carceraria tra le pene principali. – 5. L'ingresso del lavoro di pubblica utilità tra le pene sostitutive. – 6. La risoluta riforma della pena pecuniaria. – 7. Gli istituti di più diretta incidenza sulla deflazione processuale e i punti di contatto con la giustizia riparativa.

1. La riforma del sistema sanzionatorio penale risultante dalle varie articolazioni del d.lgs. 10.10.2022 n. 150 offre preliminari spunti di interesse al lettore consapevole dei tratti essenziali che hanno caratterizzato la genesi del provvedimento. Avviata, come è ben noto, per fornire risposte adeguate alle pressanti istanze di recupero di efficienza del processo penale promosse dal *recovery plan* di matrice europea, la vicenda legislativa avrebbe potuto esaurirsi nell'ambito di interventi rivolti a realizzare una robusta deflazione processuale. Al più, poteva estendersi al potenziamento di quegli istituti del diritto penale sostanziale per così dire di confine, in quanto dotati di più o meno diretta incidenza sul processo penale: la condizione di procedibilità della querela, la sospensione del procedimento con messa alla prova nella sua doppia veste di rito speciale e di causa estintiva, la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto. Questi ambiti di disciplina occupano un posto di indubbio rilievo all'interno del d.lgs. 150/2022; ma appare per converso di piena evidenza, a parte la posizione eminente acquisita dalla giustizia riparativa, il ruolo centrale riconosciuto nel provvedimento alle pene sostitutive e alla pena pecuniaria principale, di per sé componenti essenziali del sistema sanzionatorio in senso stretto seppure non scevre di riflessi su istituti prettamente processuali quali i riti speciali[1] e le impugnazioni[2].

[1] Per un puntuale esame delle interrelazioni riscontrabili nella riforma Cartabia tra riti speciali e rinnovati modelli sanzionatori v. G. Varraso, *La legge "Cartabia" e l'apporto dei procedimenti speciali al recupero dell'efficienza processuale*, in *www.sistemapenale.it* 2022, 40 ss. Conviene peraltro sottolineare l'apprezzabile contenimento da parte del legislatore delle pressanti esigenze di deflazione processuale, manifestato con il non dar seguito alla proposta avanzata dalla Commissione Lattanzi di subordinare l'accesso alle pene sostitutive alla scelta dell'imputato in favore del patteggiamento o del decreto penale di condanna.

[2] Alludo alle novità che prevedono l'inappellabilità delle sentenze di non luogo a procedere e di proscioglimento relative, ai sensi degli artt. 428 co. 3-*quater* e 593 co. 3 Cpp, non solo alle contravvenzioni ma a tutti i reati puniti con la sola pena

Questa dilatazione della contingente occasione di riforma era a ben vedere già presente *in nuce* all'avvio dei lavori preparatori. Nel mandato conferito dalla Ministra Cartabia alla Commissione istituita con decreto del 24 marzo 2021 e presieduta da Giorgio Lattanzi, l'elaborazione di proposte innovative veniva espressamente collegata a «opportuni interventi a carattere deflativo, di natura processuale e sostanziale, che si inseriscano, mediante correttivi e integrazioni, nel contesto di riforma del sistema sanzionatorio penale realizzato nell'ultimo decennio»[3]. Tale ultima indicazione, chiaramente riferibile all'avvio della XVII Legislatura, ben poteva suggerire o comunque non escludere un supplemento di iniziativa da parte della Commissione volto a recuperare in chiave propositiva ambiti del diritto penale sostanziale in quella stagione rimasti negletti o solo superficialmente toccati, quali l'ampliamento del catalogo delle pene edittali[4] o una riforma organica della sospensione condizionale della pena[5].
Ma al di là degli istituti sopra richiamati, questa opportunità non ha trovato altro seguito e i piani di intervento della successiva legge delega e del decreto legislativo sono rimasti predeterminati nei termini oggi osservabili. Eppure, pressoché in coincidenza con i lavori della Commissione Lattanzi aveva avuto luogo un'approfondita e articolata ricerca ad opera della comunità degli studiosi raccolti nell'Associazione italiana dei professori di diritto penale, tesa ad esplorare ulteriori interventi riformatori[6] e a ricondurre a "sistema" quell'insieme di discipline delle conseguenze sanzionatorie del reato cui compete in atto la più modesta qualifica di "comparto"[7].
Al di là delle luci e delle ombre che contrassegnino il decreto in esame, è dunque importante ribadire come il contesto di una soddisfacente politica legislativa rivolta al complessivo apparato sanzionatorio penale non può considerarsi esaurito dalle pur consistenti innovazioni oggi apportate. Ed è anche in questa prospettiva che saranno declinate le osservazioni che seguono.

2. La prima impressione suscitata dalla nuova disciplina di sostituzione della detenzione c.d. "breve"[8] riguarda il cambio di denominazione delle "sanzioni" in "pene" operato nella rubrica del Capo III della l. 24.11.1981 n. 689. Certo, potrebbe affermarsi che si tratti di un profilo puramente nominalistico, posto peraltro che in varie disposizioni rinvenibili nella normativa originaria era già presente la nuova designazione[9]. Eppure ulteriori riscontri sembrano accreditare l'idea che il

pecuniaria, così come delle sentenze di condanna, qualora sia stata applicata la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità: v. ancora l'art. 593 co. 3 Cpp.

[3] Passo citato dalla *Commissione Lattanzi*, in *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, in *www.sistemapenale.it*, 25.5.2021, 4.

[4] Come è noto, la coraggiosa delega in materia di reclusione e arresto domiciliari quali pene principali, di cui all'art. 1 l. 28.4.2014 n. 67, non ebbe seguito nei decreti delegati successivamente emanati.

[5] L'art. 2 l. 27.5.2015 n. 69 si limitò ad inserire l'attuale quarto comma dell'art. 165 Cp, che avviò un processo di inasprimento degli obblighi, cui condizionare la concessione del beneficio, sviluppato più di recente dalle disposizioni modificatrici e aggiuntive contenute nella l. 9.7.2019 n. 3.

[6] Salvi i successivi puntuali richiami, si rinvia, per una considerazione d'insieme, ai contributi riportati in *RIDPP* 2022, 199 ss.

[7] Suggerisce tale denominazione F. Palazzo, *Uscire dal disordine sanzionatorio*, in *RIDPP* 2022, 465 ss.

[8] La riserva è d'obbligo, se solo si considera l'ampio spazio di pena inflitta in concreto dal giudice (quattro anni) quale presupposto della concessione della semilibertà e della detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 53 co. 1 l. 689/1981. Tale scelta, nel perseguire generali istanze di deflazione carceraria (si pensi che al 31 dicembre 2021 i condannati a pena detentiva compresa tra i due e i quattro anni, allora non sostituibile, rappresentavano il 70% del numero complessivo di condannati alla detenzione entro tale limite massimo), ha inteso ovviare alla scarsissima fortuna goduta nella prassi giudiziaria dalle sanzioni sostitutive: la previgente coincidenza – due anni di pena inflitta – con l'ambito di applicazione previsto per la sospensione condizionale della pena rendeva molto più appetibile quest'ultimo beneficio rispetto alla semidetenzione, specie in sede di patteggiamento (cfr., anche per il dato statistico sopra segnalato, *Relazione illustrativa del d.lgs. di attuazione della l. 27 settembre 2021 n. 134*, in G.U. Serie generale n. 245, 19.10.2022, Suppl. Straord. n. 5, 185 ss.).

[9] In particolare, nelle rubriche dei previgenti artt. 57, 59, 61, 70, 71 e 72 l. 689/1981. Per il lavoro di pubblica utilità è stata semplicemente ribadita la denominazione di pena già presente nel sistema dei reati di competenza del giudice di pace ai sensi dell'art. 52 co. 2 d.lgs. 28.11.2000 n. 274.

legislatore abbia inteso sottolineare la componente afflittiva che comunque caratterizza, con diversa gradazione, le sanzioni paradetentive, la pena pecuniaria e lo stesso lavoro di pubblica utilità[10].
Assume a riguardo rilievo l'art. 20-*bis* Cp, che si preoccupa di collocare le pene sostitutive nella sede codicistica, in stretta contiguità con le pene principali e accessorie; tale novità può peraltro accogliersi come viatico per una politica legislativa che non rinunci definitivamente a promuovere al superiore livello edittale almeno taluna delle odierne pene sostitutive[11]. Significativa è poi l'introduzione della detenzione domiciliare al posto della libertà controllata: la carica afflittiva di per sé inerente alla prima sanzione risulta ampiamente dal confronto con i meri obblighi positivi e di astensione in cui si risolveva la seconda ai sensi del previgente art. 56 l. 689/1981[12].
Ma, al di là di queste innovazioni terminologiche e non, il genuino intento della complessiva riforma delle pene sostitutive va piuttosto ravvisato nella risoluta anticipazione delle misure alternative alla detenzione carceraria, con esclusione dell'affidamento in prova, dal giudizio di esecuzione a quello di cognizione, anche a costo di qualche imprecisione di lessico giuridico[13].
Come risulta ampiamente dai lavori preparatori[14] – e come evidenzia in particolare l'equiparazione del limite di concessione della detenzione domiciliare nell'una e nell'altra sede ai quattro anni di pena detentiva inflitta – obiettivo principale del legislatore, corrispondente alle preoccupazioni già largamente diffuse in dottrina, è stato quello di una sostanziale neutralizzazione della prassi degenerativa della riforma del 1986, volta a consentire – attraverso la disciplina di cui all'art. 656 co. 5 Cpp – l'accesso alle misure alternative in condizioni di libertà del condannato, senza alcun passaggio in carcere. I notevoli ritardi accumulati dalle relative procedure presso la magistratura di sorveglianza hanno determinato il ben noto fenomeno dei c.d. "liberi sospesi": la prolungata permanenza cioè, di quanti avessero fatto istanza di concessione di una delle misure a seguito della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, in una sorta di limbo caratterizzato dal mancato tempestivo avvio di percorsi rieducativi e aggravato dall'incertezza dei condannati circa l'esito della richiesta e quindi sulle prospettive del proprio futuro prossimo.
Se plausibile è apparso l'obiettivo di contenere i gravi inconvenienti generatisi nella prassi della concessione *ab initio* delle misure alternative, ha sollevato tuttavia notevoli perplessità, già in sede di commento delle disposizioni della legge delega, sia la mancata assunzione dell'affidamento in prova al servizio sociale nel catalogo delle pene sostitutive[15], sia l'assenza di raccordi tra le discipline della semilibertà e della detenzione domiciliare nelle rispettive sedi di cognizione e di esecuzione[16].

[10] Questa componente afflittiva viene peraltro bilanciata dall'assunzione della veste di pene-programma da parte delle sanzioni paradetentive, in vista di precisi percorsi rieducativi che rivitalizzino, ai sensi dei rinnovati artt. 55 e 56 l. 689/1981, il mero corredo di divieti e misure cautelative originariamente previsti.
[11] *Infra*, n. 4.
[12] Pure significativa del permanente, se non più oneroso carattere "punitivo" delle sanzioni sostitutive è la nuova disciplina della revoca delle stesse per mancata osservanza delle prescrizioni. L'art. 66 l. 689/1981 conferma in tal caso la conversione nella pena detentiva sostituita, pur fornendo al giudice l'alternativa di conversione in altra pena sostitutiva più grave, chiaramente non percorribile se la sostituzione è già avvenuta con la semilibertà. E l'art. 71 co. 2, nel disciplinare *ex novo* in particolare la revoca della pena pecuniaria sostitutiva, ne dispone la conversione nelle pene paradetentive già a fronte di semplice insolvenza e più severamente che nei casi di insolvibilità, in coerenza con la rigorosa opzione legislativa operata a proposito della conversione della pena pecuniaria principale (*infra*, n. 5).
[13] In sede di giudizio di cognizione, che presuppone lo stato di libertà dell'imputato, sarebbe più appropriato parlare di semidetenzione, secondo il lessico precedentemente utilizzato; mentre la semilibertà dovrebbe indicare più precisamente la limitazione della permanenza in carcere di chi già vi si trovi, anche se tale corrispondenza era già stata alterata dall'introduzione del meccanismo applicativo di cui all'art. 656 co. 5 Cpp.
[14] V. *Relazione illustrativa*, cit., 186 e 246.
[15] Cfr., con varietà di accenti, E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 2.9.2021, n. 3; A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in AA.VV., *Verso la riforma del sistema sanzionatorio*, a cura di R. Bartoli e R. Guerrini, Napoli 2022, 41; G. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *www.sistemapenale.it*, 15.10.2021, 17. Va peraltro ricordato come su questo punto di disciplina la legge delega si sia discostata dalle proposte della Commissione Lattanzi, che aveva inserito a pieno titolo l'affidamento in prova nel catalogo delle pene sostitutive.
[16] Tra gli altri, F. Palazzo, *Le linee portanti della riforma Cartabia*, in AA.VV., *Verso la riforma del sistema sanzionatorio*, cit., 21 s.

Sotto il primo profilo appare piuttosto sfuggente la spiegazione fornita in sede di illustrazione del decreto legislativo. In sostanza ci si trincera dietro alla constatazione che la legge delega non consentiva un complessivo intervento volto a razionalizzare la disciplina delle misure alternative alla detenzione; e si auspica che il compimento della riforma, attraverso l'assunzione anche dell'affidamento in prova tra le competenze del giudice di cognizione, avvenga attraverso un futuro impegno del Parlamento[17]. Ma l'argomento prova troppo, poiché avrebbe dovuto indurre i compilatori ad escludere dal novero delle pene sostitutive non detentive lo stesso lavoro di pubblica utilità, misura largamente assimilabile all'affidamento in prova in forza della scarsa componente afflittiva e dell'accentuata caratterizzazione in chiave rieducativa.
Appare invece plausibile la rivendicazione della disciplina di cui al nuovo art. 47 co. 3-*ter* l. 26.7.1975 n. 354, che ammette la concessione dell'affidamento in prova al condannato che abbia espiato almeno metà della pena sostitutiva paradetentiva, quando il comportamento tenuto segnala il provvedimento come più idoneo per la sua rieducazione e in grado comunque di assicurare la prevenzione del pericolo di recidiva. Tali disposizioni realizzano un'opportuna adesione al modello del trattamento progressivo. Ma la ragione fondamentale della loro introduzione viene ravvisata nella necessità di evitare una grave disparità di trattamento che si sarebbe creata, in caso di totale esclusione dell'affidamento in prova dalla costellazione delle pene sostitutive, tra condannati che avessero usufruito o meno delle stesse. I primi non avrebbero avuto alcuna opportunità di ammissione all'affidamento in prova ai sensi dell'art. 656 co. 5 Cpp; i secondi avrebbero potuto di contro godere della misura alternativa fin dall'inizio della fase esecutiva nonostante fosse stati ritenuti non meritevoli della pena sostitutiva.
Questi ultimi rilievi introducono il secondo e particolarmente fondato ordine di perplessità prospettate in dottrina a fronte del complessivo nuovo assetto delle pene sostitutive, inerente alla scarsa chiarezza, se non ad una sorta di sovrapposizione funzionale, riscontrabile nel rapporto con le corrispondenti misure alternative applicabili dal tribunale di sorveglianza *ab initio*[18]. La legge, e di conseguenza il decreto legislativo, aveva escluso dalla delega al Governo interventi sulle misure alternative *in executivis*, meno che mai un'eventuale abrogazione dell'art. 656 co. 5 Cpp: si profilano dunque varie incongruenze derivanti dalla compresenza dei due complessi normativi.
Tali criticità non riguardano tanto il caso di avvenuta applicazione delle pene sostitutive. Quest'ipotesi trova soddisfacente soluzione nel combinato disposto degli artt. 62 e 63 con l'art. 67 l. 689/1981. Dalle due prime norme si evince come la condanna irrevocabile a pena sostitutiva sia immediatamente esecutiva, con pronto coinvolgimento del magistrato di sorveglianza o dell'organo di polizia ed esclusione quindi della possibilità di accesso alla procedura di cui all'art. 656 co. 5 Cpp; la terza disposizione ribadisce espressamente, con l'eccezione sopra rilevata a proposito dell'affidamento in prova, l'inapplicabilità delle misure alternative alla detenzione al condannato in espiazione delle pene sostitutive. Sono piuttosto i casi di mancata applicazione di queste, vuoi per mancata richiesta da parte dell'imputato, vuoi per il diniego da parte del giudice di cognizione, a suscitare perplessità.
Sotto il primo aspetto, è fondato il timore che il condannato non abbia un particolare interesse a usufruire delle pene sostitutive, per non precludersi l'opportunità di ottenere, in stato di libertà ai sensi dell'art. 656 co. 5 Cpp, quell'affidamento in prova di cui potrebbe beneficiare in fase di espiazione delle pene paradetentive solo alle già richiamate condizioni fissate dall'art. 47 co. 3-*ter* l. 26.7.1975 n. 354[19].
Sotto l'altro profilo, si pone la questione se il tribunale di sorveglianza possa concedere al condannato, sempre *ab initio*, le misure della semilibertà e della detenzione domiciliare che gli siano state rifiutate nel dispositivo della condanna. L'attuale assetto normativo non esclude questa

[17] V. *Relazione illustrativa*, cit., 255.
[18] A. Gargani, *op. cit.*, 28 s.
[19] Cfr. F. Palazzo, *Le linee portanti*, cit., 22. Naturalmente l'osservazione non riguarda i casi di condanna al differenziale di pena detentiva compreso tra i tre anni compatibili con l'affidamento in prova ai sensi dell'art. 47 co. 1 l. 26.7.1975 n. 354 e i quattro anni della soglia prevista per la semilibertà e la detenzione domiciliare dall'art. 53 l. 689/1981.

eventualità[20], foriera purtroppo di sensibili inconvenienti. Il giudice dell'esecuzione potrebbe in sostanza, a breve distanza dall'intervenuta condanna alla pena detentiva e quindi disponendo dello stesso corredo di informazioni già valutato dal giudice di cognizione, ribaltare la decisione negativa di quest'ultimo e concedere le corrispondenti misure. Né si tratta solo di una questione di prossimità cronologica: anche se il nuovo provvedimento intervenisse, come purtroppo accade nella prassi vigente, molto tempo dopo l'ordine di sospensione della condanna, ugualmente non sarebbero disponibili nuovi elementi che possano consigliare e giustificare una contraria valutazione favorevole al reo, posto che la condizione di "libero sospeso" resta aliena dall'avvio di percorsi di osservazione e rieducativi[21].
Insomma, la permanenza della procedura di concessione delle misure alternative fin dall'inizio della fase di esecuzione della pena detentiva rischia di esaltare quel sovradimensionamento del potere discrezionale del giudice denunciato in dottrina già rispetto alla disciplina di per sé delle pene sostitutive[22]. Si delinea così una nuova complessiva proposta di (ulteriore) riforma del sistema: in direzione discendente verso la fase esecutiva, nel senso dell'abrogazione della procedura *ex* art. 656 co. 5 Cpp, restando salva l'ordinaria applicazione delle misure alternative ai condannati in corso di espiazione della pena detentiva e raccomandandosi la riassunzione nel catalogo delle pene sostitutive dell'affidamento in prova al servizio sociale[23]; in direzione ascendente verso la comminatoria legale, nella quale le pene paradetentive dovrebbero finalmente trovare collocazione e dignità edittale, a conclusione della "lunga marcia" iniziata nella veste di misure alternative a partire dall'originaria riforma dell'ordinamento penitenziario[24].

3. Approfondiamo distintamente le questioni in ultimo poste.
Una valutazione critica del potere discrezionale conferito al giudice di cognizione, nell'inedita procedura di commisurazione in senso lato successiva alla determinazione dell'ammontare concreto della pena detentiva inflitta[25], non può disconoscere in via di principio che il legislatore abbia prodotto uno sforzo significativo di disciplina.
L'art. 58 l. 689/1981 distingue oggi due fasi della complessiva operazione orientata verso la concessione della pena sostitutiva. La prima – ribadito preliminarmente il rilievo dei criteri di cui all'art. 133 c.p. e la priorità dell'eventuale scelta in favore della sospensione condizionale della pena – è diretta a verificare se l'applicazione di una qualche pena sostitutiva risulti più idonea, rispetto alla pena detentiva già inflitta, alla rieducazione del condannato e se assicuri comunque la prevenzione del pericolo di recidiva anche con «opportune prescrizioni», il cui prevedibile inadempimento osta senz'altro alla sostituzione. Il secondo momento del giudizio discrezionale è rivolto alla precisa individuazione del tipo di pena sostitutiva, quando l'ammontare di pena detentiva irrogata risulti compatibile con una pluralità delle relative specie in considerazione delle soglie fissate dall'art. 53 l.

[20] Cfr. G. Lattanzi, *A margine della "Riforma Cartabia"*, in *RIDPP* 2022, 437.
[21] Unica novità ad animare questo limbo è la possibilità oggi riconosciuta al condannato di accedere ai programmi di giustizia riparativa, della quale deve essere avvisato dal pubblico ministero insieme alla notifica dell'ordine di sospensione dell'esecuzione della condanna (art. 656 co. 5 Cpp).
[22] F. Palazzo, *Uscire dal disordine sanzionatorio*, cit., 469. Esprime apprezzamento per l'impegno valutativo richiesto al giudice di cognizione, non disgiunto tuttavia dal rilievo che il criterio delle «opportune prescrizioni» dirette a contenere il pericolo di recidiva (*infra*, n. 3) avrebbe meritato una più precisa determinazione legislativa, G. De Francesco, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23.8.2021, 4 ss. e 9.
[23] A. Gargani, *op. cit*., 39 ss. L'abrogazione dell'art. 656 co. 5 C.p.p. gioverebbe altresì ad evitare il disinteresse dei condannati verso le sanzioni sostitutive paradentive indotto dalla prospettiva di ottenere in stato di libertà quell'affidamento in prova al servizio sociale consentito dall'art. 47 co. 3-*ter* l. 354/1975 solo in corso di espiazione delle prime (cfr. *supra*, nel testo e in nota 19).
[24] Per un più ampio quadro di pene edittali suscettibili di porsi in alternativa alla detenzione carceraria v. F. Palazzo, *Quale futuro per le pene alternative?*, in *RIDPP* 2019, 539 ss.
[25] Va subito osservato come la nuova disciplina processuale sottolinea efficacemente la distinzione del momento in cui viene individuata nella lettura del dispositivo l'entità della pena detentiva inflitta da quello in cui, a seguito della successiva udienza di *sentencing*, lo stesso dispositivo viene integrato con l'indicazione della pena sostitutiva e delle corrispondenti prescrizioni (art. 545-*bis* co. 1 e 3 Cpp, su cui v. meglio *infra* nel testo).

689/1981 per ciascuna di esse. Di nuovo risulterà determinante la maggiore idoneità alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato, coniugata questa volta con il minor sacrificio della libertà personale; viene infine espressamente ribadito l'onere per il giudice di indicare i motivi che giustificano le decisioni in tal modo assunte.
Tali criteri sono stati ritenuti «non sufficientemente stringenti»[26] e si espongono invero a taluni rilievi critici. Con riguardo all'*an* della sostituzione, che questa debba preferirsi quando risulti più idonea alla rieducazione del condannato sembra affermazione superflua, potendosi dare per scontato che qualsiasi sanzione alternativa alla pena carceraria sia più congruente con tale obiettivo, in quanto riduce notevolmente il rischio di desocializzazione. Il legislatore avrebbe fatto dunque meglio a concentrarsi sul criterio della prevenzione del pericolo di recidiva, che, se non attuabile neanche con le «opportune prescrizioni»[27], vale ad invertire il favore di principio verso la sostituzione della pena detentiva. Con riferimento poi al *quomodo*, è di nuovo ridondante il riferimento all'idoneità della sanzione prescelta rispetto al reinserimento sociale del condannato, che appare già largamente presidiato dal concomitante criterio del minor sacrificio della libertà personale. Che sia quest'ultimo a segnalare l'autentico orientamento del legislatore risulta del resto avvalorato dalla disciplina del terzo comma dell'art. 58 l. 689/1981, laddove si impone al giudice di chiarire «le specifiche ragioni» che lo abbiano indotto ad applicare la pena paradetentiva al posto del lavoro di pubblica utilità o della pena pecuniaria.
Significativa appare piuttosto la modulazione del già accennato rapporto prioritario instaurato tra sospensione e sostituzione della pena detentiva: se correttamente intesa e implementata dal giudice di cognizione, essa dovrebbe promuovere un'inaspettata rivalutazione di quella prognosi di non recidiva sottesa al primo istituto eppure sistematicamente ignorata nella prassi giudiziale, che spesso non le riserva neanche la "formuletta pigra" con cui nei dispositivi delle sentenze di condanna si richiamano genericamente i criteri di cui all'art. 133 Cp. Proprio il riferimento dell'art. 58 co. 1 l. 689/1981 alla permanente esigenza di prevenire la commissione di altri reati lascia intendere come il campo di applicazione delle pene sostitutive resti compatibile con una sorta di residuo di pericolosità del condannato, tanto da richiedere precise prescrizioni in tal senso[28]. Ciò significa che l'eventuale opzione per la sospensione condizionale della pena dovrebbe non limitarsi, come accade pressoché costantemente nella prassi, alla sola verifica dei presupposti positivi e negativi fissati in astratto dalle legge, ma rispecchiare realmente un qualche ragionevole convincimento del giudice in ordine quanto meno all'improbabilità di una recidiva da parte del condannato in carne ed ossa; in mancanza, resterà sempre possibile il ricorso sussidiario alla sostituzione della detenzione, orientata appunto al contenimento del residuale pericolo attraverso le opportune prescrizioni sopra richiamate. Una tale corretta integrazione degli istituti della sospensione condizionale e della sostituzione, in quanto sgrava la prima dell'esclusiva responsabilità di evitare l'applicazione di pene detentive (ormai cosiddette) brevi, dovrebbe insomma contribuire a emanciparla dal poco esaltante ruolo di beneficio clemenziale e stabilire una plausibile gradazione con la seconda nel comune obiettivo di contenere l'invadenza della pena carceraria[29].
Ancora più interessante si presenta la disciplina processuale dell'istituto ora in esame. Il nuovo art. 545-*bis* Cpp ammette la possibilità che il giudice decida immediatamente sulla concessione della pena sostitutiva, dopo il corrispondente avviso fornito alle parti in prosecuzione della lettura del dispositivo di condanna e una volta acquisito il consenso dell'imputato alla sostituzione della pena detentiva con pena diversa da quella pecuniaria[30]. Ma questa eventualità assume una valenza se non

[26] F. Palazzo, *Uscire dal disordine sanzionatorio*, loc. cit.
[27] Cfr. *supra*, nota 22.
[28] Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., 237.
[29] Un'ulteriore rivalutazione del ruolo della sospensione condizionale della pena risulta espressamente dall'art. 61-*bis* l. 689/1981, che esclude l'applicazione dell'istituto alle nuove pene sostitutive accogliendo le riserve manifestate dalla dottrina nei confronti dell'opposta disciplina incidentalmente evocata dal previgente art. 57.
[30] La novità dell'estensione del necessario consenso dell'imputato dalla tradizionale applicazione al lavoro di pubblica utilità all'insieme delle pene sostitutive, con l'eccezione di quella pecuniaria, può invero suscitare qualche riserva

eccezionale quanto meno inusuale, a fronte del notevole rilievo attribuito in alternativa all'apposita udienza, da fissare entro sessanta giorni, in cui sarà deciso se applicare la (e quale) pena sostitutiva. Tale distinta e successiva fase di *sentencing* dovrebbe promuovere una più meditata valutazione da parte del giudice, all'altezza dei criteri consegnatigli dalla legge. D'altro canto è in questo momento che possono subentrare gli ausili forniti dall'intervento dell'ufficio di esecuzione penale esterna e, se del caso, della polizia giudiziaria, in ordine all'acquisizione di tutte le informazioni necessarie alla ricostruzione delle condizioni di vita dell'imputato e alla delineazione del programma di trattamento richiesto per la concessione della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità. Soltanto il ricorso da parte del giudice a questa più complessa e adeguata procedura può rendere ragione all'intento sbandierato dalla riforma di realizzare un'autentica anticipazione in sede di cognizione di quanto si è sinora sviluppato in termini di misure alternative alla detenzione in sede esecutiva.

A fronte di tale articolato quadro dell'esercizio del potere discrezionale, e salvi taluni dubbi sulla reciproca compatibilità di taluni dei relativi criteri già a livello di previsione legale[31], vanno condivise le preoccupazioni avanzate circa possibili distorsioni da parte del giudice di cognizione? Il rischio sembra invece un altro. Posta la diffusa tendenza dei magistrati ad una sorta di fuga dalla responsabilità di gestire con piena consapevolezza i vari istituti strutturati in chiave discrezionale, è piuttosto preconizzabile, ancora una volta, un appiattimento delle relative decisioni sul riscontro dei meri presupposti generali oggettivi e soggettivi della concessione delle pene sostitutive, al di fuori di un effettivo approfondimento delle ulteriori e decisive ragioni pertinenti alle condizioni e alle prospettive comportamentali dei singoli condannati. Né mi stupirei se, con riguardo alle pene detentive inflitte nel limite dei due anni, si perpetuasse nella prassi quella prepotente concorrenza della sospensione condizionale della pena che ha già notevolmente ridimensionato il ruolo delle sanzioni sostitutive[32]; mentre, con riferimento all'ulteriore segmento della sostituzione della pena detentiva fino ai quattro anni, potrebbe riprodursi la stessa tendenza clemenziale che da sempre caratterizza il primo istituto.

In breve, non è tanto una sorta di complessiva inaccettabilità dell'espansione del potere discrezionale del giudice a raccomandare *de jure condendo* l'ulteriore progressione al livello edittale almeno di talune delle pene non carcerarie, quanto piuttosto le valide ragioni che, da tempo più risalente rispetto all'attualità dell'odierna riforma, militano in questa direzione[33].

4. È ben noto come le radicate riserve di solito riscontrabili nel contesto sociale – e generosamente accolte se non enfatizzate in sede politico-legislativa – in ordine a una riduzione delle pene carcerarie abbiano ostacolato quell'introduzione della detenzione domiciliare che sembrava ormai a portata di mano dopo l'emanazione della legge delega del 2014.

Si rende necessario a questo proposito un rinnovato impegno da parte degli studiosi diretto a promuovere una sorta di rivoluzione culturale. Occorre ribaltare la comune rappresentazione del rapporto da instaurare in termini politico-criminali tra pena carceraria e altre sanzioni restrittive della libertà personale e, al tempo stesso, spiegare in maniera più convincente la ragione e i limiti entro i quali non è possibile rinunciare alla prima in presenza dei reati più gravi. Anche quando si è

(diffusamente in tal senso T. Travaglia Cicirello, *La riforma delle sanzioni sostitutive e le potenzialità attuabili del lavoro di pubblica utilità*, in www.lalegislazionepenale.eu, 21.9.2022, 12 ss.). La *Relazione illustrativa*, cit., 248 spiega come l'intervento si sia reso necessario dal momento che l'applicazione delle pene sostitutive impedisce, a differenza di quanto avviene ai sensi dell'art. 656 co. 5 Cpp nella condizione di libertà del condannato, il ricorso all'affidamento in prova al servizio sociale, se non nello stato avanzato di espiazione previsto dall'art. 47 co. 3-*ter* l. 354/1975 (cfr. *supra*, nel testo): solo l'esplicito consenso del condannato alla sostituzione della pena detentiva avrebbe potuto neutralizzare tale anomalia altrimenti passi bile di censura di illegittimità costituzionale.

[31] V. *supra*, note 22 e 26.

[32] Esprime analogo timore F. Palazzo, *Le linee portanti*, cit., 22.

[33] Per una sintesi v., in sede di commento delle proposte avanzate dal gruppo di ricerca costituito in seno all'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, C. Perini, *Le pene alternative edittali: il progetto e la politica criminale*, in *RIDPP* 2022, 279 ss.

faticosamente proceduto ad introdurre nel sistema punitivo, prima in sede di esecuzione e ora di cognizione, le misure o pene alternative alla detenzione carceraria, le prime hanno sempre dovuto accontentarsi di un modesto accreditamento, vuoi in quanto rimedi alle controindicazioni della detenzione breve rispetto al finalismo rieducativo vuoi in funzione di una più pragmatica deflazione penitenziaria: nell'uno e nell'altro caso, ridotte a semplici deroghe rispetto all'ideologia carcerocentrica, il cui primato viene nella sostanza ribadito.

Dovrebbe invece essere chiaro ad una matura visione politico-criminale che la restrizione della libertà personale, diritto di assoluto rilievo ai sensi dell'art. 13 Cost., rappresenta di per sé il massimo di pena compatibile con la prospettiva costituzionale in qualunque forma venga attuata, ben prima che si traduca nel «buon grado di disumanità» connesso alla stessa «"innaturalezza" della situazione in cui viene a trovarsi la persona ristretta in carcere»[34]. Non sono dunque le pene paradetentive a dover mendicare una particolare legittimazione, quanto intendono elevarsi al rango di pene edittali; è la pena carceraria che deve sottoporsi a un rigoroso esame volto a verificare quali elementi di ragionevolezza ne possano spiegare l'impiego a fronte dei crimini incidenti sui beni giuridici di maggiore pregio.

Il comune sentire tende a porre la questione su di una scala di progressione afflittiva destinata inevitabilmente a cadere nella trappola retributiva. La giustificazione dell'utilizzo della pena carceraria viene più o meno inavvertitamente riposta in un'inossidabile ma non approfondita simmetria con la natura stessa dei reati più gravi, tale da rendere non altrimenti evitabili, seppure per quanto possibile contenibili, i gravi pregiudizi da essa arrecati in termini di desocializzazione e di pregiudizio di beni primari della persona ben oltre la mera restrizione della libertà personale[35].

Il *surplus* di oggettiva afflizione determinata dal carcere andrebbe invece svincolato da una prospettiva teleologica di sentore retributivo e riconsiderato in termini di distinte esigenze preventivo-cautelari che, non pressanti rispetto a buona o maggior parte degli illeciti penali, appaiono pressoché ineludibili a fronte dei delitti espressivi dei più elevati disvalori di evento. Si badi bene. Si tratta di istanze diverse, anche se non eterogenee, da quelle collegate al vero e proprio pericolo di recidiva, le quali subentrano nelle fasi ulteriori del ciclo della pena a fronte dell'apprezzamento delle condizioni personali del condannato in carne ed ossa. Al livello edittale, di cui qui si discute, non può che essere la consistenza astratta della tipologia criminosa a reclamare, per il tramite della pena carceraria, una più spiccata vocazione alla prevenzione indipendente dalla caratura dei potenziali delinquenti, la cui particolare considerazione potrà poi risultare più o meno compatibile con il subentrare delle pene paradetentive in sede di cognizione o di esecuzione. La detenzione carceraria dovrebbe insomma rappresentare l'estrema modulazione, in chiave di neutralizzazione, di una sanzione restrittiva della libertà personale concepita *ab origine* come unitaria e dunque ben suscettibile di altrimenti proporsi, già a livello edittale, nelle forme meno invasive oggi disseminate lungo l'ulteriore ciclo della pena[36].

---

[34] Così, incisivamente, F. Palazzo, *Quale futuro*, cit., 545.

[35] Una sintesi efficace delle conseguenze deleterie della pena carceraria è stata di recente prospettata da C. cost. 12.1.2022 n. 28, sia pure nel contesto, chiaramente generalizzabile, della pena detentiva breve: «l'ingresso in carcere provoca non soltanto la brusca lacerazione dei rapporti familiari, sociali, lavorativi sino a quel momento intrattenuti (con conseguente difficoltà di un loro ripristino una volta terminata l'esecuzione della pena), ma anche il contatto con persone condannate per reati assai più gravi e, in generale, con subculture criminali che possano condurlo a maturare scelte di vita stabilmente orientate verso la commissione di nuovi reati». Da qui la drammatica antinomia che caratterizza da sempre la pena carceraria: inflizione di mali accompagnata fin dall'inizio dalla tensione verso il contenimento delle relative conseguenze attraverso il progressivo orientamento al reinserimento sociale del condannato.

[36] Mi sembra che le presenti riflessioni possano evocare l'originale, quanto non sempre adeguatamente approfondita (ma v. M.A. Cattaneo, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino 1988, 131 ss.; F. Mantovani, *Francesco Carrara e la funzione della pena*, in A.A. V.V., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milano 1991, 299 ss.) teoria carrariana del fondamento del diritto di punire in termini di *tutela giuridica*, quale potestà originariamente contenuta nello stesso diritto soggettivo da proteggere e poi storicamente devoluta all'autorità statuale: una sorta di legittima difesa, quasi un *offendiculum*, anticipata attraverso lo strumento della prevenzione generale, che, esente da torsioni retributive, postuli una strategia differenziata e proporzionata alla consistenza del diritto offeso e delle prevedibili future ulteriori lesioni a carico dello stesso.

A rileggere alla luce di tali riflessioni la normativa in esame, sembra già prospettarsi qualche elemento favorevole in tale direzione.
Significativa a riguardo è l'estensione fino ai quattro anni della soglia di sostituibilità della pena detentiva con la semilibertà e la detenzione domiciliare. Il definitivo tramonto del concetto stesso di pena detentiva "breve", come fondamento delle corrispondenti pene sostitutive, non può non esaltare l'attributo di *extrema ratio* proprio in generale della pena carceraria, agevolando così la vocazione delle une a contendere sul piano edittale spazi che l'altra non ha più ragione di pretendere di occupare in via esclusiva. E l'ambito di tale nuova sede ben potrebbe risultare ancora più ampio rispetto a quello individuato dalla stessa legge delega del 2014[37]: per definirlo, il legislatore dovrebbe calcolare quali cornici edittali di potenziale pena carceraria possano più o meno corrispondere, tenute presenti le prevedibili consistenti rimodulazioni indotte dal gioco delle attenuanti e della relativa comparazione, all'ammontare di pena concreta oggi stabilito per l'ingresso delle pene paradetentive in sede di cognizione.
In questo quadro non è poi da escludere che meriti il rango di pena edittale la stessa semilibertà, che potrebbe occupare, nella scala sanzionatoria dei vari illeciti penali, una posizione intermedia tra la detenzione domiciliare e quella carceraria. Insomma le pene paradetentive sembrano proiettate ad acquisire la doppia veste di pene principali e di pene sostitutive già appannaggio oggi della pena pecuniaria, non a caso oggetto nella presente riforma di una robusta cura ricostituente su entrambi i piani[38]. Tale risultato contribuirebbe peraltro ad attutire il disagio comunicativo incombente sul complessivo sistema a causa della contraddizione spesso stridente avvertita dai consociati tra la pena comminata in astratto e quella inflitta ed espiata in concreto da parte del condannato.
Viene così sollecitato un ultimo quesito: se sia conveniente, una volta attuatane l'anticipazione al livello edittale, abrogare la stessa valenza sostitutiva delle pene paradetentive, mentre resterebbero in vigore soltanto le corrispondenti misure applicate in corso di espiazione della detenzione carceraria. Propenderei per la risposta negativa. Non ci sarebbe alcun motivo di escludere l'opzione del giudice in sede di cognizione verso semilibertà e detenzione domiciliare in presenza di una condanna a pena carceraria fino a quattro anni che rappresenti l'esito processuale di un compasso superiore a quello predeterminato dal legislatore come limite di agibilità edittale delle prime; le pene paradetentive dovrebbero cioè continuare a svolgere l'attuale funzione sostitutiva in via sussidiaria rispetto alla previa assunzione della veste di pene principali. Mi sembra che la complessiva costellazione punitiva acquisterebbe una solida e ragionevole conformazione in virtù della compresenza delle sanzioni paradetentive in tutte e tre le fasi del ciclo della pena, restando definitivamente escluse soltanto le misure alternative ancora oggi applicabili ai "liberi sospesi".

5. Va salutato con sicura convinzione l'ingresso del lavoro di pubblica utilità nel novero delle pene sostitutive. Si tratta di un evento ormai fin troppo maturo nell'esperienza politico-legislativa, essendosi già orientati in tal senso vari progetti di riforma del codice penale a partire da quello redatto dalla Commissione Pagliaro[39]. Peraltro l'attuale opzione era in grado di esibire più titoli dell'altra *new entry* rappresentata dalla detenzione domiciliare, vantando il lavoro di pubblica utilità già un suo ruolo addirittura di pena principale, alternativa alla permanenza domiciliare e alla pena pecuniaria, rispetto ai reati di competenza del giudice di pace.
Al di là di tali rilievi immediati, non pare contestabile che il lavoro di pubblica utilità costituisce una sorta di prototipo di pena sostitutiva, particolarmente raccomandabile per la particolare vocazione rieducativa del tutto coerente con il generale criterio di applicazione sancito, insieme al minor

[37] Come è noto, l'art. 1 co. 1 lett. *b* e *c* l. 28.4.2014 n. 67 prevedeva le soglie di tre e cinque anni per l'agibilità della detenzione domiciliare a livello, rispettivamente, edittale e di competenza del giudice di cognizione.
[38] *Infra*, n. 6.
[39] Art. 43 della *Proposta di articolato*, in www.giustizia.it. Identica proposta fu avanzata dalla Commissione Grosso, Art. 61 dell'*Articolato*, in *RIDPP* 2001, 672; mentre si orientarono verso la configurazione in termini di pena prescrittiva la Commission Nordio, Art. 70 del *Progetto di codice penale*, in *CP* 2005, 140; la Commissione Pisapia, Art. 29 della *Proposta di articolato*, in www.giustizia.it e la Commissione Palazzo, Art. 3 di *Relazione e articolato*, *ivi*.

sacrificio della libertà personale, dall'art. 58 co. 2 l. 689/1981. E ciò, si badi bene, non solo dal punto di vista del condannato, ma anche dall'angolo visuale della collettività di riferimento. Non a caso si parla di un orientamento "bidirezionale" assunto dalla rieducazione con riferimento al lavoro di pubblica utilità: «sia come strumento che consente al condannato di rendersi utile a quella società i cui equilibri ha violato con la commissione del reato, mettendosi al servizio di tutti; sia come chiave capace di attivare la predisposizione positiva della comunità ad accogliere nuovamente l'autore del fatto criminoso»[40]. Sembra così di cogliere, all'interno di una vicenda che resta comunque caratterizzata in senso sia pure non eccessivamente punitivo, bagliori di quella giustizia riparativa, contrassegnata in estrema sintesi dal contributo al superamento del conflitto scatenato dal reato commesso, cui la riforma conferisce in altra sede largo spazio tematico.

Eppure taluni momenti della complessiva nuova disciplina suscitano motivi di perplessità.

La disciplina della revoca della pena sostitutiva per inosservanza grave o reiterata delle prescrizioni, contenuta nell'art. 66 l. 689/1981, accomuna il lavoro di pubblica utilità alla semilibertà e alla detenzione domiciliare nel prescrivere l'immediata conversione della parte residua nella pena detentiva sostituita. Si tratta di una conferma della rigorosa scelta già adottata dalla legislazione previgente – e ora in parte scalfita dall'alternativa di conversione in altra pena sostitutiva più grave – che può determinare un ritorno alla pena carceraria, seppure accettabile rispetto alla revoca delle pene paradetentive, di sicuro troppo brusco per una sanzione espressiva di quella particolare potenzialità rieducativa sopra segnalata. Sarebbe stato più conveniente assimilare a riguardo il lavoro di pubblica utilità alla pena pecuniaria sostitutiva, per la quale l'art. 71 l. 689/1981 si limita a prescrivere, ove non sia pagata, la conversione in una delle ulteriori pene sostitutive sovraordinate in entrambe le ipotesi graduate del semplice mancato pagamento e della vera e propria insolvibilità.

Non è poi chiara la *ratio* sottostante agli artt. 53 co. 2 l. 689/1981 e 459 co. 1-*bis* e 1-*ter* Cpp, che consentono, in sede di procedimento per decreto penale di condanna relativa a pena detentiva, l'applicazione del lavoro di pubblica utilità in alternativa alla pena pecuniaria, sempre a fronte di espressa richiesta dell'indagato o del condannato. Quale interesse potrebbero avere costoro a preferire tra le due la pena sostitutiva più grave, l'eventuale inosservanza delle cui prescrizioni comporterebbe le più serie conseguenze sopra richiamate? Ove poi sia il timore dell'insolvibilità a suggerire la richiesta, il condannato potrebbe pur sempre optare in un secondo momento per il lavoro di pubblica utilità ai sensi dell'art. 71 co. 3 l. 689/1981, che prevede in generale questa eventualità quando il mancato pagamento della pena pecuniaria sostitutiva sia stato reso impossibile dalle sue condizioni economiche e patrimoniali. L'opzione immediata verso il lavoro di pubblica utilità da parte dell'indagato o condannato in sede di procedimento per decreto penale potrebbe dunque spiegarsi o con la netta ripulsa dell'esborso di denaro - accompagnata dalla sicura determinazione di attuare fino in fondo i relativi obblighi e prescrizioni posto che l'inosservanza lo esporrebbe alla conversione nella pena paradetentiva ai sensi dell'art. 66 - o immaginando un genuino e disinteressato slancio verso la dimensione spiccatamente rieducativo-riparativa del lavoro di pubblica utilità, sul quale non è infondato nutrire qualche dubbio.

La verità è che il decreto attuativo avrebbe dovuto valorizzare una diversa lettura del criterio di delega con il quale l'art. 1 co. 17 lett. *e* l. 27.9.2021 n. 134 ha consentito che con il decreto penale di condanna la pena detentiva potesse sostituirsi con il lavoro di pubblica utilità oltreché con la pena pecuniaria: non l'assoggettamento del primo allo stesso limite di un anno previsto per la seconda, secondo la traduzione del legislatore delegato nelle disposizioni sopra richiamate, ma la sua assunzione in posizione paritetica rispetto alla pena pecuniaria nell'ambito del rito speciale, con la conseguente agibilità fino agli ordinari tre anni di pena detentiva previsti in via generale dall'art. 53 co. 1 l. 689/1981[41]. In questa eventualità l'indagato o il condannato avrebbero avuto un rilevante interesse ad acconsentire all'applicazione alternativa del lavoro di pubblica utilità, che avrebbe

[40] Così T. Travaglia Cicirello, *op. cit.*, 10.

[41] Cfr. per questa interpretazione alternativa, tuttavia respinta, del criterio direttivo in esame, *Relazione illustrativa*, cit., 190 s.

dischiuso la possibilità di sottrarsi a pene detentive più gravose di quelle sostituibili con la sola pena pecuniaria entro il limite di un anno. Ne avrebbe sicuramente guadagnato il respiro deflativo del rito speciale.

6. La legge Cartabia non aveva incluso nella delega relativa alle pene pecuniarie taluni spunti di riforma già da tempo presenti all'attenzione della dottrina. Tra di questi, reclamano tuttora considerazione l'esclusione della comminatoria congiunta con la pena detentiva, fonte di un ulteriore aggravio soprattutto per i condannati meno abbienti[42]; altrettanto necessario appare il passaggio della commisurazione del concreto ammontare della pena pecuniaria dal modello "a somma complessiva" a quello dei tassi giornalieri[43], idoneo a garantire un'operazione giudiziale coerente con quell'istanza di adeguamento della pena inflitta alle condizioni economiche (ora anche patrimoniali) del condannato che l'esperienza applicativa dell'art. 133-*bis* Cp non riesce ad assicurare[44]. Eppure non sembra azzardato affermare che il nuovo sistema di esecuzione e di conversione della pena pecuniaria, attuativo del criterio direttivo sancito dall'art. 1 co. 16 l. 134/2021 «al fine di restituire effettività alla stessa», abbia di per sé promosso una svolta epocale nel nostro ordinamento penale.
Salva la permanente urgenza dei profili innovativi sopra accennati, la questione primaria da affrontare in sede di riforma non poteva che prendere le mosse dalle desolanti statistiche che certificano l'inaccettabile grado di ineffettività raggiunto negli ultimi lustri dalla pena pecuniaria, in sede tanto di esecuzione quanto di conversione, al punto di compromettere pressoché integralmente la potenzialità generalpreventiva ascrivibile alla relativa comminatoria in sede edittale. E la fonte di più seria preoccupazione è che le già irrisorie percentuali di riscossione della pena finiscono quasi per azzerarsi proprio con riferimento alle condanne per reati di competenza del giudice di pace: il sottosistema punitivo, cioè, nel quale la pena pecuniaria dovrebbe assumere quel ruolo di sanzione regina altrove spettante alla pena detentiva[45].
A ben vedere la causa prima di tale degrado risiede, al di là delle pur sconcertanti deficienze evidenziate dalla prassi[46], in un presupposto di carattere strettamente normativo: vale a dire la risalente opzione del nostro ordinamento in favore dell'esclusione dell'esecuzione della pena pecuniaria dal circuito processualpenalistico, con il ricorso ad agenzie esterne deputate alla riscossione di quello che è stato tradizionalmente concepito come un mero debito del condannato nei confronti dell'erario, alla stessa stregua di ogni altra spesa di giustizia[47].

---

[42] Dell'esigenza di non gravare il condannato a pena detentiva dell'ulteriore pena pecuniaria non ancora riscossa, come della sanzione di conversione della pena pecuniaria non eseguita, si fa oggi carico l'art. 47 co. 12 dell'ordinamento penitenziario: in caso di esito positivo dell'affidamento in prova il tribunale di sorveglianza può dichiarare estinte anche tali pene.

[43] Nel doveroso rispetto dei limiti della delega, questo secondo modello ha trovato attuazione con esclusivo riferimento alla pena pecuniaria sostitutiva. L'art. 56-*quater* co. 1 l. 689/1981 ne ha in particolare individuato in 5 euro il valore minimo giornaliero, andando ben oltre la recente sentenza manipolativa di C. cost. 22.1.2022 n. 28, che in nome del principio di proporzionalità della pena aveva ridotto a 75 euro tale valore, in coerenza con la corrispondente opzione dell'art. 459 co. 1-*bis* Cpp allora vigente e ora modificato negli stessi termini con riferimento alla sostituzione da effettuarsi in sede di procedimento per decreto penale di condanna.

[44] In dottrina si auspicava anche di escludere la pena pecuniaria dall'ambito della sospensione condizionale, a causa della sua intrinseca eterogeneità rispetto a quella pena detentiva breve che ha storicamente rappresentato la matrice dell'istituto. Ma – come si argomenterà più avanti nel testo – proprio l'accentuato rigore della complessiva disciplina della conversione della pena pecuniaria risultante dal decreto legislativo non consiglia l'adesione a tale istanza.

[45] Significativi i dati statistici riferiti nella *Relazione illustrativa*, cit., 263 ss.; v. anche L. Goisis, *La pena pecuniaria nella recente riforma della giustizia penale: una valorizzazione da perfezionare*, in *RIDPP* 2022, 299 ss.

[46] Davvero preoccupante è apparso, in particolare, il comportamento omissivo ravvisabile nell'operato del concessionario dei servizi di riscossione, nel senso della mancata trasmissione agli uffici giudiziari, a seguito di infruttuosa escussione, dei dati relativi all'accertata insolvibilità dei condannati, presupposto necessario per potersi avviare nei confronti di costoro la procedura di conversione della pena pecuniaria nella libertà controllata o nel lavoro di pubblica utilità: ne riferisce L. Goisis, *op. cit.*, 300.

[47] Cfr., per diffusi rilievi a riguardo, *Relazione illustrativa*, cit., 266 ss.

Punto di emergenza particolarmente critico di tale impostazione è stata la mancata previsione di qualunque conseguenza sanzionatoria della mera *insolvenza*, cioè il mancato pagamento dell'ammontare della pena da parte di chi pure si trovasse nella condizione di poter adempiere e che avesse fatto affidamento, purtroppo a buona ragione, sull'inettitudine delle agenzie esattrici a perseguirlo per sottoporlo ad un'esecuzione forzata presumibilmente fruttuosa. Era solo il condannato *insolvibile*, rispetto al quale fosse stata cioè accertata l'obiettiva impossibilità di pagamento in ragione delle condizioni economiche e (oggi anche) patrimoniali, che veniva restituito al circuito penale e sottoposto alla pena di conversione della libertà controllata, eventualmente sostituita dal lavoro di pubblica utilità.
Questa situazione, al di là o prima ancora del mancato soddisfacimento degli interessi dell'erario, comportava una permanente diversità di trattamento tra i condannati inadempienti, tanto più sensibile in quanto erano proprio i soggetti versanti in condizioni economiche deficitarie a dover sopportare una qualche conseguenza sanzionatoria comunque incidente sulla libertà personale[48]; mentre il mancato pagamento da parte degli altri o veniva sanato dall'esito positivo dell'esecuzione forzata o, come più probabile, restava privo di ogni seguito.
Tale assetto per vari versi sconcertante è stato completamente e plausibilmente ribaltato dalle scelte del legislatore delegato. In caso di insolvenza, l'art. 102 l. 689/1981 commina, in veste di pena da conversione, la più grave delle sanzioni sostitutive, cioè la semilibertà; l'insolvibile va invece incontro, ai sensi dell'art. 103, al lavoro di pubblica utilità, rimpiazzato solo in caso di opposizione da parte del condannato dalla detenzione domiciliare[49]. Questa disciplina graduata viene ribadita a proposito della conversione di secondo grado di cui all'art. 108: in caso di inosservanza delle prescrizioni già imposte con le pene sostitutive, gli insolventi vanno senz'altro incontro alla definitiva pena carceraria; gli insolvibili possono invece beneficiare ancora della conversione della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità in altra pena sostitutiva più grave[50]. Non soltanto viene dunque finalmente sanzionata la mera insolvenza, ma la maggior gravosità delle relative conseguenze, rispetto all'insolvibilità, trova questa volta ragionevole giustificazione nel carattere rispettivamente colpevole e incolpevole delle due distinte situazioni[51].
A fronte di queste significative innovazioni sul piano del diritto sostanziale[52], il nuovo art. 660 Cpp predispone una precisa cornice della fase esecutiva – parallela a quella prevista per la pena detentiva

[48] È dunque lecito affermare che la violazione del principio di uguaglianza, posta a suo tempo a fondamento della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'originaria versione dell'art. 136 Cp (C. cost. 21.11.1979 n. 131), non fosse stata interamente sanata dall'art. 102 l. 689/1981, che persistette a limitare le conseguenze penali del mancato pagamento ai casi di insolvibilità.
[49] In caso poi di mancato pagamento della pena pecuniaria sostitutiva, l'art. 71 l. 689/1981 prevede ora una disciplina che ricalca quella stabilita dagli artt. 102 e 103 in relazione alla pena pecuniaria principale, distinguendo due ordini di conversione in ulteriori pene sostitutive a seconda che si tratti di insolvenza o di insolvibilità. E a fronte di ulteriori inosservanze da parte del condannato l'art. 108 sopra citato estende la conversione di secondo grado in pena detentiva alle pene pecuniarie già in origine sostitutive. Il modello è stato altresì replicato per i reati di competenza del giudice di pace ai sensi del novellato art. 55 co. 1 e 4 d.lgs. 28.8.2000 n. 274: in caso di insolvibilità la pena pecuniaria si converte in lavoro sostitutivo e solo in mancanza della corrispondente richiesta da parte del condannato nella permanenza domiciliare; la conversione in quest'ultima è invece sempre ineludibile nei casi di insolvenza.
[50] Ove poi gli insolvibili risultassero inosservanti anche rispetto a queste ultime, non potrebbe non aprirsi a loro carico la (terza) conversione in pena carceraria ai sensi dell'art. 66 l. 689/1981: pur se la scala di gravità rendesse ancora applicabile la semilibertà, sarebbe ben strano che il giudice si avvalesse di nuovo dell'alternativa, consentita dalla suddetta disposizione, in favore della pena sostitutiva più grave.
[51] Un ulteriore "giro di vite" a carico dei soli insolventi viene disposto dall'art. 59 co. 1 lett. *b* l. 689/1981: nei loro confronti la pena detentiva non può essere sostituita con la pena pecuniaria, se non abbiano pagato la stessa pena cui siano stati condannati nei cinque anni precedenti.
[52] La rinuncia da parte dell'ordinamento a costruire la pena pecuniaria come mero debito nei confronti dello Stato, da riscuotere attraverso l'esazione e l'esecuzione forzata affidate ad agenzie esterne al circuito penale, risulta puntualmente confermata dalla sua espunzione dalle disposizioni che la contemplavano tra le varie voci confluenti nell'insieme dei debiti verso l'erario: si vedano le corrispondenti modifiche apportate agli artt. 316 e 320 Cpp, relativi al sequestro conservativo e al pignoramento dei beni, rispettivamente, dell'imputato e del condannato, nonché alle norme del testo unico sulle spese di giustizia (d.P.R. 30.5.2002 n. 115) richiamate dall'art. 80 d.lgs. 150/2022.

e comprensiva della condanna a pena pecuniaria sostitutiva – che vede finalmente riconosciuto il ruolo essenziale ed esclusivo del pubblico ministero e del magistrato di sorveglianza. Spetta al primo ufficio l'emissione dell'ordine di esecuzione della sentenza di condanna, contenente tanto l'intimazione a provvedere al pagamento entro il termine perentorio quanto l'avviso relativo alle conseguenze sanzionatorie dell'eventuale inadempimento. Il pubblico ministero veglia altresì sullo sviluppo della vicenda e, in caso di mancato pagamento da parte del condannato, attiva la competenza del magistrato di sorveglianza in vista delle distinte procedure di conversione, sopra segnalate, conseguenti alla mera insolvenza ovvero all'insolvibilità che sia stata accertata con ogni opportuna indagine.

Il quadro complessivo così delineato configura una robusta riabilitazione della pena pecuniaria nei termini, sinora notevolmente degradati, di un'efficace prevenzione generale e speciale. L'effettività di tale pena non è più una sorta di chimera, ma consegue ad un preciso onere per il condannato che intenda evitare la sottoposizione a più gravi sanzioni limitative della libertà personale, immediatamente subentranti in caso di mancato pagamento e destinate a cessare solo a seguito di un tardivo adempimento. Tale severo assetto normativo si presta peraltro ad una considerazione di più ampio respiro. L'eventualità che lo sbocco ultimo di gravi inosservanze anche delle sanzioni di seconda conversione della pena pecuniaria sfoci nella soggezione definitiva alla stessa pena carceraria rafforza la specifica caratterizzazione tradizionale del diritto penale criminale: unica branca del più ampio diritto punitivo che non solo ammette più o meno gravi restrizioni del diritto fondamentale alla libertà personale, ma le prospetta come conseguenze ineludibili di potenziali comportamenti inadempienti di chi sia stato in origine condannato a pena di diversa natura.

Non è allora azzardato sostenere che la svolta oggi attuata abbia portato ad una configurazione della pena pecuniaria ancora come alternativa edittale alla pena detentiva carceraria, ma pur sempre sottoposta alla condizione risolutiva del mancato pagamento cui seguano ulteriori condotte inosservanti da parte del reo. Se è vero che la pena pecuniaria rappresenta il gradino più basso di un'auspicabile scala di pene alternative[53], è il caso che il laboratorio all'uopo meritoriamente attivo[54] tenga in conto questa permanente e per certi versi problematica prospettiva.

Le considerazioni in ultimo sviluppate inducono ad assumere un atteggiamento negativo nei confronti della proposta spesso avanzata *de jure condendo* di escludere la pena pecuniaria (principale) dalla sospensione condizionale[55]. Sembra piuttosto necessario non privare il condannato dell'opportunità di evitare l'esecuzione di una pena comunque suscettibile, a seguito delle successive mediazioni sopra riassunte, di sfociare in quella stessa pena detentiva, più o meno breve, che da sempre rappresenta il punto di riferimento della sospensione condizionale. Né va taciuto come la definitiva conversione in pena detentiva della pena pecuniaria principale esprima un connotato di severità addirittura superiore rispetto all'analogo meccanismo che può coinvolgere la pena pecuniaria sostitutiva[56]: nell'un caso trova applicazione una specie di pena diversa e più grave rispetto alla stessa comminatoria legale – una sorta di "nemesi" rispetto alla degradazione che caratterizza di solito la pena nelle successive fasi del suo ciclo – mentre nell'altro si assiste al semplice riemergere dell'originaria previsione edittale.

Va comunque sottolineato che una presa di posizione in favore della permanenza della pena pecuniaria nel raggio d'azione della sospensione condizionale in tanto può essere assecondata, in quanto il giudice di cognizione, rinunciando ad una gestione clemenziale dell'istituto, sappia cogliere

[53] Così F. Palazzo, *Quale futuro*, cit., 550.

[54] *Supra*, nota 49.

[55] Di recente, A. Della Bella, *Idee in vista di un intervento legislativo finalizzato alla razionalizzazione del sistema delle misure sospensivo-probatorie*, in *RIDPP* 2022, 217 s.; E. Dolcini, *Le misure sospensivo-probatorie: spunti per una riforma*, *ivi*, 446. Nello stesso senso *Commissione Lattanzi*, cit., 62. Va da sé che è di contro del tutto condivisibile l'esclusione della pena pecuniaria sostitutiva dal beneficio, sancita, insieme alle altre tipologie sanzionatorie, dall'art. 61-*bis* l. 689/1981.

[56] Cfr. a riguardo *supra*, nota 49.

quell'invito ad un'oculata applicazione che promana dal complessivo nuovo assetto normativo della commisurazione della pena in senso lato[57].

7. Altri istituti interessati dalla riforma Cartabia manifestano un contatto più coinvolgente con le esigenze di deflazione e di semplificazione processuale che ne individuano il contesto essenziale. Volendo ordinarli in forza di una crescente attuazione di tali istanze, vanno richiamate in successione le cause di esclusione e di estinzione della punibilità, la procedibilità a querela e la sospensione del procedimento con messa alla prova. Le prime si traducono in una sensibile attenuazione della pressione del magistero punitivo con conseguente ridimensionamento delle vicende processuali e penitenziarie; e le cause estintive godono della particolare condizione di oggetto dell'obbligo di immediata declaratoria da parte del giudice in ogni grado e stato del processo ai sensi dell'art. 129 Cpp. La querela, mentre partecipa di tale disciplina in caso di rimessione, osta in via del tutto preliminare alla procedibilità dell'azione penale ove non sia proposta. Condizione analoga caratterizza la sospensione con messa alla prova che ottenga un risultato positivo: configurabile a sua volta come causa estintiva della punibilità nell'esito finale e a monte come diversione rispetto agli ordinari meccanismi processuali, oltremodo anticipata se interviene in sede di indagini preliminari e comunque abbastanza tempestiva se si colloca entro le fasi preliminari dei giudizi ordinario e speciali richiamate dall'art. 464-*bis* co. 2 Cpp.
Potendo uno sguardo d'insieme esimersi dal considerare la dimensione settoriale della nuova disciplina dell'estinzione delle contravvenzioni in materia alimentare e della procedibilità a querela di parte[58], merita qualche breve osservazione l'attuale configurazione della non punibilità per particolare tenuità del fatto.
La sostituzione del riferimento al massimo edittale di cinque anni con il minimo di due anni, come soglia limite di accesso alla relativa normativa, è venuta incontro a rilievi critici del tutto plausibili già avanzati in dottrina con riferimento alla formulazione originaria dell'art. 131-*bis* Cp[59]. È la comminatoria minima a costituire indice significativo di quei reati caratterizzati da sottofattispecie bagatellari che il legislatore ha di mira nella configurazione della causa di non punibilità; e l'assenza di una soglia massima, mentre giova alla complessiva espansione delle potenzialità applicative dell'istituto[60], sembra altresì rappresentare una sorta di opportuno *caveat* rispetto all'eventuale pratica di spazi edittali irragionevolmente caratterizzati da forbici troppo ampie tra i due estremi. Importante è anche l'introduzione, sulle orme della delega, del criterio della "condotta susseguente al reato", destinato a concorrere con quelli già segnalati dal primo comma dell'art. 133 Cp nella valutazione da parte del giudice dell'esiguità dell'offesa. Proprio tale destinazione deve prospettare un'interpretazione restrittiva del nuovo criterio, certamente non coestensivo a quello segnalato dall'art. 133 co. 2 n. 3 Cp e da far piuttosto coincidere con una condotta in varia misura riparatoria. L'utilità dell'integrazione consiste nell'orientare definitivamente il giudice in senso affermativo, quando la valutazione di esiguità, riferita alla sola consistenza dell'offesa contestuale alla consumazione del delitto, appaia non del tutto univoca e quindi bisognosa di conferma[61].

---

[57] *Supra*, n. 3.
[58] Per un approfondimento di quest'ultimo istituto, accomunato da esigenze di deflazione processuale alla non punibilità *ex* art. 131-*bis* Cp e alla sospensione del procedimento con messa alla prova, v. A. Madeo, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflativa comune nella "riforma Cartabia"*, in www.lalegislazionepenale.eu, 28.11.2022.
[59] Cfr., tra gli altri, A. Gargani, *Al vaglio della Consulta l'inapplicabilità della causa di esclusione della punibilità ex art. 131*-bis *c.p. alla ricettazione di particolare tenuità*, in *GCos* 2017, 2116; G. Panebianco, *Offesa esigua, assente e incidente sulle soglie di punibilità*, in www.lalegislazionepenale.eu, 7.1.2020, 6 s.
[60] Va tuttavia rilevato come il decreto, in attuazione di corrispondenti direttive contenute nella legge delega, ha per altro verso ampliato l'elenco delle fattispecie criminose che, pur rientrando nei nuovi limiti edittali, restano esclusi dall'operatività della non punibilità o perché riconducibili alla Convenzione di Istanbul sulla prevenzione della violenza sulle donne e domestica o in quanto caratterizzati comunque da particolare gravità e allarme sociale (art. 131-*bis* co. 3 Cp).
[61] Cfr., nella sostanza, *Relazione illustrativa*, cit., 345 s., il cui ulteriore riferimento all'immediatezza o comunque alla

Con riferimento infine alla nuova configurazione della sospensione con messa alla prova, va sottolineato il connubio realizzato dalla riforma nell'attuazione dei due distinti criteri di delega attinenti per un verso al procedimento sospensivo e per altro verso alla citazione diretta da parte del pubblico ministero davanti al tribunale in composizione monocratica. Sul comune presupposto di un ampliamento degli ambiti di operatività di entrambi i riti speciali ai reati puniti con pena detentiva sino a sei anni, l'art. 1 co. 22 lett. *a* e 9 lett. *l* della legge delega prescriveva di realizzare la selezione delle corrispondenti figure criminose, rispettivamente, con riguardo alla compatibilità con «percorsi risocializzanti o riparatori» e con l'assenza di «rilevanti difficoltà di accertamento». Tali direttive sono state attuate unitariamente dal decreto legislativo attraverso la riformulazione dell'art. 550 co. 2 Cpp. In forza del rinvio mobile a questa disposizione, già previsto e confermato nell'art. 168-*bis* Cp, la riforma ha conseguito dunque un doppio obiettivo: non soltanto la sensibile espansione dei margini applicativi dei due riti speciali, ma, con specifico riguardo alla sospensione con messa alla prova che qui interessa, l'affermazione di un significativo profilo di giustizia riparativa, già raccomandato dalla Commissione Lattanzi con il distinto e superiore limite di dieci anni di pena massima edittale per i reati di riferimento[62].

Se poi non sfugge il richiamo dei programmi di giustizia riparativa, aggiunto ai contenuti dei programmi di trattamento dall'art. 464-*bis* co. 4 lett. *c* Cpp, appare in più chiara evidenza il rafforzamento della corrispondente vocazione della sospensione con messa alla prova già sottolineata in dottrina[63]. Attraverso lo sbocco nell'estinzione del reato dell'esito positivo di un programma che è insieme di trattamento e di riparazione[64], il sostanziale parallelismo privo di rilevanti interferenze tra giustizia riparativa e punitiva[65] – a sua volta coerente con l'accesso alla prima senza alcuna preclusione relativa alla fattispecie di reato e alla sua gravità[66] – si traduce finalmente in una vera e propria alternativa a fronte di un numero selezionato di illeciti penali[67]. Rispetto ad essi l'ordinamento sguaina la spada punitiva attraverso l'avvio del procedimento penale, ne sospende provvisoriamente i fendenti e infine la rinfodera, soddisfatto di un esito rieducativo, mediato dal superamento del conflitto scatenato dal reato, ben più concreto e tangibile del corrispondente vincolo imposto alla pena criminale dall'art. 27 co. 3 Cost.[68]

---

prossimità al fatto della condotta non pare tuttavia pertinente, dal momento che la sua natura oggettivamente riparatoria non dipende in misura determinante dalla connessione cronologica. Esprime il timore che il criterio in questione possa nella prassi applicativa o fagocitare gli altri indici di tenuità dell'offesa o al contrario risultare rispetto ad essi pressoché ornamentale G. Martiello, *La «particolare tenuità del fatto» dopo l'attuazione della "riforma Cartabia"*: *primissime note di commento al novellato art. 131*-bis *c.p.*, in *www.discrimen.it*, 10.11.2022, 13 s. Per la proposta di più ampio ricorso ad indici relativi a comportamenti dell'autore dell'offesa successivi al reato commesso, in una spiccata chiave di giustizia riparativa, v. E. Cadamuro, *L'irrilevanza penale del fatto nel prisma della giustizia riparativa*, Padova 2022, 117 ss.

[62] *Commissione Lattanzi*, cit., 69 s.

[63] Sia consentito il rinvio a G. de Vero, *Circostanze del reato e sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta, vol. I, Milano 2018, 182 ss.

[64] Analoga attitudine dell'esito riparativo a concorrere all'effetto estintivo, questa volta della pena, è ora sancita dall'art. 47 co. 12 dell'ordinamento penitenziario a proposito dell'affidamento in prova al sevizio sociale, in corso di espiazione della pena detentiva, che si concluda positivamente.

[65] Allo stato attuale della complessiva disciplina della giustizia riparativa sono piuttosto limitati i riflessi diretti del relativo esito positivo sulla dimensione sanzionatoria penale, al di là di una generica valutazione rimessa all'autorità giudiziaria anche ai fini dell'art. 133 Cp (art. 58 co. 1 d.lgs. 150/2022). Vengono in evidenza, in particolare, l'ampliamento della circostanza attenuante comune di cui all'art. 62 co. 1 n. 6 Cp.; la riduzione ad un anno del termine di sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 163 co. 4 Cp.; l'integrazione di un'ulteriore ipotesi di remissione tacita della querela *ex* art. 152 co. 3 n. 2 Cp.

[66] Cfr. art. 44 co. 1 d.lgs. 150/2022.

[67] Un'altra modalità realmente alternativa del rapporto tra giustizia riparativa e punitiva può ravvisarsi nell'incidenza dell'esito riparativo sull'estinzione del reato, mediata dalla nuova ipotesi di remissione tacita della querela (*supra*, nota 65): cfr. *Relazione illustrativa*, cit., 406 s.

[68] La mancata effettuazione del programma riparativo o il mancato raggiungimento dell'esito corrispondente non possono peraltro inficiare di per sé un complessivo risultato positivo del trattamento di messa in prova: cfr. art. 58 co. 2 d.lgs. 150/2022, che esclude in via generale effetti sfavorevoli di tali risultanze nei confronti della persona indicata come autore

dell’offesa.

PARCE SEPULTO. L'ART. 633-*BIS* CP NATO MORTO E IN ATTESA DI PIETOSA SEPOLTURA

di Tullio Padovani
(*già professore ordinario di diritto penale, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa*)

SOMMARIO: 1. Introduzione: condotta, evento, condizione di punibilità nell'art. 633-*bis*. – 2. Le disparità di trattamento tra art. 633 e art. 633-*bis*. – 3. L'ira funesta del legislatore verso i raduni musicali. – 4. Una ricostruzione «ortopedica» dell'art. 633-*bis*. – 5. *(segue)* e la sua insensatezza. Conclusione.

1. A guisa di «Valentino vestito di nuovo, / come le brocche dei biancospini», il penoso infante dell'art. 434-*bis*, partorito dal d.l. 31.10.2022 n. 162, parrebbe aver assunto le sembianze di un fanciullino presentabile in società. L'art. 633-*bis*, sua versione riveduta e corretta della l. 30.12.2022 n. 199, non dovrebbe sfigurare più tra gli esposti normativi del nostro codice penale. In realtà, più o meno presentabile che sia rispetto all'antecessore rapidamente scomparso, il nuovo arrivato ha con esso in comune un tratto che è, in definitiva, tutto ciò che nell'una come nell'altra disposizione si coglie con chiara immediatezza: il vagito di ripulsa dei raduni musicali abusivi; espresso però con sintagmi disarticolati che anche nella versione 'ingentilita' risultano in dolente tensione con le regole della grammatica penale e della sintassi legislativa.
Per intendere la portata (e, sperabilmente, la fondatezza) di queste affermazioni, è indispensabile procedere ad un'analisi esegetica pressoché elementare. Il novello art. 633-*bis* non incrimina, a differenza del contiguo art. 633, chi «invade arbitrariamente» «terreni o edifici altrui», ma chi «organizza o promuove l'invasione arbitraria» di tali spazi. La differenza esprime, in linea di principio, una doppia selezione: quanto ai possibili soggetti attivi del reato (che si qualificano in base ad un certo tipo di condotta) e quanto alla definizione della soglia di tutela e del correlativo momento consumativo del reato.
Circa il primo aspetto, si osserva che, evidentemente, il legislatore non ha ritenuto degni di repressione 'qualificata' i raduni musicali realizzati – come sovente si dice accada – ricorrendo alla tecnica del 'passa parola': un 'musicomane' prospetta un'idea più o meno balzana, che si ispessisce lungo la via telematica e si concretizza (esattamente come un ciottolo per la valanga) in un'iniziativa collettiva, in cui promotori e organizzatori sono, in definitiva, collettivamente tutti gli aspiranti invasori, senza che nessuno di essi lo sia personalmente.
È difficile dire quale logica governi una simile *actio finium regundorum* tra raduni musicali abusivi: probabilmente nessuna, se non la preoccupazione di non far cadere i fulmini della legge su di una selva intera, riservandoli solo agli alberi di maggior altezza.
Ancor più delicato si prospetta il secondo profilo selettivo, concernente la soglia di tutela. Promuovere e organizzare un'invasione arbitraria non implica che l'invasione debba poi essere effettualmente realizzata. Tutte le attività sollecitatorie possono essersi compiute, tutte le condotte organizzative possono essere attuate in termini di programmazione, predisposizione di mezzi e di supporti, distribuzione di compiti, rilascio di istruzioni, e quant'altro serva per dare efficace corso all'invasione, senza che poi questa, per una qualsiasi ragione, si verifichi. Niente di meglio, potrebbe esultare il sagace legislatore: l'intervento repressivo, preceduto dagli opportuni accertamenti, potrebbe per l'appunto intervenire prima dell'invasione, impedendone la realizzazione e, quindi, il danno in essa insito.
Senonché, per le condotte incriminate, di promozione o di organizzazione, la punibilità scatta solo «quando dall'invasione deriva un concreto pericolo per la salute pubblica o per l'incolumità pubblica a causa dell'inosservanza delle norme in materia di stupefacenti ovvero in materia di sicurezza o di

igiene degli spettacoli e delle manifestazioni pubbliche di intrattenimento, anche in ragione del numero dei partecipanti ovvero dello stato dei luoghi». A prescindere, per il momento, dal contenuto dell'evento così delineato, occorre rilevare che si tratta, all'evidenza, di una condizione obiettiva di punibilità. Ciò emerge non soltanto dalla sua posposizione rispetto alla descrizione della fattispecie tipica e della conseguente comminatoria edittale, ma soprattutto dal rilievo che l'evento offensivo risulta estrinseco rispetto al piano di tutela. Un'invasione arbitraria di terreni o edifici altrui lede essenzialmente diritti di natura patrimoniale, cui si riconnette normalmente (e, nel caso dell'art. 633-*bis* Cp, sicuramente) anche una dimensione teleologica legata all'ordine pubblico materiale, come complesso delle condizioni che assicurano il pacifico svolgimento delle relazioni sociali in una comunità. Salute pubblica e incolumità pubblica possono senza dubbio essere occasionalmente colpite da condotte invasive, ma in funzione di circostanze e situazioni non intrinsecamente connesse all'invasione stessa, che può svolgersi senza implicare o minacciare l'offesa a tali beni collettivi.
Poiché la condizione di punibilità è costituita come ulteriore evento rispetto all'invasione («quando dall'invasione deriva…»), è chiaro che, per poter ritenere punibili le condotte di promozione o di organizzazione, l'invasione deve essersi realizzata. Dato questo assetto strutturale, è evidente che il mero compimento della condotta promozionale ed organizzativa costituirebbe il semplice tentativo del delitto previsto dall'art. 633-*bis*; senza che questo incida sulla punibilità, pur sempre connessa all'esigenza che l'invasione si verifichi. Come è noto, la forma tentata di reato sottoposto a condizione di punibilità ne postula comunque la realizzazione; e, d'altra parte, come potrebbe un pericolo «concreto» causato da inosservanze normative specifiche stimarsi in rapporto ad un evento meramente intenzionale?

2. La fattispecie tipica implica dunque l'effettiva realizzazione dell'invasione. La conclusione solleva un doppio ordine di problemi, strettamente congiunti. In primo luogo, quale sia il trattamento penale riservato ai 'semplici' invasori; in secondo luogo, quale sia la *ratio distinguendi* idonea a giustificare il deteriore trattamento punitivo riservato agli organizzatori e ai promotori delle invasioni contemplate dall'art. 633-*bis* rispetto a quelli delle invasioni ricomprese nella sfera di applicazione dell'art. 633.
Per quanto riguarda la prima questione, la risposta è tanto semplice quanto paradossale: musicanti, musicofili e musicomani invadono in violazione dell'art. 633 ed a tale titolo di responsabilità sono – eventualmente – puniti. L'eventualità dipende, come ovvio, dall'interpretazione del dolo specifico che deve orientare l'intenzione criminosa degli invasori di terreni o edifici altrui («al fine di occuparli o di trarne altrimenti profitto»). Nella disposizione introdotta dal codice Rocco per contrastare precipuamente le occupazioni di terreni agricoli o di stabilimenti industriali (ogni legislatore popola i propri incubi di invasioni storicamente diversificate), la finalità assume un contenuto patrimoniale. La nozione restrittiva scaturisce esegeticamente dal fine alternativo di «trarne *altrimenti* profitto». Se è indicato un modo diverso di trarre profitto, e cioè un vantaggio economicamente apprezzabile, dall'occupazione, ciò implica che l'occupazione stessa debba esserlo di per sé.
Questo approccio ermeneutico servì, a suo remoto tempo, per evitare la condanna di due, all'epoca non ancora illustri, esponenti del movimento studentesco, accusati di aver promosso l'occupazione della Sapienza pisana. Un pubblico ministero, che praticava la cultura della giurisdizione senza vantarla, sostenne dinanzi al tribunale che l'occupazione del simbolico edificio universitario non poteva dirsi volta a realizzare un qualche profitto di natura economica, in quanto essa era finalizzata a rivendicazioni concernenti la condizione studentesca, l'assetto degli studi e i rapporti con la classe docente. Chiese quindi, ed ottenne, l'assoluzione dei due imputati.
La storia ebbe ovviamente un seguito che ogni interessato potrà riesumare, con mezzi propri; qui basta rilevare che l'art. 633 potrebbe, in effetti, risultare refrattario a raduni musicali ispirati da finalità 'ludiche', e comunque aliene dall'intento di trarre dall'invasione un «profitto» in senso economico. Certo, i tempi son cambiati e con essi la qualifica del profitto: un ciottolo che si è levigato lungo i ruscelli della giurisprudenza, sino a confondersi, in non pochi casi, con quella di «vantaggio»; senza contare, poi, che la finalità economica potrebbe riguardare alcuni degli invasori, ma non l'intera

collettività. In ogni caso, si potrebbe pur sempre osservare che i partecipanti al raduno musicale ed alla relativa invasione beneficiano della gratuità di un «intrattenimento» che, di norma, è dispensato a suon di talleri.

3. Posto che si ritengano punibili a norma dell'art. 633 gli autori materiali dell'invasione 'musicalmente orientata', mentre organizzatori e promotori soggiacciono ovviamente alle forche dell'art. 633-*bis*, si pone subito il secondo quesito: su che cosa si basa il trattamento pesantemente deteriore dei promotori e organizzatori che, nel contesto dell'art. 633, si vedrebbero contestata una semplice circostanza aggravante (art. 633 co. 4 Cp)? Non certo dal tipo di condotta, che è in linea di principio la stessa per qualsiasi tipo di occupazione. Per dar conto della draconiana severità, si potrebbe richiamare lo spessore offensivo insito nell'evento condizionante la punibilità, e cioè il pericolo per la salute o per l'incolumità pubblica. Ma poiché un simile pericolo potrebbe prospettarsi rispetto a invasioni con qualunque scopo, quale logica governa il mite trattamento disposto per gli organizzatori di un'occupazione, ad es. politica o religiosa, da cui sia derivato un pericolo per l'incolumità pubblica, rispetto alla possanza repressiva draconiana riservata a soggetti omologhi per un raduno musicale?
In definitiva, è giocoforza riconoscere che la *ratio distinguendi* è interamente ed esclusivamente dipendente dalla finalità dell'invasione, cioè dalla realizzazione di un «raduno musicale o avente altro scopo di intrattenimento». L'occhio severo del legislatore non bada raduni a scopo di indottrinamento o di propaganda politica, di culto religioso, magico o misteriosofico, di preparazione paramilitare, di sperimentazione antropologico-ambientale, di sfida esistenziale, o per qualsiasi altra finalità più o meno bizzarra, curiosa o ridicola che sia. Gli interessano soltanto i raduni musicali (che, del resto, nemmeno in Afghanistan godono di ottima stampa), o quelli aventi «altro scopo di intrattenimento» (quindi, si può ipotizzare: sportivo, cinematografico, teatrale o gastronomico). Selezione davvero singolare; se si trattasse davvero di una 'selezione', e non, come pare piuttosto, di una frettolosa risposta compulsiva a fenomeni oggetto, nel recente passato, di una tolleranza (va pur detto) sconcertante.
Resta il fatto che un trattamento così stringentemente focalizzato postula una giustificazione razionale e ragionevole: ne va, com'è ovvio, del rispetto del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 cpv. Cost. Le asimmetrie sembrano in effetti piuttosto vistose. Come si è già ricordato, per quanto riguarda gli invasori si tratta di stabilire per quale ragione gli occupanti con finalità patrimonialmente qualificata siano punibili, mentre gli amanti della musica potrebbero risultare immuni. Se poi non dovessero risultare immuni, ma punibili a norma dell'art. 633, occorre chiarire perché i relativi organizzatori siano punibili in base ad una fattispecie incriminatrice loro specificamente riferita, e non trattati invece secondo l'art. 633 co. 4 Cp.

4. Una soluzione formalmente sensata di questi dilemmi potrebbe essere affidata a un novello Alessandro che amputasse la fattispecie dell'art. 633-*bis* di ogni riferimento al tipo di raduno. Sarebbe così punito l'organizzatore e il promotore di qualsiasi invasione di terreni o edifici altrui, pubblici o privati, "quando dall'invasione deriva un concreto pericolo…", e così via seguitando con la condizione di punibilità. Si tratterebbe di un titolo di un reato incentrato sulla incidenza qualificata della condotta (organizzazione o promozione) rispetto all'evento tipico (l'invasione) e sulla pericolosità obiettiva (per salute e incolumità pubblica) dell'invasione stessa. Un lavoretto formalmente pulito, ma sostanzialmente inaccettabile.
La fattispecie speciale vedrebbe infatti gravitare il peso di una sanzione a dir poco ipertrofica (che la colloca ai vertici medio-alti della scala penale, con un minimo che supera quella della calunnia, dell'omicidio stradale, della corruzione di minorenni, degli atti persecutori e via declinando) sul pericolo concreto postulato dalla condizione di punibilità. Ma su di essa finirebbe anche col concentrarsi il nucleo di disvalore significativo per giustificare il livello sanzionatorio; in manifesto contrasto con il principio di colpevolezza così come mirabilmente declinato nella sentenza della Corte

costituzionale 364/1988, che al nucleo di disvalore offensivo esige sia riferito un adeguato coefficiente di colpevolezza.
D'altra parte, la condizione di punibilità non delinea un tipo d'evento; rilascia piuttosto un assegno in bianco. Il richiamo ad un «concreto pericolo», riferito a beni collettivi quali «la salute pubblica» «l'incolumità pubblica», non costituisce una formula magica capace di spartire le acque. Rischia in realtà di confonderle se un tale richiamo non viene utilizzato in modo congruo e pertinente. A tal fine esso deve costituire un indicatore di scala, rispetto a condotte o ad eventi il cui contenuto sia intrinsecamente suscettibile di connotazione e progressione in rapporto a quel tipo di interessi. Limitandosi a qualche esempio, l'incendio di cosa propria (art. 424 co. 2 Cp), l'appiccare un fuoco a scopo di danneggiamento (art. 424 Cp), il danneggiamento di chiuse, sbarramenti, argini, dighe (art. 427 Cp), il danneggiamento di una strada ferrata o di oggetti strumentali al suo esercizio (art. 431 Cp), individuano di per sé una situazione obiettiva capace di evolvere verso congruenti stadi di pericolo per la pubblica incolumità, secondo parametri ben noti: intensità, diffusività, intensificabilità, incontrollabilità. Sensata appare quindi la progressione normativamente delineata in ciascuna di queste fattispecie.
Nel caso qui ipotizzato, si tratterebbe tuttavia di un'occupazione, e cioè di un evento che, di per sé, non è suscettibile di chiamare in causa né la pubblica incolumità, né la salute pubblica. Se una folla di diseredati occupa un albergo di lusso in momentanea stasi, entrerà in gioco la tutela del patrimonio e quella dell'ordine pubblico; non altro, e men che meno la salute (certamente salvaguardata in un ambiente confortevole e protetto) e l'incolumità (sicuramente garantita da una struttura efficiente). Per dirigere la mira verso offese a tali interessi occorre – come risulta evidente – qualificare l'invasione, connotandola per caratteristiche intrinseche suscettibili di fondare questo sguardo prospettico.
È per l'appunto quel che maldestramente ha tentato di fare l'elaboratore dell'art. 633-*bis*, postulando che il «concreto pericolo» debba derivare «a causa dell'inosservanza della norma in materia di stupefacenti ovvero in materia di sicurezza o di igiene degli spettacoli e delle manifestazioni pubbliche di intrattenimento, anche in ragione del numero dei partecipanti ovvero dello stato dei luoghi». Sembra evidente che requisiti di tale fatta, qual che sia la valutazione di congruità relativa, non riguardano il «pericolo», e cioè il giudizio sulla probabile evoluzione di una certa situazione, ma il suo oggetto, e cioè la situazione stessa, che è per l'appunto costituita dall'occupazione. È proprio questa che deve caratterizzarsi per numero di partecipanti, stato dei luoghi e modalità di svolgimento inclusivo di inosservanze, suscettibili nel loro complesso di attingere stadi qualificati di pericolosità. In questo modo elementi ora ridotti al corto circuito dell'imputazione obiettiva recupererebbero il titolo della tipicità offensiva, e quindi approderebbero all'imputazione necessariamente dolosa.

5. Un rifacimento legislativamente 'dignitoso' e passabilmente corretto, riferito a qualsiasi tipo di occupazione recante i 'germi' di una intrinseca pericolosità, sarebbe dunque possibile. Ma ne varrebbe la pena? Proprio per nulla. Il compitino rifatto continuerebbe ad affondare nelle nebbie dell'insensatezza.
L'intento pratico di individuare – grazie ad una raffica di intercettazioni disposte grazie al compiacente massimo edittale – promotori ed organizzatori, potrebbe realizzarsi solo a patto di calpestare il limite di soglia di tale mezzo di ricerca della prova. I gravi indizi di reato (circa l'organizzazione o la promozione dell'occupazione) non possono sussistere prima che quest'ultima si realizzi, determinando poi il pericolo che condiziona la punibilità. D'altro canto, una volta che si sia realizzata, è davvero difficile pensare che siano le intercettazioni a consentire l'individuazione degli eventuali organizzatori o promotori. Quanto all'occupazione che a questo punto serve rimuovere, lo strumento utilizzabile resterà, pur sempre, il sempre verde art. 633 Cp; del tutto sufficiente a farla cessare sol che la polizia giudiziaria applichi l'art. 55 co. 1 Cpp.
De hoc satis: il neonato art. 633-*bis* non è sopravvissuto al parto; versa in istato di morte cerebrale.

LA RIFORMA DELLE "PENE" SOSTITUTIVE

di Dario Guidi
(*Professore associato di diritto penale, Università di Siena)*

Il saggio si propone di fornire uno sguardo di insieme sul nuovo sistema di pene sostitutive, così come organicamente riformato dal d.lgs. n. 150/2022. In particolare, dopo aver passato in rassegna le più rilevanti novità normative, sia sul versante sostanziale che su quello processuale, ci si sofferma sui potenziali profili di criticità, valutando le possibili implicazioni, a livello pratico applicativo, di alcune scelte di fondo operate dal legislatore della riforma.
The essay aims to provide an overview of the new system of substitute sanctions, as organically reformed by Legislative Decree no. 150/2022. In particular, after having reviewed the most relevant regulatory innovations, both on the substantive and on the procedural side, we focus on the potential critical issues, assessing the possible implications, at a practical application level, of some basic choices made by the legislator of the reform.

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali sull'intervento di riforma in materia di sanzioni sostitutive. – 2. Le ragioni della riforma e gli obiettivi perseguiti dal legislatore. – 3. Gli interventi sul codice penale (l'introduzione del nuovo art. 20 *bis* e le modifiche all'art. 175). – 4. Le modifiche più rilevanti sul versante processuale. – 5. La riforma organica delle sanzioni ("pene") sostitutive. – 5.1. Le disposizioni comuni. – 6. I punti deboli della riforma.

1. In attuazione della delega conferita con l'art. 1 co. 17 (lett. da *a* ad *n*)[1] l. 27.9.2021 n. 134 (cd. "legge Cartabia"), il d. lgs. 10.10.2022 n. 150[2] ha introdotto numerose e rilevanti modifiche al "sistema delle sanzioni sostitutive" (oggi "pene" sostitutive). Si tratta di una riforma organica del previgente assetto normativo *in subiecta materia*[3], realizzata dal legislatore delegato attraverso interventi che si articolano su più fronti di disciplina e sono destinati ad operare sinergicamente[4]. Al

[1] Tra i numerosi principi e criteri direttivi contenuti nel citato co. 17 meritano particolare annotazione l'abolizione delle "tradizionali" (ma scarsamente applicate) sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata, l'innalzamento dei limiti di pena detentiva sostituibile e l'esclusione dell'applicabilità della sospensione condizionale della pena alle sanzioni sostitutive.

[2] Recante «delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari».

[3] Sull'originario assetto di disciplina delle sanzioni sostitutive cfr., tra gli altri, F. Giunta, *Sanzioni sostitutive*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano 1986, 823 ss.; C.E. Paliero, *Commento agli artt. 53 e ss. l. 689/1981*, in Aa. Vv., *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"* (Legge 24 novembre 1981 n. 689), Milano 1982, 277 ss.

[4] Come rilevato da autorevole dottrina in sede di primo commento, la revisione delle sanzioni sostitutive rappresenta uno dei versanti di intervento più rilevanti e innovativi della riforma Cartabia: al riguardo cfr.: A. Gargani, *Le "nuove" pene sostitutive*, in *DPP* 2023, 17 ss., ad avviso del quale la delega riguardante le sanzioni sostitutive rappresenta, nell'ambito della riforma del sistema sanzionatorio, «la parte più ampia e, al contempo, più innovativa»; F. Palazzo, *Uno sguardo d'insieme alla riforma del sistema sanzionatorio*, in *DPP* 2023, 11 ss., che considera l'intervento sulle pene sostitutive "il nucleo forte della riforma sanzionatoria" (12); T. Padovani, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato ad ottenere risultati modesti*, in *GD* 2022 (41), 8 ss., secondo cui, pur non potendosi parlare di una vera e propria riforma, la nuova disciplina delle sanzioni sostitutive rappresenta «il punto di forza dell'intervento penalistico» (9). Nello stesso senso, sia pure con riferimento alla legge delega: R. Bartoli, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *DPP* 2021, 1167 ss., ad avviso del quale il profilo della riforma concernente il sistema sanzionatorio, e in particolare la pena pecuniaria e le sanzioni sostitutive, «costituisce, assieme alla giustizia riparativa, la vera grande novità di respiro e di sistema» (1168); ancora, F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *www.sistemapenale.it*, 8.9.2021, che, già in sede di primo commento alla legge 134/2021, considerava la riforma delle sanzioni sostitutive alla stregua di uno degli "assi portanti" della riforma; G. Amarelli, *L'ampliamento*

riguardo, merita fin d'ora sottolineare come l'intervento di riforma in parola non investa soltanto le disposizioni del capo III della l. 689/1981 (dedicato, appunto, alle «sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi»)[5], ma si estenda anche ad altre fonti normative, apportando modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, alla legge sull'ordinamento penitenziario (n. 354/1975), alla l. n. 67/2014 (sia pure limitatamente alla pianta organica dell'UEPE), nonché, infine, al d.p.r. n. 448/1989 (c.d. "codice del processo penale minorile") e al relativo decreto legislativo di attuazione (d.lgs. n. 272/1989). Sul punto, ovviamente, si tornerà meglio più avanti.

Senza voler in alcun modo disconoscere la complessità delle innovazioni apportate dal decreto delegato, si possono individuare, ai fini che qui interessano ed in estrema sintesi, tre principali linee direttrici della riforma: 1) una profonda revisione delle tipologie di sanzione sostitutiva a cui può far ricorso il giudice della cognizione, con correlato innalzamento dei limiti di pena detentiva sostituibile (in pratica, l'unica sanzione sostitutiva che "sopravvive" alla riforma è la pena pecuniaria); 2) il rafforzamento dell'effettività delle sanzioni sostitutive attraverso l'auspicata "emancipazione" dalla sospensione condizionale della pena; 3) l'accentuazione delle finalità special-preventive sottese alla sostituzione[6].

In merito al primo profilo, con il nuovo testo dell'art. 53 l. 689/1981, così come interamente riscritto dall'art. 71 co. 1 lett. *a*) d.lgs. 150/2022, muta radicalmente il catalogo delle pene sostitutive, che ora ricomprende, accanto alla *pena pecuniaria* sostitutiva (prevista anche nel testo previgente ed ora applicabile in sostituzione fino ad un anno), la *semilibertà*, la *detenzione domiciliare* e il *lavoro di pubblica utilità*. Conformemente a quanto previsto dall'art. 1 co. 17 lett. *a)*[7] della legge delega, il Governo ha soppresso ogni riferimento alla *semidetenzione* e alla *libertà controllata*, che quindi non figurano più nel novero delle pene sostitutive. Per quanto concerne il limite di pena inflitta sostituibile[8], la semilibertà e la detenzione domiciliare possono sostituire la reclusione o l'arresto di durata non eccedente i quattro anni; il lavoro di pubblica utilità può sostituire una pena detentiva fino a tre anni e la pena pecuniaria può essere applicata in sostituzione di una pena detentiva inflitta fino al limite di un anno.

In relazione alla semilibertà e alla detenzione domiciliare, la legge delega (art. 1 co. 17 lett. *f*) dava indicazione al Governo di mutuare, in quanto compatibile, la disciplina sostanziale e processuale prevista per le omonime misure alternative alla detenzione (v., rispettivamente, gli artt. 48 e 47 *ter* l. n. 354/1975). Si è perciò puntualmente rilevato che esse «costituiscono una sorta di anticipazione alla fase decisoria delle corrispondenti misure alternative alla detenzione carceraria»[9]. Sussistono

---

delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: luci e ombre, in *PPG* 2022 (1), 234 ss., secondo cui il ripensamento delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi costituisce il "perno centrale" del progetto di ammodernamento del diritto penale sostanziale (235); nonché G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in *www.sistemapenale.it*, 15.10.2021, che osserva come la modifica della disciplina delle pene sostitutive delle pene detentive brevi costituisca «uno dei più rilevanti interventi organici di riforma del sistema penale, nell'ambito della legge delega» (17); T. Travaglia Cicirello, *La riforma delle sanzioni sostitutive e le potenzialità attuabili del lavoro di pubblica utilità*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 21.9.2022, 5, secondo cui «la "Riforma Cartabia" stravolge l'assetto delle sanzioni sostitutive lasciando in piedi il contenitore ed intervenendo profondamente sul contenuto».

[5] Ovviamente anche la rubrica di questo capo è stata modificata, sostituendo il termine "sanzioni" con "pene" (art. 71, co. 1, lett. *cc*), di talché oggi il titolo completo del capo III, lievemente "cacofonico", è il seguente: «pene sostitutive delle pene detentive brevi».

[6] In tal senso la *Relazione su novità normativa*. *La riforma "Cartabia"* (*Rel. n. 2/2023*), Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, Servizio penale, 197; nonché D. Bianchi, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia"*: *una grande occasione non priva di rischi*, in *Verso la riforma del sistema sanzionatorio*. *Atti dell'Incontro di studio di Siena, 10 dicembre 2021*, a cura di R. Bartoli, R. Guerrini, Napoli 2022, 144.

[7] Ai sensi del quale il legislatore delegato era chiamato, appunto ad «abolire le sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata».

[8] Val la pena ricordare che i limiti previsti dall'art. 53 si riferiscono alla pena effettivamente irrogata dal giudice per un determinato reato all'esito della commisurazione giudiziale della pena medesima, e non al limite edittale previsto dalla fattispecie astratta per quel reato.

[9] D. Bianchi, *op. cit.*, 144. Al riguardo, v. anche G.A. De Francesco, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in *Forum sulla proposta di riforma della giustizia penale (Commissione Lattanzi)*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 23.8.2021, 6, secondo il quale «Il disegno è chiaro: considerati i ben noti inconvenienti (e i perduranti malumori, più o

comunque alcune differenze contenutistiche, inevitabilmente correlate alla diversa fase procedimentale in cui le misure vengono adottate nonché ad alcuni profili operativo-funzionali. Con l'introduzione del "lavoro di pubblica utilità" nel catalogo delle pene sostitutive si attribuisce portata generale ad una misura che, nell'attuale assetto di disciplina delle competenze penali del giudice di pace, costituisce una "pena principale", irrogabile da tale giudice per i reati devoluti alla sua competenza *ratione materiae*[10]. Peraltro, l'estensione di questa misura ad altri ambiti dell'ordinamento era già stata sperimentata, in veste di sanzione sostitutiva, con riguardo alla fattispecie contravvenzionale della "guida sotto l'influenza dell'alcool" (art. 186 co. 9 *bis* d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285[11]) e nell'ipotesi di cui all'art. 73 co. 5 *bis* d.P.R. n. 309 del 1990[12] (cioè nel caso in cui uno dei fatti previsti dall'art. 73 sia "di lieve entità"). A differenza di quanto proposto nella Relazione finale redatta dalla "Commissione Lattanzi"[13], l'affidamento in prova al servizio sociale non è stato inserito tra le nuove sanzioni sostitutive e continua quindi ad operare solo come misura alternativa alla detenzione (art. 47 ord. pen.). Questa scelta, come vedremo più avanti, potrebbe in futuro rivelarsi, sul piano degli effetti pratico-applicativi, uno dei punti deboli della riforma.

Venendo alla seconda linea direttrice della riforma, in attuazione dell'art. 1 co. 17 lett. *h*) della legge delega, il nuovo art. 61 *bis* della l. n. 689/1981, così come introdotto dall'art. 71 co. 1 lett. *i*) d.lgs. 150/2022, stabilisce che «Le disposizioni di cui agli articoli 163 e seguenti del codice penale, relative alla sospensione condizionale della pena, non si applicano alle pene sostitutive previste dal presente Capo [*ci si riferisce al nuovo capo III della l. 689/1981, n.d.s.*]». L'obiettivo di attribuire alle sanzioni sostitutive un'area di autonomia e di "effettività applicativa" rispetto alla sospensione condizionale della pena è stato perseguito operando su due piani di intervento, tra loro strettamente correlati: da un lato, sancendo, con la disposizione appena descritta, l'esplicita inapplicabilità della sospensione condizionale alle pene sostitutive; dall'altro lato, elevando il limite di pena inflitta sostituibile a quattro anni di pena detentiva, di talché tale limite oggi coincide, non più con quello di due anni previsto in generale dall'art. 163 Cp per la sospensione condizionale della pena, bensì con quello previsto per la sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656 co. 5 Cpp[14]. Prima di tale ultima modifica, infatti, la piena corrispondenza tra limite massimo di pena inflitta sostituibile e limite massimo di pena inflitta sospendibile (appunto: due anni) aveva determinato una perniciosa sovrapposizione tra le rispettive aree di incidenza dei due istituti, a tutto scapito dell'effettività di applicazione delle sanzioni sostitutive, che risultavano (e risultano tuttora) assai meno vantaggiose della sospensione condizionale[15], posto che quest'ultima, almeno in sede di prima concessione, non

---

meno accentuati o pretestuosi) collegati al progressivo "svilimento" della sanzione lungo l'*iter* che dal processo viene a sfociare nella fase dell'esecuzione, sembra invero emergere l'intento di arrivare finalmente ad "anticipare", già in sede di giudizio, le valutazioni concernenti le predette alternative».

[10] V. art. 54 del d.lgs. 28.8.2000, n. 274, recante «Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace».

[11] Si tratta, com'è noto, del c.d. "Codice della strada".

[12] Rubricato «Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza».

[13] *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*. *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435 (24 maggio 2021)*, consultabile in *www.giustizia.it.*, area "Strumenti", sezione "Commissioni di studio"; nonché in *www.sistemapenale.it.*, 25.5.2021. Per uno sguardo di insieme sul progetto redatto dalla Commissione Lattanzi, v. G.A. De Francesco, *Brevi appunti*, cit., 1 ss.

[14] Cfr., al riguardo, E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*. *Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, in *www.sistemapenale.it*, 30.8.2022, che osserva: «La nozione legale di pena detentiva breve muta radicalmente: il limite massimo passa da due a quattro anni. Pena breve non è più quella che consente l'applicazione della sospensione condizionale *ex* art. 163 Cp, bensì quella la cui esecuzione può essere sospesa *ex* art. 656, co. 5, Cpp, come "manipolato" dalla Corte costituzionale con la sent. 2 marzo 2018, n. 41: si tratta, come si osserva nella Relazione allo Schema di d.lgs., della "massima estensione possibile"» (4).

[15] In argomento v., in particolare, E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it.*, 2.9.2021, 3, il quale, ritenendo che la non sospendibilità delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi costituisca «un passo indispensabile per garantire effettività all'intero sistema delle pene sostitutive»,

comporta necessariamente obblighi o prescrizioni per il condannato[16]. Da quest'angolo visuale, fermo restando il divieto *ex lege* di sospensione delle sanzioni sostitutive, permangono tuttora possibili aree di sovrapposizione, sia in generale con riguardo alla pena detentiva inflitta fino al limite di due anni (in tal caso il giudice può comunque decidere di sospendere la pena anziché di applicare una sanzione sostitutiva anche perché a tale ultimo fine occorre oggi il consenso dell'imputato), sia con riguardo al limite massimo di pena per l'applicazione del lavoro di pubblica utilità sostitutivo (tre anni), che coincide con quello massimo previsto nell'ordinamento per la sospensione condizionale della pena in relazione ai reati commessi da soggetti infra-diciottenni *ex* art. 163 co. 2 Cp.
Con riguardo, infine, alla valorizzazione delle istanze di prevenzione speciale, nella legge 134/2021 si delegava il Governo a «prevedere che le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi possano essere applicate solo quando il giudice ritenga che contribuiscano alla rieducazione del condannato e assicurino, anche attraverso opportune prescrizioni, la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati; disciplinare conseguentemente il potere discrezionale del giudice nella scelta tra le pene sostitutive» (art. 1 co. 17 lett. *c*). Il d.lgs. 150/2022, pur non assumendo la finalità rieducativa a ragione unica ed esclusiva dell'applicazione delle pene sostitutive (non si riproduce l'avverbio "solo" contenuto nella predetta lett. *c*), ha disciplinato il potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive in modo più ampio e dettagliato rispetto al passato ed ha espressamente vincolato tale potere, non solo alla finalità di reinserimento sociale del condannato (già prevista nel vecchio testo dell'art. 58 l. 689/1981), ma anche alla finalità di prevenzione della recidiva, da perseguire mediante opportune prescrizioni (alcune delle quali obbligatorie e standardizzate nel nuovo art. 56 *bis*). In tal modo, come si legge nella Relazione del Massimario, il legislatore delegato persegue l'obiettivo di eliminare la evidente divaricazione tra il momento della indicazione della specie e della durata della pena detentiva ad opera del giudice della cognizione e la fase della determinazione delle modalità di esecuzione della pena stessa ad opera del magistrato di sorveglianza: «nel testo riformato della legge n. 689 del 1981 il giudice della cognizione, già al momento in cui infligge la pena, deve prefigurarsi l'applicanda pena sostitutiva e il relativo progetto attuativo dettagliato in un regime prescrittivo adeguato e il più possibile individualizzato»[17].
Nel contempo, non è più consentita alcuna "presunzione di inadempimento" delle prescrizioni, nel senso che il giudice non opera la sostituzione solo «quando sussistono fondati motivi per ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato» (art. 58, nuovo testo). Inoltre, è oggi previsto che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, scelga la pena sostitutiva più idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato "con il minor sacrificio della libertà

condivide le scelte operate dal legislatore della riforma su questo punto, osservando come in tal modo si possa evitare che tali sanzioni vengano "fagocitate" dalla sospensione condizionale; A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *Verso la riforma del sistema sanzionatorio*, cit., 27, secondo cui «la sovrapposizione della sfera di operatività delle sanzioni sostitutive e della sospensione condizionale ha comportato la sterilizzazione delle prime, in quanto meno convenienti della seconda». Sul problema della scarsa effettività delle sanzioni sostitutive, anche in correlazione con la disciplina che ne consentiva la sospendibilità, cfr. M. Catenacci, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative*: *lo stato dell'arte*, in *RIDPP* 2013, 1156 s. Sul punto, sia consentito rinviare anche a D. Guidi, *Sanzioni sostitutive e sospensione condizionale della pena alla luce della "riforma Cartabia"*, in *Verso la riforma del sistema sanzionatorio*, cit., 85 ss. Sull'annoso e problematico tema dei rapporti tra sospensione condizionale e sanzioni sostitutive, cfr. anche v. F. Palazzo, R. Bartoli, *Certezza o flessibilità della pena*? *Verso la riforma della sospensione condizionale*, Torino 2007, 56 ss.; F. Palazzo, *Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio*?, in *RIDPP* 1983, 819 ss.; nonché E. Dolcini, C.E. Paliero, *Il carcere ha alternative*? *Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano 1989, 275 ss.

[16] Al riguardo, merita ricordare che, ai sensi dell'art. 165 Cp, in sede di prima concessione il giudice "può" e non "deve" subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena ad uno degli obblighi previsti nel co. 1 dello stesso articolo: a) obblighi di indole risarcitorio-restitutoria e di pubblicazione della sentenza di condanna in funzione riparatoria; b) obblighi di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato; c) obblighi di prestazione di attività non retribuita in favore della collettività (se il condannato non si oppone). Solo nel caso in cui la sospensione sia concessa a chi ne abbia già usufruito la subordinazione della concessione ad uno di tali obblighi diventa obbligatoria (in forza del capoverso dell'art. 165).

[17] *Relazione su novità normativa*, cit., p. 198.

personale", indicando le ragioni che giustificano l'applicazione e la tipologia della pena sostitutiva prescelta. In tale disposizione si rinvengono due profili di innovazione rispetto al vecchio testo dell'art. 58 perché, da un lato, l'idoneità della pena sostitutiva deve essere valutata dal giudice, non solo in relazione all'obiettivo di reinserimento sociale, ma anche rispetto alla finalità di rieducazione del reo, e, dall'altro lato, viene esplicitata la regola di giudizio secondo cui il giudice deve scegliere la sanzione sostitutiva che comporta il minor sacrificio della libertà personale, secondo criteri di proporzionalità e di *extrema ratio*[18].

2. Com'è noto, l'esecuzione intramuraria di pene detentive brevi può risultare disfunzionale e controproducente rispetto alla finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27 co. 3 Cost., sia per l'intrinseco effetto desocializzante della segregazione carceraria[19], sia perché, per il delinquente primario autore di reati non gravi, il contatto con l'istituto penitenziario e l'interazione quotidiana con altri detenuti può ostacolare (anziché favorire) il processo di rieducazione e costituire, in taluni casi, addirittura un fattore "criminogeno". Il sistema delle sanzioni sostitutive si propone dunque "storicamente" l'obiettivo precipuo di contrastare gli effetti dannosi delle pene detentive brevi, evitando (o limitando) gli effetti segregativi del carcere quando la pena irrogata in concreto non supera determinate entità. A tale obiettivo si affiancano tradizionalmente gli scopi di deflazione carceraria in genere e di "decongestionamento" del carico giudiziario in particolare, con riguardo all'applicazione delle sanzioni sostitutive nell'ambito dei riti alternativi.
La riforma Cartabia muove dalla presa d'atto dell'insuccesso di tale sistema rispetto agli obiettivi perseguiti, soprattutto a causa di una perdurante crisi di effettività delle "vecchie" sanzioni sostitutive, che nella prassi giudiziaria si sono rivelate inefficaci e strette nella "morsa" della sospensione della pena da un lato, e dell'affidamento in prova *ab initio* dall'altro[20]. Anche lo sforzo di potenziamento e di "rivitalizzazione"[21] delle sanzioni in esame operato con l'art. 4 l. 12 giugno 2003, n. 134 – che ha sostituito i primi due commi dell'art. 53 l. 689/191, ampliando il raggio applicativo della sostituzione mediante l'innalzamento dei limiti di pena ed introducendo il meccanismo dei tassi

[18] Sul punto v. A. Gargani, *Le "nuove pene" sostitutive*, cit., 26; nonché D. Bianchi, *op. cit.*, 147, che, pur in sede di commento alla legge delega, sottolinea come le nuove pene sostitutive «si proiettano verso più onerose finalità di prevenzione speciale mediante risocializzazione (attiva) e mediante neutralizzazione delle fonti di rischio di recidiva (anche "attraverso opportune prescrizioni")».

[19] Si è soliti parlare, al riguardo, di "paradosso penitenziario", nel senso che si persegue una finalità di rieducazione e risocializzazione del reo mediante lo strumento della pena intramuraria e quindi con un "allontanamento dalla società" che si risolve, in ultima analisi, in una "desocializzazione". Su tale contraddizione tra fini perseguiti e mezzi impiegati per raggiungerli v., nella manualistica, F. Ramacci, *Corso di diritto penale*, a cura di R. Guerrini, Torino 2021, 121 ss. Cfr. anche, sul punto, G.M. Flick, *I paradossi del carcere*, in *RPC* 2015 (1), 325 ss., che osserva come il carcere sia «isolato ed impermeabile alla società esterna: emarginazione e separazione di chi sta dentro il carcere, con delle modalità che vanno ben al di là delle esigenze di sicurezza e creano un problema di conflitto con quella parte dell'art. 27 della Costituzione che promuove la tendenza alla rieducazione come obiettivo primario della pena»; A. Abbagnano Trione, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 27.12.2022, 4, secondo cui «Il carcere reca un effetto gravemente disgregante dei legami sociali, favorisce l'assimilazione della cultura desocializzante ed è, in definitiva, un costo sociale piuttosto che una risorsa»; G. Losappio, *La speranza della "rieducazione" e del cambiamento contro la "disperanza" dell'afflizione. A proposito di R. Bartoli, Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, in *www.sistemapenale.it*, 2.12.2022, ad avviso del quale, nella prospettiva di una piena valorizzazione della finalità rieducativa della pena occorre, per un verso, «profondere ogni risorsa disponibile per migliorare il carcere; per l'altro, è necessario un impegno non minore per progettare e realizzare qualcosa di meglio del carcere». Sul rapporto tra pena carceraria e finalità rieducativa v., tra gli altri, V. Maiello, *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli, 2005, 97 ss.; E. Dolcini, *Quale futuro per la pena carceraria*?, in *SP* 2019 (11), 21 ss.; F. Palazzo, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *La pena ancora: tra attualità e tradizione*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, *Studi in onore di E. Dolcini*, Milano 2018, II, 521 ss. In argomento, più in generale, v. T. Padovani, *La pena carceraria*, Pisa 2014. Per una riflessione sulla pena dal punto di osservazione del carcere, v. S. Aleo, *Dal carcere. Autoriflessione sulla pena*, Pisa 2016.

[20] In tal senso la già menzionata *Relazione finale* della Commissione Lattanzi.

[21] L'espressione è di A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 20.1.2022, 2 s.

giornalieri per la sanzione pecuniaria sostitutiva – non ha certo sortito gli effetti sperati, presumibilmente a causa di un orizzonte troppo circoscritto dell'intervento di riforma[22]. Al riguardo, i dati statistici risultano "impietosi": stando alle rilevazioni del Ministero della Giustizia e come si legge nella Relazione finale della Commissione Lattanzi, al 15 aprile 2021 i soggetti in carico all'Ufficio Esecuzione Penale Esterna (UEPE) a titolo di semidetenzione (sanzione sostitutiva della pena detentiva fino a due anni) erano 2; quelli in carico per l'esecuzione della libertà controllata (sanzione sostitutiva della pena fino a un anno) erano 104. Ciò a fronte di un dato complessivo, concernente le misure che prevedono l'esecuzione penale esterna, di oltre 64.000 unità. Nell'anno successivo non vi è stata alcuna inversione di tendenza, come dimostrano dati ancora più recenti. Al 15 dicembre 2022, gli adulti in esecuzione penale esterna in carico a titolo di semidetenzione erano 2, mentre quelli in regime di libertà controllata erano 100, a fronte di un dato totale dei "soggetti in carico per misure" di 74.558 unità[23]. Per farsi un'idea dell'esiguità dei numeri concernenti le sanzioni sostitutive, basti pensare che i soggetti in carico per misure alternative alla detenzione erano, alla stessa data, 35.869, e si registra negli ultimi anni un costante aumento di tali misure, soprattutto con riguardo all'affidamento in prova al servizio sociale[24]. Non per caso, nel descrivere "il merito della proposta" di riforma delle sanzioni sostitutive, la Relazione della Commissione Lattanzi esordiva con l'esigenza di abolire la semidetenzione e la libertà controllata «in quanto sanzioni oggi esistenti solo sulla carta»[25].

Con riguardo alla pena pecuniaria sostitutiva, merita ricordare che la riforma del 2009 (l. 15 luglio 2009, n. 94, recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica"), modificando sensibilmente i criteri di ragguaglio di cui all'art. 135 Cp tra pena pecuniaria e pena detentiva, con innalzamento del minimo giornaliero da 38 a 250 euro, aveva indebolito non poco il ricorso all'unica sanzione sostitutiva dotata di un ambito applicativo degno di nota, cioè la pena pecuniaria. Ed invero, mentre in precedenza la sostituzione con pena pecuniaria poteva essere vantaggiosa per l'imputato anche al fine di non "sprecare" una sospensione condizionale[26], i nuovi criteri di ragguaglio introdotti, appunto, con l'anzidetta l. 94/2009 (250 euro per giorno di reclusione), hanno comportato nella prassi una drastica compressione del ricorso alla sostituzione con la pena pecuniaria, con il rischio, segnalato dalla stessa Corte costituzionale, di trasformare questa misura in «un privilegio per i soli condannati abbienti»[27]. Questo problema è stato oggi opportunamente risolto con la modifica dell'importo minimo giornaliero ai fini della sostituzione (v. *infra*, § 5).

---

[22] In argomento, cfr. F. Giunta, *Le innovazioni introdotte in materia di sanzioni sostitutive dalla legge sul c.d. patteggiamento allargato*, in *SI* 2003, 310 ss.; nonché F. Palazzo, *Il sistema sanzionatorio sempre al centro di riforme grandi e piccole*, in *DPP* 2003, 1062, secondo cui l'intervento del 2003 denotava la netta propensione del legislatore a realizzare l'obiettivo di deflazione sul piano della commisurazione giudiziale piuttosto che su quello delle previsioni edittali.

[23] Cifra che si ottiene sommando *misure alternative alla detenzione*, *sanzioni sostitutive*, *libertà vigilata* (come misura di sicurezza), *sanzioni di comunità* (*id est*: "lavoro di pubblica utilità") e *misure di comunità* (ossia la "messa alla prova").

[24] Questi dati sono reperibili sul sito del Ministero della Giustizia (*www.giustizia.it*) nell'area "Strumenti", sezione "Statistiche".

[25] *Relazione finale*, cit., 65.

[26] Atteso che alla sospensione condizionale della pena si può far ricorso, com'è noto, al massimo per due volte nei limiti complessivi dei due anni di pena massima irrogata dal giudice.

[27] C. cost., 16.1.2020 n. 15, in *DPP* 2020, 468 s., con scheda di V. Aiuti. Per un commento a questa sentenza v., in particolare, L. Goisis, *Il criterio di ragguaglio della pena pecuniaria sostitutiva al vaglio della Corte Costituzionale*: *esigenze di riforma della disciplina*, in *RIDPP* 2015, 913 ss. Nello stesso senso la Consulta si è nuovamente pronunciata in una recente sentenza con cui, rilevato il mancato accoglimento legislativo del monito contenuto nella sentenza n. 15 del 2020, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, co. 2, l. 689/1981, nella parte in cui prevede(va) che «[i]l valore giornaliero non può essere inferiore alla somma indicata dall'art. 135 del codice penale e non può superare di dieci volte tale ammontare», anziché «[i]l valore giornaliero non può essere inferiore a 75 euro e non può superare di dieci volte la somma indicata dall'art. 135 del codice penale», in relazione al combinato disposto degli artt. 3 e 27, terzo co., Cost., alla luce del quale «l'ampia discrezionalità di cui dispone il legislatore nella quantificazione delle pene incontra il proprio limite nella manifesta sproporzione della singola scelta sanzionatoria, sia in relazione alle pene previste per altre figure di reato, sia rispetto alla intrinseca gravità delle condotte abbracciate da una singola figura di reato […]»: C. cost., 1.2.2022 n. 28, in *DPP* 2022, 910 ss., con nota di M. Miedico, *La conversione delle pene pecuniarie: tra maldestri*

I risultati (a dir poco) deludenti del previgente assetto di sanzioni sostitutive si spiegano con almeno tre ragioni di fondo. In primo luogo, sul piano delle scelte di politica criminale, il nostro legislatore ha fin qui mostrato di voler perseguire gli obiettivi di deflazione mediante il rafforzamento della discrezionalità giudiziale, sostanzialmente delegando al giudice «la gestione del sistema sanzionatorio in crisi»[28] anziché intervenire direttamente con l'introduzione di pene alternative *edittali*[29]. In questo *modus operandi*, tuttavia, si annida un vizio d'origine, nel senso che si vuole risolvere un problema strutturale e *di sistema* affidandosi di volta in volta alla c.d. "logica del caso concreto" e alla "prudente valutazione" del giudice[30].
In secondo luogo, come abbiamo già avuto occasione di rilevare, la sovrapposizione tra l'area della pena sospendibile e quella della pena sostituibile ha nuociuto non poco all'effettività delle sanzioni sostitutive, marginalizzandone di fatto l'ambito di concreta applicazione. Non va dimenticato, infatti, che la sospensione condizionale della pena, così come disciplinata nel nostro ordinamento, è assai più vantaggiosa rispetto alla sostituzione della pena detentiva breve, perché tendenzialmente e nella maggior parte dei casi non è subordinata ad alcun obbligo o prescrizione, né comporta, ovviamente, alcuna forma di restrizione della libertà personale. Al riguardo, merita rilevare che il legislatore della riforma avrebbe forse potuto cogliere l'occasione per ripensare l'istituto della sospensione condizionale della pena, che attualmente rappresenta l'unica misura *lato sensu* sospensivo-probatoria a cui l'imputato può accedere in fase decisoria (in realtà, si tratta di una misura "più sospensiva che probatoria"). Nella fase "pre-decisoria" si colloca infatti l'istituto, introdotto nel nostro ordinamento in epoca relativamente recente, della sospensione del procedimento con messa alla prova (artt. 168 *bis* ss. Cp e 464 *bis* ss. Cpp); nella fase "esecutiva" (o post-decisoria) sono presenti *l'affidamento in prova al servizio sociale* (art. 47 ord. pen.) e *la liberazione condizionale ex* art. 176 Cp Nella fase conclusiva del giudizio di primo grado troviamo, appunto, soltanto la sospensione condizionale, che però non può considerarsi a pieno titolo una forma di *probation*, proprio perché attualmente è

interventi legislativi e correttivi della Corte costituzionale, nell'attesa di una riforma complessiva; nonché in *www.giurcost.org* (Consulta online), con nota di G. Nicolò, *La pena pecuniaria come sanzione sostitutiva di pene detentive brevi: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 28 del 2022, in attesa della riforma Cartabia* (18.6.2022). In questo caso la Corte aveva in sintesi applicato all'art. 53 l'importo minimo giornaliero previsto per il decreto penale di condanna *ex* art. 459, co. 1 *bis*, Cpp (appunto: 75 euro). La questione può dirsi oggi superata posto che il nuovo art. 56 *quater*, così come introdotto dal d.lgs. 150/2022, prevede un importo minimo giornaliero molto basso, segnatamente "non inferiore a 5 euro".

[28] A. Gargani, *Le "nuove pene" sostitutive*, cit., 35.

[29] Cfr., sul punto, F. Palazzo, *Le linee portanti della riforma Cartabia*, in *Verso la riforma del sistema sanzionatorio*, cit., 23, che osserva come «la componente di discrezionalità insita nel nuovo sistema delle sanzioni sostitutive è una conseguenza della mancata volontà del legislatore di perseguire l'obiettivo dell'*ultima ratio* carceraria con pene alternative *edittali*, come tali utilizzate già nella comminatoria legale». Anche secondo E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa*, cit., la "strada maestra" per ridurre "strutturalmente" la pena detentiva al ruolo di *extrema ratio* sarebbe stata quella di «un ampliamento della tipologia delle pene principali nonché di una revisione delle comminatorie di pena nelle norme incriminatrici» (3). Cfr. anche G. Amarelli, *L'ampliamento delle sanzioni sostitutive*, cit., 236, che osserva criticamente come "il nuovo spazio" attribuito nel nostro sistema sanzionatorio alla semilibertà, alla detenzione domiciliare, al lavoro di pubblica utilità ed alla pena pecuniaria sia «uno spazio ricavato pur sempre sul fronte secondario della 'degradazione giudiziaria' o 'secondaria' della risposta punitiva edittale, piuttosto che su quello principale della degradazione legislativa o 'primaria' tramite scelte generali ed astratte connesse al disvalore ridotto di taluni reati, seguendo sul versante della risposta sanzionatoria la stessa linea percorsa di recente su quello della non punibilità con istituti come il nuovo art. 131 *bis* Cp».

[30] Come osserva, autorevolmente, T. Padovani, *Riforma Cartabia*, cit., «la formula solutoria è sempre offerta dall'ampliamento della discrezionalità giudiziale. La politica criminale è stata progressivamente delegata alla giurisdizione; che peraltro, intervenendo su casi singoli, non può risolvere il problema; al massimo ne alleggerisce il peso» (8). R. Bartoli, *Verso la riforma Cartabia*, cit., pur riconoscendo che l'idea di percorrere ancora la strada delle alternative al carcere in sede di cognizione costituisca per certi aspetti un passo indietro rispetto ad alcuni recenti tentativi di riforma davvero rivoluzionari, vòlti a prevedere nuove pene principali alternative al carcere (v. i lavori della "Commissione Palazzo"), fa notare come alla base della scelta compiuta dal legislatore della riforma Cartabia vi sia un argomento tecnico di non scarso rilievo: «una vera e propria personalizzazione della risposta punitiva, con conseguente valorizzazione delle istanze rieducative/risocializzanti, si ottiene più in sede di cognizione che in fase di comminatoria edittale, quando cioè si ha a che fare con il reo in carne ed ossa» (1168 s.).

configurata come una misura "vuota" di contenuti, senza prescrizioni o programmi finalizzati al reinserimento sociale del reo, e nella prassi si è trasformata in un beneficio quasi "automatico", la cui concessione viene subordinata esclusivamente ad una (inevitabilmente "sommaria") prognosi favorevole sul futuro comportamento del reo alla luce dei criteri dell'art. 133 Cp[31]. Ma il d.lgs. 150/2022 non interviene su questi profili e si propone di "emancipare" le pene sostitutive dalla sospensione condizionale della pena solo attraverso il divieto di applicazione di quest'ultima alle prime e mediante l'innalzamento del limite di pena massimo per la sostituzione.
In terzo luogo, la crisi di effettività delle sanzioni sostitutive è correlata anche all'interferenza con le misure alternative alla detenzione applicate *ab initio* (mediante la sospensione dell'ordine di esecuzione *ex* art. 656 co. 5 Cpp)[32], posto che la possibilità per il condannato in stato di libertà di accedere a tali misure tende a spostare "il baricentro della sostituzione nella fase esecutiva"[33], delegando così alla magistratura di sorveglianza (peraltro già oberata da un gran numero di istanze di ammissione alle misure alternative)[34] anche il perseguimento di obiettivi di deflazione carceraria. Questa situazione è venuta a determinarsi soprattutto a seguito di una "mutazione genetica" dell'affidamento in prova al servizio sociale, che nell'assetto iniziale di disciplina dell'ordinamento penitenziario si fondava sulla logica della "progressività trattamentale" e quindi veniva concesso solo a seguito dell'esame della personalità del condannato nel corso del trattamento intramurario[35], ed oggi, in virtù delle numerose modifiche apportate nel corso degli anni e dell'anzidetto meccanismo sospensivo di cui all'art. 656 Cpp, trova applicazione prevalente proprio con riguardo a soggetti che si trovano in stato di libertà. Questa "trasformazione" delle misure alternative alla detenzione ha determinato giocoforza un "avvicinamento alla cognizione"[36] di tali misure sotto il profilo contenutistico e "funzionale", visto che anche l'affidamento in prova ha assunto ormai la fisionomia in concreto di una sanzione sostitutiva[37]. Peraltro, l'introduzione del requisito del consenso dell'imputato per l'applicazione delle pene sostitutive potrebbe aver accentuato il pericolo di erosione del raggio applicativo di queste ultime in favore dell'affidamento in prova (ma, sul punto, si tornerà meglio più avanti).

---

[31] Sulle misure sospensivo-probatorie v., *amplius*, il volume *Le misure sospensivo probatorie*. *Itinerari verso una riforma*, a cura di E. Dolcini, A. Della Bella, Milano, 2020, nonché alcuni contributi di approfondimento che si concentrano sull'applicazione di tali misure nelle varie fasi del processo, tutti pubblicati su *RIDPP* 2022 (1): M. Miedico, *Le misure sospensivo-probatorie pre-decisorie*, 221 ss.; D. Bianchi, *Le misure sospensivo-probatorie in fase decisoria*, 235 ss.; M. Venturoli, *Le misure sospensivo-probatorie nella fase esecutiva della pena tra criticità e prospettive di riforma*, 247 ss.

[32] Dando luogo al fenomeno dei c.d.tti "libero-sospesi", cioè condannati a pene fino a quattro anni di reclusione che sono in attesa (talvolta per anni) dell'esito delle proprie istanze di applicazione di una misura alternativa alla detenzione.

[33] Così A. Gargani, *Le "nuove" pene sostitutive*, cit., 19.

[34] Come scrive M. Venturoli, *Le misure sospensivo-probatorie*, cit., 251, «la possibilità di accedere direttamente all'affidamento in prova ha comportato un progressivo aumento delle istanze di ammissione alla misura, che vengono così ad accumularsi sui tavoli dei magistrati di sorveglianza, per numero incapaci di rispondere nei tempi prescritti dalla legge alla mole delle domande».

[35] Ciò spiegava anche l'attribuzione di competenza al Tribunale di Sorveglianza, che nella sua composizione "mista" poteva meglio apprezzare i progressi del condannato attraverso l'osservazione del comportamento tenuto *intramoenia*. Nell'affidamento in prova *ab initio*, viceversa, tale Collegio è chiamato ad una valutazione che forse sarebbe più opportuno affidare alla competenza di un giudice della cognizione.

[36] L'espressione è di F. Palazzo, *Uscire dal disordine sanzionatorio*, in *RIDPP* 2002, 467.

[37] Nello stesso senso si sono espresse le Sezioni Unite penali che, nell'enunciare il principio di diritto secondo cui «l'affidamento in prova al servizio sociale non è applicabile al condannato che debba espiare la sanzione sostitutiva della libertà controllata», hanno affermato quanto segue: «Il confronto delle regole che le disciplinano evidenzia punti di analogia tra sanzioni sostitutive e misure alternative nelle modalità di esecuzione delle prescrizioni e dei controlli in vista del fine di prevenire recidive del soggetto, il cui contatto col regime carcerario s'intende evitare nell'ipotesi di reati lievi o di media gravità; nonché sostanziale identità di "*ratio*" che s'individua nella deflazione carceraria, costituendo l'espiazione "*in vinculis*" il rimedio estremo. […] Si delinea, dunque, dal confronto delle regole che li presidiano, l'omogeneità fra libertà controllata e affidamento in prova (così come tra semidetenzione e semilibertà), confermata dall'espresso richiamo operato da varie norme della L. 689/81 (artt. 55 co. 3, 56 co. 2, 69 co. 1 e 3, 75 co. 2, nonché artt. 62 co. 1, 64 co. 1 e 66 co. 3 correlati all'art. 236 delle norme di coordinamento del codice di procedura penale) a quelle dell'ordinamento penitenziario in materia di decisioni del magistrato o del tribunale di sorveglianza e d'interventi di sostegno del servizio sociale»: Cass. S.U., 19.12.2001 n. 8058, in *FI* 2002, II, c. 442; nonché in *RP* 2002, 465.

Dinanzi ad un quadro così "sconfortante", almeno a livello prasseologico, la riforma Cartabia si propone anzitutto di «rivitalizzare e rivalorizzare le sanzioni sostitutive delle pene detentive, che vengono ora concepite, sin dal *nomen iuris*, come vere e proprie pene sostitutive: ciò per sottolineare come si tratti di vere e proprie pene, per quanto non edittali»[38]. Tali obiettivi vengono perseguiti, lo ribadiamo in estrema sintesi, intervenendo soprattutto su tre fronti: a) ampliando notevolmente l'area della pena "breve" sostituibile, con un "allineamento" del nuovo limite massimo della pena sostituibile (4 anni) con quello entro il quale in sede di esecuzione può applicarsi una misura alternativa alla detenzione; b) modificando radicalmente il catalogo delle sanzioni sostitutive rispetto al passato, con contestuale abolizione della *semidetenzione* e della *libertà controllata*; c) facendo venir meno l'integrale sovrapposizione dell'area della pena sospendibile con quella della pena sostituibile e prescrivendo esplicitamente la non sospendibilità delle pene sostitutive.
Nella riforma delle sanzioni sostitutive, inoltre, si ripongono aspettative di deflazione processuale e penitenziaria, in piena coerenza con l'inquadramento delle modifiche apportate al comparto in esame in un contesto complessivo di interventi volti a migliorare l'efficienza complessiva del processo e della giustizia penale, anche in vista del raggiungimento degli obiettivi indicati dal P.N.R.R. Sul versante processuale, il potenziamento delle pene sostitutive costituisce anzitutto un incentivo ai riti alternativi. Ad esempio, vi è stata una significativa estensione del raggio operativo del decreto penale di condanna, sia per il raddoppio della pena detentiva sostituibile con pena pecuniaria (da sei mesi ad un anno), sia per la possibilità di applicare, appunto con il decreto di condanna, anche il lavoro di pubblica utilità sostitutivo. Ancora, la possibilità di patteggiare una pena sostitutiva di pena detentiva fino a quattro anni promette un sensibile effetto di incentivazione a far ricorso a questo rito speciale, perché in tal modo si potrà evitare l'ingresso in carcere anche per reati di media gravità. Merita poi evidenziare che l'inserimento del lavoro di pubblica utilità tra le pene sostitutive concorrerà giocoforza a ridurre il numero complessivo delle impugnazioni, perché è stata introdotta dalla riforma la inappellabilità delle sentenze di condanna al lavoro di pubblica utilità. Infine, il potenziamento delle pene sostitutive, con innalzamento del limite di pena detentiva inflitta sostituibile, mira a ridurre il numero di procedimenti dinanzi ai Tribunali di sorveglianza, oggi sovraccarichi e impossibilitati, in molti distretti, a far fronte in tempi brevi, o comunque ragionevoli, alle istanze di concessione di misure alternative (come testimonia, peraltro, il fenomeno dei "liberi sospesi", che restano, talora per anni, in attesa della decisione sulla propria istanza).
Sul fronte della deflazione penitenziaria, la riforma Cartabia mira a scardinare, sul piano politico-culturale ancor prima che giuridico, il "primato del carcere", abbandonando quella logica *carcerocentrica* che ancora affligge il nostro ordinamento penale[39]. Ci si propone dunque di contrastare il preoccupante fenomeno del sovraffollamento carcerario riducendo in modo significativo il numero di detenuti per pene brevi, atteso che una percentuale piuttosto elevata di popolazione carceraria sconta *intramoenia* condanne per pene inflitte inferiori a quattro anni. Stando all'ultima rilevazione statistica disponibile sul sito del Ministero della Giustizia, riportata anche nella Relazione illustrativa, al 31 dicembre 2021 i detenuti per pene inflitte in misura inferiore a quattro anni erano 11.262 su 37.631, pari cioè al 29,9% della popolazione carceraria[40]. Tra questi, il numero di detenuti per pene comprese tra due e quattro anni – che, fino ad oggi, non erano né sospendibili né sostituibili – sono 7.854, cifra che rappresenta il 70% dei detenuti condannati a pene detentive brevi e il 21% del totale. Insomma, come si legge nell'anzidetta Relazione, «tali dati – pur al netto di eventuali condizioni soggettive che possano precludere la sostituzione della pena – rendono evidente il possibile impatto della riforma sulla popolazione penitenziaria e sul problema del sovraffollamento carcerario»[41].

[38] Così la *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, in G.U. 19.10.2022, S.G. n. 245, Suppl. straordinario n. 5, 352.
[39] In argomento v., in particolare, E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive*, cit., il quale sottolinea, evocando anche alcuni passaggi del dibattito parlamentare sulla riforma, che la certezza della pena non equivale a certezza del carcere.
[40] Dati consultabili su *www.giustizia.it*, area "Strumenti, sezione "Statistiche" - *Detenuti per durata della pena inflitta*.
[41] *Relazione illustrativa*, cit., 354.

3. L'art. 1 co. 1 lett. *a*) del d.lgs. n. 150 del 2022 ha introdotto nel libro I del codice penale il nuovo art. 20 *bis*, rubricato «Pene sostitutive delle pene detentive brevi» e collocato nel titolo II ("Delle pene"), al capo I ("Delle specie di pene in generale"), dopo la disciplina generale delle pene principali e delle pene accessorie. Alla base di tale modifica si pone l'intento di valorizzare le pene sostitutive all'interno del sistema sanzionatorio penale, «trattandosi di pene applicabili alla generalità dei reati», mediante inserimento nella parte generale del codice di una norma di rinvio che esplichi una funzione sistematica di raccordo con la disciplina contenuta nel capo III della legge 689/1981. Nella Relazione illustrativa si afferma chiaramente che «lo scopo della nuova disposizione è di includere espressamente le pene sostitutive nel sistema delle pene, delineato dalla parte generale del codice, richiamando la disciplina della legge 689 del 1981»[42]. Al riguardo, merita annotazione anche la scelta terminologica di abbandonare la tradizionale denominazione di "sanzioni sostitutive", sostituendola con la nuova dizione "pene sostitutive". Pare dunque evidente la volontà del legislatore di attribuire a questa categoria di sanzioni "dignità sistematica" quasi equivalente alle pene principali e a quelle accessorie. Nondimeno, questi elementi di novità sotto il profilo "topografico" e lessicale non vanno enfatizzati più di tanto, atteso che si tratta pur sempre di sanzioni con funzione sostitutiva della pena principale detentiva e non di pene edittali. Tanto è vero che la mancata esecuzione della pena sostitutiva o la violazione delle prescrizioni in essa contenute comportano, in ultima istanza, il recupero, in tutto o in parte, della pena detentiva originaria (anche se oggi, alla luce del nuovo testo dell'art. 66 l. 689/1981, vi è anche la possibilità di convertire la parte residua di pena sostituita in altra pena sostitutiva più grave). Ed anzi, com'è stato autorevolmente rilevato, la scelta del legislatore della riforma di inserire nella parte generale del codice penale una norma di rinvio alla legge 689/1981 (soluzione peraltro inedita nel nostro ordinamento) «finisce […] in qualche modo per rimarcare l'ennesima occasione – perduta – di estendere il novero delle pene edittali a sanzioni extra-carcerarie»[43].

Venendo al contenuto dell'articolo in esame, nel primo co. è stabilito che le pene sostitutive della reclusione e dell'arresto sono disciplinate dal capo III della l. 689 del 1981 – salvo quanto previsto da particolari disposizioni di legge (si allude, in particolare, ai rispettivi artt. 16 del Testo unico dell'immigrazione e 186 co. 9 *bis* Codice della strada) – e constano in quattro *species*: 1) la semilibertà sostitutiva; 2) la detenzione domiciliare sostitutiva; 3) il lavoro di pubblica utilità sostitutivo; 4) la pena pecuniaria sostitutiva. Nei successivi commi vengono indicati i limiti massimi di pena detentiva inflitta sostituibile con ognuna delle quattro sanzioni indicate (peraltro si tratta di una norma fotocopia, *in parte qua*, dell'art. 53, l.689/1981): fino a quattro anni possono essere applicate in sostituzione la *semilibertà* e la *detenzione domiciliare*; fino a tre anni il lavoro di pubblica utilità; infine, la pena detentiva fino ad un anno può essere sostituita con la pena pecuniaria.

Come si vede, ogni sanzione è espressamente qualificata con l'aggettivo "sostitutiva/o": in tal modo il legislatore ha voluto porre l'accento sulla "natura" di tali sanzioni, onde renderle immediatamente distinguibili da istituti con la medesima denominazione, ma che espletano funzioni diverse e soggiacciono ad una diversa disciplina giuridica. Ci si riferisce, ovviamente, alla semilibertà e alla detenzione domiciliare quali misure alternative alla detenzione; al lavoro di pubblica utilità contemplato come pena principale irrogabile dal giudice di pace o disposto nell'ambito della sospensione condizionale della pena o della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato; ovvero, infine, alla pena pecuniaria prevista come pena principale (multa/ammenda).

L'art. 1 co. 1 lett. *n*) del decreto delegato ha inserito nell'art. 175 Cp (*Non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale*) un nuovo terzo co., ai sensi del quale «La non menzione della condanna può essere concessa anche in caso di condanna a pena sostitutiva di una pena detentiva, entro i limiti di pena di cui al primo e al secondo co.». Com'è noto, ai sensi del primo co. dell'articolo in esame, se in sede di prima condanna è inflitta una pena detentiva non superiore a due anni, ovvero

[42] *Relazione illustrativa*, cit., 354.
[43] A. Gargani, *Le "nuove" pene sostitutive*, cit., 21.

una pena pecuniaria pari a quella risultante dal ragguaglio della pena detentiva di due anni a norma dell'art. 135 Cp[44], il giudice, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 133 Cp, può ordinare in sentenza che non sia fatta menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale spedito a richiesta di privati (non per ragione di diritto elettorale). Il successivo co. 2 estende la non menzione anche al caso in cui vengano inflitte congiuntamente una pena detentiva non superiore a due anni ed una pena pecuniaria, che, ragguagliata a norma dell'articolo 135 e cumulata alla pena detentiva, priverebbe complessivamente il condannato della libertà personale per un tempo non superiore a trenta mesi.
Ebbene, con l'intervento in esame il legislatore della riforma ha voluto estendere espressamente alle pene sostitutive delle pene detentive brevi il beneficio della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale spedito a richiesta di privati. Del resto, sarebbe incongruo ed irragionevole concedere il beneficio della non menzione in caso di condanna a pena detentiva da scontare in istituto penitenziario e negarlo nell'ipotesi in cui, all'esito di una positiva valutazione, tale pena sia stata sostituita. L'esplicita previsione dell'applicabilità del beneficio anche in caso di sostituzione della pena detentiva è quindi funzionale ad attenuare gli effetti negativi e di stigmatizzazione sociale normalmente correlati alla condanna penale, incentivando il condannato, sia pure indirettamente, allo svolgimento di un'attività lavorativa e favorendo il suo reinserimento sociale. Va detto però che, prima della riforma, il raggio operativo dell'istituto in esame era "coordinato" con la disciplina delle sanzioni sostitutive, nel senso che il limite di due anni di pena inflitta di cui all'art. 175 Cp corrispondeva esattamente al tetto massimo della pena detentiva sostituibile. Oggi la situazione è cambiata perché si può far ricorso al meccanismo della sostituzione anche per pene detentive fino a quattro anni mentre il testo dell'art. 175 Cp è rimasto per tale aspetto invariato. Il beneficio della non menzione continua dunque ad essere applicabile solo in caso di condanna a pena detentiva non superiore a due anni, anche in caso di sostituzione. Sul punto il Governo non ha potuto che prendere atto dell'assenza di delega per l'innalzamento del limite di pena anche ai fini della non menzione: «In assenza di una delega legislativa, non si ritiene possibile, per quanto limitatamente alla condanna a pena sostitutiva, intervenire sul limite massimo della pena detentiva richiamato dall'art. 175 Cp»[45].

4. Come già abbiamo avuto occasione di anticipare, la riforma delle sanzioni sostitutive si propone anche ambiziosi obiettivi di deflazione processuale, che vengono perseguiti attraverso interventi di modifica sul codice di rito, con particolare riguardo ai procedimenti speciali. Da quest'angolo visuale, appaiono anzitutto molto rilevanti le modifiche apportate al decreto penale di condanna di cui all'art. 459 Cpp. In particolare, l'art. 28 co. 1 lett. *a*) d.lgs. 150/2022 ha sostituito interamente il precedente co. 1 *bis*[46] ed ha inserito un nuovo co. (1 *ter*) nel testo dell'articolo. Il nuovo enunciato normativo del co. 1 *bis*, ferme restando le modalità di determinazione dell'ammontare della pena pecuniaria nel caso di irrogazione di una pena pecuniaria in sostituzione di una pena detentiva (si individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato e lo si moltiplica per i giorni di pena detentiva), introduce tre significative innovazioni: a) il criterio da seguire per il computo del valore giornaliero è stato adeguato al criterio dettato dal nuovo art. 56 *quater* l. n. 689/1981 in materia di pena pecuniaria sostitutiva, di talché è previsto che esso corrisponda alla quota di reddito giornaliero che può essere impiegata per il pagamento della pena pecuniaria, tenendo conto delle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare; b) la forbice edittale del

[44] Ciò a seguito della sentenza della Corte costituzionale 17 marzo 1988, n. 304, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del testo originario di questo co., nella parte in cui prevedeva che la non menzione nel certificato del casellario giudiziale di condanna a sola pena pecuniaria potesse essere ordinata dal giudice quando la pena non fosse superiore ad euro 516 anziché alla somma risultante dal ragguaglio tra pena detentiva e pena pecuniaria ai sensi dell'art. 135 Cp: C. cost., 17.3.1988, in *GP* 1988, I, 399.
[45] *Relazione illustrativa*, cit., 356.
[46] Comma che peraltro era stato inserito nell'art. 459 Cpp in epoca relativamente recente, cioè con la legge 23 giugno 2017, n. 103 (art. 1, co. 53).

valore giornaliero è stata determinata in applicazione del criterio di delega di cui all'art. 1 co. 17 lett. *l* (minimo indipendente da quello fissato nell'art. 135 Cp e massimo non superiore a 250 euro per il decreto penale di condanna) e quindi oggi si estende da un minimo di 5 a un massimo di 250 euro; c) viene prevista la possibilità per il giudice di irrogare con decreto penale di condanna, in luogo della pena pecuniaria, il lavoro di pubblica utilità sostitutivo di cui all'art. 56 *bis* l. 689/1981. Con riguardo a quest'ultimo punto, il Governo si è trovato dinanzi alla difficoltà di armonizzare la disciplina "tradizionale" del decreto penale di condanna in caso di sostituzione di pena detentiva con pena pecuniaria (non viene fissato un tetto massimo di pena ma il limite si determina "mutuando" quello della sostituzione con pena pecuniaria), con il nuovo ambito applicativo del lavoro di pubblica utilità come pena sostitutiva.
In altri termini, il legislatore delegato si è posto il problema se ampliare l'ambito operativo del decreto penale di condanna, in relazione alla sostituzione con il lavoro di pubblica utilità, fino a tre anni di pena inflitta, o se invece dovesse trovare applicazione il "nuovo" limite generale previsto per la sostituzione con pena pecuniaria, oggi pari ad un anno. La prima opzione avrebbe comportato un'estensione del raggio applicativo del decreto anche a reati piuttosto gravi, considerando che il beneficio del rito comporta una diminuzione del minimo edittale sino alla metà[47]. Nel secondo caso si sarebbero evitati "stravolgimenti" rispetto all'attuale disciplina del decreto penale di condanna, ma ciò avrebbe comportato una "parificazione *ex lege*" nel limite di pena tra due diverse sanzioni sostitutive, in deroga alle disposizioni del capo III della l. 689/1981. Ebbene, tra le due possibili soluzioni interpretative si è optato per quella che limita la possibilità di applicare il lavoro di pubblica utilità in sostituzione di pena detentiva fino ad un anno e non a tre. E infatti è stata inserita nel testo del co. 1 *bis*, all'inizio del secondo alinea, la locuzione "entro gli stessi limiti", che fa riferimento alla pena pecuniaria sostitutiva. La soluzione appare senz'altro condivisibile, sia perché la legge delega su questo punto (art. 1 co. 17 lett. *e*) impone al Governo di prevedere che con il decreto penale di condanna la pena detentiva possa essere sostituita, "oltre che con la pena pecuniaria", con il lavoro di pubblica utilità, e dunque pare voler configurare quest'ultima sanzione sostitutiva come un'alternativa alla pena pecuniaria che si colloca all'interno della stessa cornice applicativa di quest'ultima, sia perché, come si legge nella Relazione illustrativa, sotto il profilo sistematico «sembra insostenibile prevedere la possibilità di condanne *inaudita altera parte* e con contraddittorio differito per fatti potenzialmente assai gravi e rilevanti»[48].
Al fine poi di coordinare le peculiarità del procedimento per decreto, rito semplificato *per excellentiam* e "a contraddittorio eventuale", con la nuova disciplina del lavoro di pubblica utilità come pena sostitutiva, il d.lgs. 150/2022 ha previsto due diverse scansioni temporali in cui si può far luogo alla sostituzione. In primo luogo, il co. 1 *bis* contempla l'ipotesi in cui l'indagato che è a conoscenza del procedimento penale a suo carico prenda l'iniziativa prima dell'esercizio dell'azione penale e si attivi presso il pubblico ministero con la richiesta di decreto penale di condanna al lavoro di pubblica utilità sostitutivo, fornendo egli stesso la documentazione necessaria con il supporto dell'Ufficio di Esecuzione Penale Esterna (d'ora in avanti: UEPE), e cioè presentando un programma di trattamento elaborato da tale Ufficio con la relativa dichiarazione di disponibilità dell'ente ivi indicato. In tal caso la richiesta dell'indagato assolve il duplice requisito della non opposizione e del consenso alla pena sostitutiva e la documentazione prodotta tramite l'UEPE definisce i contenuti del lavoro di pubblica utilità da sottoporre alla delibazione del giudice.
In secondo luogo e in alternativa, il nuovo co. 1 *ter* dell'art. 459 Cpp contempla l'ipotesi, presumibilmente assai più frequente al livello prasseologico, in cui il lavoro di pubblica utilità possa essere applicato dopo l'emissione di un decreto penale di condanna a pena pecuniaria sostitutiva. Questa disposizione sottende la consapevolezza di un dato empirico ed è ispirata a "buon senso applicativo": sono assai rari i casi di attivazione tempestiva e diligente dell'indagato, che dovrebbe

[47] Ai sensi dell'art. 459, co. 2, Cp: «Il pubblico ministero può chiedere l'applicazione di una pena diminuita sino alla metà rispetto al minimo edittale».
[48] *Relazione illustrativa*, cit., 410.

essere a conoscenza fin dall'inizio sia del procedimento a suo carico che delle opzioni procedimentali disponibili. Anche in questa ipotesi la procedura è semplificata ed è coerente nelle sue scansioni temporali con l'esigenza del consenso dell'interessato per l'applicazione di pene sostitutive. Segnatamente, entro quindici giorni dalla notificazione del decreto l'imputato, personalmente o a mezzo di procuratore speciale[49], può formulare istanza di sostituzione della pena detentiva con il lavoro di pubblica utilità, rinunciando nel contempo all'atto di opposizione e chiedendo, nell'ambito della stessa istanza, un termine di sessanta giorni per depositare la dichiarazione di disponibilità dell'ente o dell'associazione di cui all'articolo 56 *bis* co. 1 l. 689/1981, e il programma redatto dall'UEPE.
Il legislatore della riforma ha tratto qui ispirazione dalla prassi interpretativa dell'art. 186 co. 9 *bis* d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285 (c.d. "codice della strada"), invalsa da tempo in senso agli uffici del giudice per le indagini preliminari in materia di reati stradali, e in forza della quale detti giudici ritengono applicabile il lavoro di pubblica utilità anche in sostituzione della pena pecuniaria irrogata con il decreto penale di condanna già emesso. Sul punto si è pronunciata anche la Suprema Corte, confermando la validità di tale soluzione interpretativa: «in caso di avvenuta emissione di decreto penale di condanna, il Giudice per le indagini preliminari, può, su istanza dell'imputato presentata nel termine di quindici giorni dalla notifica del provvedimento, ed in assenza di presentazione, da parte di questi, di atto di opposizione, sostituire la pena pecuniaria di cui al decreto penale con quella del lavoro di pubblica utilità prevista dall'art. 186 co. 9 *bis* d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285»[50].
Altra modifica molto rilevante in chiave processuale, ma strettamente correlata alla nuova disciplina delle pene sostitutive, consta nell'inserimento, all'interno del titolo III ("Sentenza") del libro VII ("Giudizio") del codice di procedura penale, dell'art. 545 *bis*, rubricato «condanna a pena sostitutiva». Questa disposizione introduce nell'ordinamento un'udienza di "*sentencing*" (sul modello anglosassone) appositamente dedicata alla decisione sulla sostituzione e alla eventuale scelta della pena sostitutiva applicabile ai sensi dell'art. 58 l. n. 689/1981 (che a sua volta disciplina il potere discrezionale del giudice *in subiecta materia*). Segnatamente, è previsto che, nei casi in cui non sia stata ordinata la sospensione condizionale e la pena applicata non ecceda i quattro anni, il giudice, subito dopo la lettura del dispositivo della sentenza di condanna, se ricorrono le condizioni (in astratto) per la sostituzione della pena detentiva con una o più delle pene sostitutive indicate all'art. 53, ne dia avviso alle parti onde fissare un'eventuale udienza *ad hoc* per la decisione. Si tratta di un passaggio "eventuale", nel senso che il giudice dispone la celebrazione di tale udienza solo ove ritenga di non poter decidere immediatamente e l'imputato presti il suo consenso, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, alla sostituzione della pena detentiva con una pena diversa dalla pena pecuniaria (il consenso, infatti, non è necessario in caso di sostituzione con quest'ultima tipologia di pena sostitutiva). Nel caso in cui sussistano tali condizioni, il giudice, sentito il pubblico ministero, sospende il processo e fissa una apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestuale avviso alle parti e all'UEPE territorialmente competente. Ovviamente, se vi è il consenso dell'imputato e il giudice ritiene di poter decidere immediatamente, la sostituzione può avvenire direttamente nell'udienza in cui si dà lettura del dispositivo di condanna, senza dover fissare un'ulteriore udienza.
Al fine di decidere sulla sostituzione della pena detentiva e sulla scelta della pena sostitutiva, nonché ai fini della determinazione degli obblighi e delle prescrizioni relative, il giudice può acquisire dall'UEPE e, se del caso, dalla polizia giudiziaria, tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita, personali, familiari, sociali, economiche e patrimoniali dell'imputato. Inoltre, è previsto che il giudice possa acquisire dai soggetti indicati dall'articolo 94 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 (si tratta della norma che disciplina l'affidamento in prova per persone

[49] Si tratta quindi di un atto "personalissimo", per cui è richiesta procura speciale se non compiuto personalmente dall'imputato, analogamente, del resto, a quanto già oggi previsto per la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova.
[50] Cass. 23.2.2021, n. 6879, in *DPP* 2021, 433.

tossicodipendenti o alcooldipendenti che abbiano in corso un programma di recupero o che ad esso intendano sottoporsi), la certificazione di disturbo da uso di sostanze o di alcol ovvero da gioco d'azzardo e il programma terapeutico che il condannato abbia in corso o a cui intenda sottoporsi. Questa dettagliata disciplina delle informazioni che il giudice può acquisire prima di assumere la propria decisione dimostra l'importanza che il legislatore della riforma attribuisce alle finalità rieducative e di reinserimento sociale del reo. Avendo a disposizione "un ampio e diversificato ventaglio" di pene sostitutive, il giudice della cognizione è chiamato ad una complessa valutazione circa l'*an* e il *quomodo* della sostituzione, sempre assumendo come punto di riferimento la duplice finalità di rieducazione del condannato e di prevenzione del pericolo di commissione di nuovi reati da parte di quest'ultimo. Tale valutazione deve essere quindi fondata su un adeguato "bagaglio conoscitivo", che tenga conto anche delle condizioni di vita e della personalità del condannato, nonché di eventuali problemi di dipendenza da alcool, droghe o gioco d'azzardo[51]. In quest'ottica, assume fondamentale rilievo il coinvolgimento degli Uffici di esecuzione penale esterna, il cui personale dispone delle necessarie competenze per elaborare il programma di trattamento e per fornire un quadro informativo tendenzialmente completo ed esaustivo.
Altrettanto significativa è la scelta del legislatore di consentire l'instaurazione di un contraddittorio anche in questa delicata fase in cui il giudice ha il compito di scegliere la pena sostitutiva «più adeguata a contemperare le esigenze di risocializzazione costituzionalmente connesse alla sanzione penale (art. 27 co. 3 Cost.) con quelle retributive e special-preventive ad essa comunque connaturate»[52]. Anche la difesa dell'imputato è dunque chiamata a fornire il proprio contributo alla raccolta di informazioni utili per la decisione del giudice, introducendo nel procedimento elementi conoscitivi ulteriori rispetto a quelli acquisiti mediante l'UEPE e/o la polizia giudiziaria. A tal fine, è previsto che le parti possano presentare documenti e memorie in cancelleria fino a cinque giorni prima dell'udienza, nonché, in qualsiasi momento, depositare documentazione presso l'UEPE.
Ma il profilo di maggiore criticità in tale assetto di disciplina è rappresentato dalla necessità di acquisire il consenso dell'imputato alla sostituzione. Al riguardo, va subito detto che le legge delega si limitava a richiedere la non opposizione dell'imputato solo con riguardo alla sostituzione della pena detentiva con il lavoro di pubblica utilità[53], senza modificare per il resto la regola della applicabilità *ex officio* delle altre pene sostitutive. Con l'art. 31 d.lgs. 150/2022, che appunto ha introdotto nel codice di procedura penale il nuovo art. 545 *bis*, l'applicazione di tutte le pene sostitutive diverse da quella pecuniaria è subordinata al consenso dell'imputato, quindi, a ben riflettere, non ci si accontenta della mera mancanza di opposizione ma si richiede un atto "positivo" di "assenso" alla sostituzione. Peraltro, le modalità di prestazione del consenso non vengono specificamente disciplinate, essendo previsto soltanto che tale consenso venga espresso personalmente o a mezzo di procuratore speciale. L'unico dato certo, quindi, è che deve trattarsi di un atto "personalissimo" e di una manifestazione di volontà esplicita, non essendo sufficiente un consenso desunto dalla mera inerzia dell'imputato o del suo difensore, anche in ragione della rilevanza delle conseguenze che gravano sul condannato[54].
La scelta di richiedere il consenso dell'imputato per l'applicazione delle pene sostitutive diverse da quella pecuniaria è spiegata nella Relazione illustrativa con l'esigenza di evitare disparità di trattamento tra il condannato alla pena della reclusione fino a quattro anni non sostituita, che può

[51] Come afferma A. Abbagnano Trione, *Le latitudini applicative*, cit., 6, «La riforma "investe" sul giudice e ne potenzia la discrezionalità, ingiungendogli di prestare maggiore attenzione al "vissuto" del reo, in una miscela verosimilmente feconda tra discrezionalità e prevenzione individuale positiva. Del resto, nella discrezionalità penale è compendiato un potere che tende precipuamente alla individualizzazione della pena».
[52] *Relazione illustrativa*, cit., 413.
[53] Ciò in considerazione del divieto di lavori forzati od obbligatori *ex* art. 4, co. 2, CEDU, e del regime di inappellabilità delle sentenze che applicano il lavoro di pubblica utilità, oggi previsto dal nuovo co. 3 dell'art. 593 Cpp. Sul punto, v. A. Gargani, *Le "nuove" pene sostitutive*, cit., 27.
[54] Nella relazione illustrativa si rinviene un'ulteriore indicazione circa i requisiti del consenso con riguardo al lavoro di pubblica utilità: «Pare […] necessario – per esigenze di coerenza sistematica – che l'assenso alla sostituzione della pena principale con il lavoro di pubblica utilità sia formalizzato in modi coerenti a quelli previsti dalle disposizioni che regolamentano la rinuncia all'impugnazione (cfr. art. 589 Cpp, nel testo oggi vigente)»: *Relazione illustrativa*, cit., 414.

chiedere l'affidamento in prova al servizio sociale, beneficiando della sospensione dell'ordine di esecuzione *ex* art. 656 Cpp e quindi senza alcuna restrizione della libertà personale (almeno fino alla decisione del Tribunale di sorveglianza), e il condannato alla pena detentiva della stessa entità a cui però il giudice applica la sostituzione con la semilibertà o la detenzione domiciliare e per il quale la sentenza definitiva diviene immediatamente esecutiva. Il problema nasce dal fatto che l'affidamento in prova al servizio sociale non è stato incluso, nonostante la proposta in tal senso della Commissione Lattanzi, tra le pene sostitutive, e dunque potrebbe risultare più vantaggioso per l'imputato subire una condanna a pena detentiva non sostituita in modo da ottenere poi la sospensione dell'ordine di esecuzione e, in un secondo momento, l'affidamento in prova (se concesso dal Tribunale di sorveglianza), che ovviamente presenta un contenuto meno afflittivo sia rispetto alla semilibertà (che comporta il dover trascorrere almeno 8 ore in carcere), sia rispetto alla detenzione domiciliare (che comporta una restrizione della libertà personale mediante confinamento nel domicilio). Proprio in considerazione della rilevanza delle conseguenze che discendono dall'applicazione di sanzioni sostitutive, cioè l'immediata esecutività delle stesse (ai sensi degli artt. 62 e 63 l. 689/1981) e la preclusione rispetto ad una successiva concessione dell'affidamento in prova (se non nell'ipotesi in cui il condannato abbia scontato almeno due anni di semilibertà o di detenzione domiciliare), il d.lgs. 150/2022 persegue l'obiettivo di responsabilizzare tutti i "protagonisti" di questa fase processuale: il giudice viene messo nelle condizioni di ponderare adeguatamente le proprie valutazioni in ordine alla sostituzione e alla scelta delle misura più adatta alle esigenze di risocializzazione e special-prevenzione; l'imputato viene messo nelle condizioni di scegliere se prestare il consenso all'applicazione di una pena sostitutiva o rimanere nella condizione di "libero sospeso" fino alla decisione del Tribunale di sorveglianza, con la speranza di rimanere poi a piede libero in caso di concessione dell'affidamento in prova. In conclusione, si può forse affermare che il punto debole della nuova disciplina delle pene sostitutive consta, non tanto nella necessità che l'imputato presti il consenso alla sostituzione, quanto, "a monte, nella mancata inclusione dell'affidamento in prova tra le sanzioni sostitutive (v. *infra*, § 6).

5. L'art. 71 d.lgs. n. 150/2022, recante «modifiche alla legge 24 novembre 1981, n. 689», ha interamente riformato il capo III di detta legge, modificando numerosi articoli e inserendone di nuovi, nonché sostituendo la rubrica del capo stesso, che oggi recita "pene sostitutive delle pene detentive brevi"[55]. Inoltre, l'articolo in esame ha apportato alcune modifiche, sia pure in misura più ridotta, anche al capo V della l. 689/1981. La riforma viene attuata operando essenzialmente su due "binari" di intervento: la disciplina delle singole pene sostitutive; le disposizioni in materia di disciplina comune e di coordinamento con le norme processuali.
Il capo III si apre con il nuovo art. 53, che sostituisce interamente il testo precedente e introduce nel suo primo co. un nuovo "catalogo" di pene sostitutive. Come abbiamo visto in sede di commento del nuovo art. 20 *bis* Cp, vengono introdotte *ex novo*, quali pene sostitutive, la semilibertà e la detenzione domiciliare, sostitutive della pena detentiva inflitta in misura non superiore a quattro anni, e il lavoro di pubblica utilità, sostitutivo della pena detentiva inflitta in misura non superiore a tre anni; resta la pena pecuniaria, sostitutiva della pena detentiva inflitta in misura non superiore a un anno ed unica "sopravvissuta" tra le pregresse sanzioni sostitutive, atteso che non vi è più alcun riferimento alla *semidetenzione* e alla *libertà controllata* che, conformemente alle chiare indicazioni della legge delega sul punto, fuoriescono dal novero delle pene sostitutive. Il limite massimo di pena sostituibile viene quindi raddoppiato (da due a quattro anni) così come viene raddoppiato il limite per la sostituzione con la pena pecuniaria (da sei mesi ad un anno). Come è stato autorevolmente osservato, «il sistema delle sanzioni sostitutive è strutturato a piramide, attraverso la previsione di quattro distinte fasce applicative lungo le quali si distribuiscono le varie tipologie sanzionatorie»[56]. Ed invero, la tecnica legislativa utilizzata, in continuità con la disciplina previgente su questo punto, delinea una

[55] Mentre in precedenza, com'è noto, recava la rubrica "sanzioni sostitutive di pene detentive brevi".
[56] F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale*, cit., 12.

progressione verso il limite massimo di pena sostituibile in cui il numero di pene sostitutive applicabili dal giudice, in via alternativa, man mano si assottiglia. In particolare, quando la pena detentiva è irrogata entro il limite di un anno, tutte e quattro le pene sostitutive possono essere applicate. Quando la pena detentiva è irrogata da un anno e un giorno a tre anni, possono concorrere lavoro di pubblica utilità, detenzione domiciliare e semilibertà. Quando, infine, la pena detentiva è irrogata da tre anni e un giorno a quattro anni, possono trovare applicazione quali pene sostitutive soltanto la detenzione domiciliare o la semilibertà. Nella scelta della pena sostitutiva applicabile il giudice è guidato, come vedremo più avanti, dai criteri indicati nell'art. 58. Merita anche rilevare che nel primo co. dell'art. 53 è contenuto un esplicito riferimento alla possibilità di applicare le pene sostitutive anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. "patteggiamento"): il d.lgs. 150/2022 ha così recepito un'espressa indicazione della legge delega (art. 1 co. 17 lett. *e*), aggiornando peraltro la disciplina dell'art. 53 l. n. 689/1981, che nella sua versione originaria era ovviamente precedente all'introduzione del rito speciale nel codice di procedura penale del 1988[57].
Omettendo di soffermarsi sul capoverso dell'art. 53, che concerne la possibilità di applicare il lavoro di pubblica utilità sostitutivo con decreto penale di condanna e di cui già abbiamo parlato, occorre per un momento concentrare l'attenzione sul nuovo terzo co., che disciplina la sostituzione nel caso di concorso formale di reati e di reato continuato. Sul punto si registra una netta discontinuità rispetto alla normativa precedente. Ed invero, in base all'attuale formulazione del predetto co., «ai fini della determinazione dei limiti di pena detentiva entro i quali possono essere applicate pene sostitutive, si tiene conto della pena aumentata ai sensi dell'articolo 81 del codice penale». Nel vecchio testo dell'art. 53, viceversa, era previsto che il giudice, quando per ciascun reato in concorso o in continuazione fosse consentita la sostituzione della pena detentiva, tenesse conto dei limiti massimi di pena per la sostituzione solo in relazione alla pena che avrebbe dovuto infliggersi per il reato più grave[58]. In tal modo i limiti di pena per la sostituzione potevano risultare addirittura "triplicati" in caso di concorso formale di reati o di reato continuato. Il giudice, infatti, al fine della sostituzione della pena detentiva non doveva tener conto dell'aumento di pena conseguente al cumulo giuridico di cui all'art. 81 Cp (pena inflitta per il reato più grave, aumentata sino al triplo), di talché tale aumento veniva "sterilizzato"[59], dovendosi tenere conto solo della pena da infliggersi per il reato più grave. Tale disciplina poteva ritenersi compatibile con il previgente limite massimo di pena per la sostituzione, pari a due anni di pena detentiva inflitta, e risaliva comunque alla formulazione originaria dell'art. 53 l. 689/1981, quando il limite massimo era ancora inferiore, cioè pari a sei mesi. Oggi l'applicazione di un sistema di calcolo siffatto porterebbe ad esiti del tutto irrazionali e incompatibili con il concetto di pena detentiva breve. Si pensi all'ipotesi in cui il giudice infligga la pena detentiva nella misura massima sostituibile (quattro anni), applicando poi l'aumento massimo per il concorso o per la continuazione (*id est*: il triplo della pena più grave); in tal caso, ove si applicasse la vecchia regola "annullando" l'aumento della pena per il cumulo giuridico si potrebbe arrivare a sostituire una pena detentiva pari a dodici anni: «si tratterebbe, all'evidenza, di una pena non di breve durata, incompatibile con la logica, le finalità e la disciplina delle pene sostitutive»[60]. Ci pare dunque condivisibile la scelta del legislatore della riforma di introdurre una disciplina radicalmente diversa, alla luce della quale il giudice potrà sostituire la pena detentiva solo se, dopo aver determinato l'aumento di pena per il concorso formale o la continuazione dei reati, la pena detentiva irrogata non ecceda i quattro anni.
I successivi articoli da 55 a 56 *bis* sono dedicati alle pene sostitutive non pecuniarie, e quindi alla *semilibertà* (art. 55), alla *detenzione domiciliare* (art. 56) e al *lavoro di pubblica utilità* (art. 56 *bis*), che sono collocate in ordine di decrescente afflittività. Nel successivo art. 56 *ter* sono elencate le

[57] Va detto che comunque la possibilità di applicare una sanzione sostitutiva in sede di patteggiamento è prevista in generale dall'art. 444, co. 1, Cpp.
[58] Questa disposizione era contenuta nel "vecchio" quarto co. dell'art. 53. L'originario terzo co., che si riferiva, in tema di giudizio per decreto, a una disciplina precedente al codice di rito del 1988, è stato abrogato.
[59] L'espressione è utilizzata nella *Relazione illustrativa*, cit., 358.
[60] *Relazione illustrativa*, cit., 358.

prescrizioni comuni che necessariamente si accompagnano all'applicazione di tali pene sostitutive. In attuazione di quanto previsto nella legge delega (art. 1 co. 17 lett. *f*), alla semilibertà e alla detenzione domiciliare sostitutive si applica, in quanto compatibile, la disciplina sostanziale e processuale prevista dalla legge sull'ordinamento penitenziario per le corrispondenti (e omonime) misure alternative alla detenzione[61]; per il lavoro di pubblica utilità sostitutivo viene mutuata, sempre nei limiti di compatibilità, la disciplina prevista dal d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, in relazione all'omonima pena principale irrogabile dal giudice di pace, «fermo restando che il lavoro di pubblica utilità, quando è applicato quale pena sostitutiva di una pena detentiva, deve avere durata corrispondente a quella della pena detentiva sostituita».

La semilibertà è la pena sostitutiva dal contenuto maggiormente afflittivo[62] e "vincolante" per il condannato, perché comporta l'obbligo di trascorrere almeno otto ore al giorno in un istituto di pena e di svolgere, per la restante parte del giorno, attività di lavoro, di studio e/o di formazione professionale, o comunque attività utili alla rieducazione ed al reinserimento sociale, secondo un programma di trattamento appositamente predisposto dall'UEPE ed approvato dal giudice (nel quale sono indicate le ore da trascorrere in istituto e le attività da svolgere all'esterno). In tale previsione si coglie l'intento del legislatore di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza special-preventiva di prevenzione della recidiva, che porta a separare il reo dalla collettività mediante inflizione di una pena intramuraria, e l'istanza rieducativa e di risocializzazione, che spinge ad integrare il condannato stesso in un contesto di interazione sociale, coinvolgendolo in attività di lavoro, formative e di studio. Il numero di ore minimo da trascorrere *intramoenia* è diminuito rispetto al testo previgente dell'art. 53, passando da dieci ad otto ore, a conferma della scelta di fondo, che qualifica anche questo versante della riforma, di contrastare il più possibile l'effetto "segregativo" della pena carceraria[63]. Come già accadeva sotto la vigenza del "vecchio" art. 53, i condannati alla semilibertà sostitutiva sono assegnati in appositi istituti o nelle apposite sezioni autonome di istituti ordinari. La novità sta nel fatto che ora gli istituti di assegnazione devono essere situati nel comune di residenza, di domicilio, di lavoro o di studio del condannato o in un comune vicino. La prossimità del luogo di detenzione ai luoghi frequentati nelle ore trascorse all'esterno dell'istituto è infatti funzionale a facilitare lo svolgimento delle attività previste dal programma di trattamento e a favorire un più rapido e proficuo reinserimento sociale del reo. A tale ultimo riguardo, merita anche sottolineare come il nuovo testo dell'art. 53, nel suo ultimo co., escluda l'applicabilità dell'art. 120 del codice della strada al condannato in semilibertà sostitutiva: ciò significa che l'irrogazione di tale pena sostitutiva non può essere di ostacolo al conseguimento o al mantenimento della patente di guida. Anche in questo caso l'obiettivo della riforma consta nel favorire il reinserimento sociale del reo, facilitando gli spostamenti giornalieri da e verso l'istituto di pena e fornendo al condannato munito di patente di guida maggiori opportunità di trovare (e conservare) un lavoro.

La detenzione domiciliare sostitutiva ha in comune con la semilibertà due tratti qualificanti: in primo luogo, anch'essa si caratterizza per una modalità esecutiva "mista", in parte in stato di detenzione, in parte in stato di libertà (v. art. 56 co. 1); in secondo luogo, anche la detenzione domiciliare è strutturata secondo il modello della "pena-programma", dal momento che il giudice dispone la sostituzione con

---

[61] La componente trattamentale della semilibertà sostitutiva, con riguardo al periodo di permanenza negli appositi istituti di pena o nelle sezioni autonome degli istituti ordinari, mutua espressamente, in quanto compatibile, la disciplina del programma di trattamento previsto per l'omonima misura alternativa alla detenzione dall'art. 101, co. 2, del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 («Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà»). Per quanto riguarda le ore trascorse in libertà, la vigilanza sul condannato e i compiti di assistenza in favore di quest'ultimo sono affidati all'UEPE e devono essere svolte secondo le modalità previste dall'art. 118 dell'anzidetto d.P.R. n. 230/2000.

[62] Merita evidenziare, al riguardo, che si tratta dell'unica sanzione sostitutiva che impone la permanenza in carcere per una parte della giornata (al pari di quanto accadeva, prima della riforma, per la semidetenzione).

[63] Nella Relazione illustrativa si trova affermato al riguardo che «la componente detentiva è recessiva» (359). La correlazione tra le esigenze di "integrazione sociale" e le componenti *positive* della prevenzione generale e speciale è messa a fuoco da V. Maiello, *La clemenza tra dommatica e politica criminale*, in *RIDPP* 1992, 1075 ss. In argomento, v. anche V. Militello, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano 1982.

questa tipologia di sanzione tenendo conto del programma di trattamento elaborato dall'UEPE, che prende in carico il condannato ed è chiamato a riferire periodicamente sulla sua condotta e sul percorso di reinserimento sociale (art. 56 co. 2). La differenza di fondo con la semilibertà, ovviamente, sta nel fatto che la detenzione domiciliare non comporta alcuna forma di permanenza del condannato all'interno del carcere.
Ai sensi del predetto art. 56 co. 1 l'applicazione di questa pena sostitutiva comporta «l'obbligo di rimanere nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico o privato di cura, assistenza o accoglienza ovvero in comunità o in case-famiglia protette, per non meno di dodici ore al giorno, avuto riguardo a comprovate esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro o di salute del condannato». L'ampio novero di luoghi in cui può essere eseguita la detenzione domiciliare dimostra la "flessibilità" di contenuti di questa pena sostitutiva, che può essere adattata dal giudice alle peculiarità del caso concreto, sia in relazione alle finalità di recupero e reinserimento sociale, sia con riguardo alle condizioni ed esigenze del condannato correlate allo stato di salute, alla maternità, alle necessità di assistenza, alla condizione sociale o familiare, etc. Inoltre, non è stata fissata una misura massima della durata della permanenza nel domicilio, di talché la norma prevede, a garanzia del condannato, che egli possa lasciare il domicilio per almeno quattro ore al giorno, anche non continuative, per provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita e di salute, secondo quanto stabilito dal giudice. Tale ultima disposizione si ispira, *mutatis mutandis*, alla disciplina prevista per gli arresti domiciliari dall'art. 284 co. 3 Cpp[64].
Il terzo co. dell'art. 56 stabilisce che il luogo di esecuzione della detenzione domiciliare deve assicurare le esigenze di tutela della persona offesa dal reato e non può essere un immobile occupato abusivamente. In tal modo, ci si propone di tutelare, da un lato, le vittime di violenza domestica e, dall'altro lato, l'eventuale legittimo proprietario dell'immobile, posto che lo Stato non può ragionevolmente ordinare l'esecuzione della pena sostitutiva nei luoghi in cui il condannato si trova abusivamente, con pregiudizio di legittimi interessi o diritti altrui[65]. Al fine di evitare discriminazioni basate sulle condizioni economiche del reo e sul possesso o meno di un immobile, il legislatore della riforma si è premurato di garantire che, nel caso in cui il condannato non abbia la disponibilità di un domicilio idoneo, l'UEPE debba predisporre il programma di trattamento «individuando soluzioni abitative anche comunitarie adeguate alla detenzione domiciliare». Questa formula normativa ripropone, adattandola ai condannati adulti, la disposizione di cui all'art. 2 co. 11 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, riguardante l'esecuzione delle misure penali di comunità nei confronti dei minorenni[66]. Nella Relazione illustrativa vengono valorizzate la potenzialità e la latitudine applicativa di tale previsione, anche in termini di deflazione penitenziaria, atteso che molti detenuti, in special modo immigrati, vivono in condizioni di indigenza e sono privi di idoneo domicilio[67].
Il quarto co. dell'art. 56, infine, estende alla detenzione domiciliare sostitutiva la possibilità, già prevista per la misura cautelare degli arresti domiciliari e per la omonima misura alternativa alla detenzione, di adottare procedure di controllo elettronico, come il c.d. "braccialetto elettronico". In particolare, è previsto che il giudice, se lo ritiene necessario per prevenire il pericolo di commissione di altri reati o per tutelare la persona offesa, possa prescrivere procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, conformi alle caratteristiche funzionali e operative degli apparati di cui le Forze di polizia abbiano l'effettiva disponibilità. Con riguardo alla disciplina della prestazione del consenso da parte del reo e alle modalità operative di installazione dei mezzi e degli

[64] Ai sensi del quale «Se l'imputato non può altrimenti provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita ovvero versa in situazione di assoluta indigenza, il giudice può autorizzarlo ad assentarsi nel corso della giornata dal luogo di arresto per il tempo strettamente necessario per provvedere alle suddette esigenze ovvero per esercitare una attività lavorativa».
[65] Sul punto v. A. Gargani, *Le "nuove" pene sostitutive*, cit., 23.
[66] Ai sensi della quale «L'ufficio di servizio sociale per i minorenni predispone gli interventi necessari ai fini della individuazione di un domicilio o di altra situazione abitativa, tale da consentire l'applicazione di una misura penale di comunità».
[67] *Relazione illustrativa*, cit., 363.

strumenti di controllo di cui sopra si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'art. 275 *bis* Cpp[68] co. 2 e 3.
Il lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, le città metropolitane, i comuni o presso enti e organizzazioni di assistenza sociale o volontariato (art. 56 co. 1). Inizialmente introdotto nell'ordinamento come misura di conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato, l'istituto in esame ha conosciuto una graduale ma continua espansione del proprio spettro applicativo, affermandosi dapprima a livello settoriale ed assumendo poi nel corso del tempo sempre più la fisionomia di una "sanzione sostituiva a largo spettro"[69]. Attualmente il lavoro di pubblica utilità trova applicazione in vari ambiti: a) come pena principale nel procedimento penale dinanzi al giudice di pace (art. 54 d.lgs. n. 274/2000); b) quale sanzione sostitutiva in relazione ai reati in materia di circolazione stradale nell'ipotesi in cui non si sia verificato alcun incidente (artt. 186 co. 9 *bis* e art. 187 co. 8 *bis* d.lgs. n. 285/1992) e per i reati in materia di stupefacenti quando il fatto sia "di lieve entità" e la condanna sia pronunciata nei confronti di persona tossicodipendente o di assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 73 co. 5 *bis* Testo unico stupefacenti); c) come obbligo del condannato ammesso alla sospensione condizionale della pena, in caso di non opposizione del condannato, ai sensi dell'art. 165 Cp (da leggersi in combinato disposto con l'art. 18 *bis* delle «Disposizioni di coordinamento e transitorie del codice penale»); d) come elemento del trattamento penitenziario ai sensi del combinato disposto degli artt. 15 e 20 *ter* l. 354/1975 (a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124)[70].
Ma il vero "punto di svolta", anche nel senso della generalizzazione dell'area di applicazione dell'istituto, si è avuta con l'introduzione della "sospensione del procedimento con messa alla prova", nel cui ambito il lavoro di pubblica utilità costituisce condizione essenziale a cui è subordinata la concessione, appunto, della messa alla prova. Il "successo" applicativo riscontrato dalla misura in esame, a livello prasseologico, nei settori della circolazione stradale e degli stupefacenti e poi nell'ambito più generale della sospensione con messa alla prova, ha indotto il legislatore della riforma Cartabia ad attribuire al lavoro di pubblica utilità il rango di pena sostitutiva di qualunque pena detentiva inflitta di entità non superiore a tre anni. Anche il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, al pari della semilibertà e della detenzione domiciliare, è configurato dall'art. 56 *bis* secondo il modello della "pena programma". L'attività viene svolta di regola nell'ambito della regione in cui risiede il condannato e comporta la prestazione di non meno di sei ore e non più di quindici ore di lavoro settimanale da svolgere con modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato (art. 56 *bis* co. 2). Peraltro, il condannato può richiedere al giudice di svolgere attività lavorativa anche per un lasso di tempo superiore ma in nessun caso può essere ecceduto il limite di otto ore giornaliere.
Come si vede, questa pena sostitutiva non comporta alcuna forma di detenzione e dunque risulta meno "afflittiva" della semilibertà e della detenzione domiciliare. Nella Relazione illustrativa vengono evidenziate le somiglianze con l'affidamento in prova al servizio sociale, che per certi versi rappresenta l'istituto "parallelo" al lavoro di pubblica utilità nel contesto delle misure alternative alla detenzione: anche in tale contesto, infatti, l'affidamento in prova presenta un minor grado di incidenza sulle libertà del condannato rispetto alla semilibertà e alla detenzione domiciliare come misure alternative. Atteso che l'affidamento in prova è di gran lunga la misura più utilizzata tra quelle alternative alla detenzione concesse dall'esterno, si ritiene verosimile che ciò possa accadere anche per il lavoro di pubblica utilità, nel quale dunque il legislatore delegato ripone ambiziose speranze.

[68] Rubricato "particolari modalità di controllo" e inserito nel codice di procedura penale dall'art. 16, co. 2, del d.l. 24.11.2000, n. 341, convertito, con modificazioni, nella l. 19.1.2001, n. 4.
[69] E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive*, cit., 7, il quale, nel valutare positivamente l'inclusione del lavoro di pubblica utilità tra le nuove pene sostitutive, osserva: «Quella che era parsa una sanzione nata-morta, è risultata, alla lunga, viva e vitale: uscita dall'unità di terapia intensiva neonatale, promette di trovare spazi sempre più ampi nell'ordinamento».
[70] Un riepilogo dell'evoluzione del lavoro di pubblica utilità si trova in T. Travaglia Cicirello, *La "nuova" frontiera del lavoro di pubblica utilità quale sanzione amministrativa accessoria"*, in *RIDPP* 2006 (4), 1335 ss.

Nel contempo si ritiene che, a differenza dell'affidamento in prova, la cui esecuzione non è scandita da particolari obblighi e prestazioni trattamentali, il lavoro di pubblica utilità si connoti per un contenuto più marcatamente risocializzante, essendo incentrato su attività lavorative che hanno una spiccata attitudine rieducativa e di reinserimento sociale[71]. Inoltre, è presumibile che tali attività lavorative, nella prospettiva della persona offesa dal reato e della società, siano percepite come una vera e propria reazione sanzionatoria dell'ordinamento, o comunque come misure dotate di un grado di afflittività più intenso rispetto all'affidamento in prova (che invece è diffusamente percepito, nell'opinione pubblica, come un *escamotage* per evitare il carcere)[72].
Anche il lavoro di pubblica utilità, come la detenzione domiciliare, si caratterizza per un elevato grado di flessibilità nella disciplina dei contenuti e delle modalità esecutive. Ciò vale sia per l'individuazione del luogo di svolgimento, che non soggiace a rigidi automatismi, sia per la determinazione dell'orario di lavoro, che avviene secondo criteri molto "elastici" e facilmente adattabili alle peculiarità del caso concreto. Dal primo punto di vista, la regola generale secondo cui il luogo di svolgimento dell'attività lavorativa è la regione di residenza del condannato è suscettibile di deroghe da parte del giudice, ovviamente su richiesta del reo e al fine di realizzare al meglio le esigenze di reinserimento sociale di quest'ultimo. Sotto il secondo profilo, come abbiamo visto l'orario di lavoro non è predeterminato in modo rigido, atteso che il legislatore si è limitato ad indicare una forbice oraria che si estende ad un minimo di sei ad un massimo di quindici ore settimanali e fissando un tetto massimo di lavoro giornaliero pari ad otto ore. Merita anche rilevare che il terzo co. dell'art. 56 *bis* contempla un criterio di ragguaglio, stabilendo che, ai fini del computo della pena, un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione di due ore di lavoro. Ciò implica che, per determinare il numero complessivo di ore di lavoro, il giudice dovrà moltiplicare per due i giorni di pena detentiva sostituiti[73].
Infine, molto rilevante sotto il profilo delle conseguenze pratico-applicative è la disposizione del quinto co. dell'art. 56, ai sensi della quale «In caso di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, il positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, se accompagnato dal risarcimento del danno o dalla eliminazione delle conseguenze dannose del reato, ove possibili, comporta la revoca della confisca eventualmente disposta, salvi i casi di confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prezzo, del profitto o del prodotto del reato ovvero delle cose la cui fabbricazione, uso e porto, detenzione o alienazione costituiscano reato». Questa disposizione, che dà attuazione ad un preciso criterio di delega (art. 1 co. 17 lett. *i*), si propone di incentivare l'accesso ai riti alternativi, con la promessa della restituzione di uno o più beni confiscati (purché non si tratti dei c.d.tti "proventi del reato" o di "cose intrinsecamente criminose"). In effetti, la revoca della confisca è misura del tutto eccezionale nel nostro ordinamento, posto che, di norma, l'ablazione confiscatoria comporta l'espropriazione a titolo definitivo del bene che ne forma oggetto. La rinuncia dello Stato al bene confiscato, dunque, rappresenta un indubbio vantaggio patrimoniale per il condannato ed è finalizzata a conseguire, mediante il rafforzamento dei benefici correlati alla scelta dei riti alternativi al dibattimento, consistenti effetti di deflazione processuale.
Venendo, infine, alla pena pecuniaria sostitutiva, essa può essere applicata in sostituzione di una pena detentiva fino ad un anno. Il precedente limite di sei mesi è stato dunque raddoppiato. Ponendosi in

[71] Sull'importanza del lavoro nel processo di risocializzazione dei condannati v., più in generale, S. Aleo, *Stato sociale e risocializzazione*, in S. Aleo (a cura di), *Lavoro e inclusione sociale dei condannati. Un'esperienza a Catania*, Padova 2014, 211 ss.
[72] *Relazione illustrativa*, cit., 365. Ad avviso di T. Travaglia Cicirello, *La riforma delle sanzioni sostitutive*, cit., 10, il lavoro di pubblica utilità si caratterizza per enormi potenzialità rieducative "a doppio senso": «sia come strumento che consente al condannato di rendersi utile a quella società i cui equilibri ha violato con la commissione del reato, mettendosi al servizio di tutti; sia come chiave capace di attivare la predisposizione positiva della comunità ad accogliere nuovamente l'autore del fatto criminoso che – con i fatti – le ha dimostrato la sua volontà di recuperare il rispetto dei valori fondamentali e dei doveri di solidarietà sociale nonché di ricomporre il conflitto».
[73] A. Gargani, *Le "nuove" pene sostitutive*, cit., 24.

linea di continuità con la disciplina previgente, il nuovo art. 56 *quater* adotta un sistema di computo per tassi giornalieri, in forza del quale il giudice, per determinare l'ammontare della pena pecuniaria sostitutiva, individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva. Fermo restando il metodo di calcolo dell'entità della pena pecuniaria, è oggi radicalmente mutato il valore giornaliero, che viene determinato dall'art. 56 *quater*, conformemente a quanto previsto nella legge delega (art. 1 co. 17 lett. *l*), in misura autonoma e indipendente dall'art. 135 Cp. In particolare, il valore giornaliero non può essere inferiore a 5 euro e superiore a 2.500 euro. In tal modo, il legislatore della riforma mostra di voler recepire il "monito" proveniente dalla Corte costituzionale, che nelle già menzionate pronunce n. 15 del 2020 e 28 del 2022, aveva chiaramente affermato che un minimo giornaliero pari a 250 euro – risultante dal combinato disposto del vecchio art. 53 l. 689/1981 con l'art. 135 Cp[74] – doveva ritenersi troppo oneroso e non suscettibile di adeguamento alle condizioni economiche dell'imputato[75]. E infatti, come abbiamo già avuto occasione di rilevare, nella seconda delle predette sentenze l'art. 53 era stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevedeva che il valore giornaliero non potesse essere inferiore alla somma indicata dall'art. 135 c.p. anziché a 75 euro (valore "mutuato" dalla disciplina del decreto penale di condanna).
La nuova forbice edittale prevista dall'art. 56 *quater* per il valore giornaliero di ragguaglio (da 5 a 2.500 euro) può apparire indubbiamente molto ampia, quasi eccessiva in un ordinamento come il nostro che non adotta il sistema per tassi giornalieri con riferimento alla pena pecuniaria principale. Nondimeno, essa è funzionale a consentire al giudice di adeguare la pena pecuniaria sostitutiva alle peculiarità del caso concreto sottoposto al suo vaglio, commisurandone l'importo giornaliero alle effettive condizioni economiche e patrimoniali dell'imputato in considerazione delle differenze di reddito che si riscontrano tra individuo e individuo nella realtà economico-sociale contemporanea e in ossequio a principi di eguaglianza sostanziale e di proporzionalità: «la medesima condanna a pena detentiva, sostituita con la pena pecuniaria, può infatti essere pronunciata nei confronti di una persona disoccupata e ai limiti dell'indigenza, ovvero di un milionario»[76]. E infatti la disposizione di cui al primo co. dell'art. 56 *quater*, secondo alinea, stabilisce che il valore giornaliero «corrisponde alla quota di reddito giornaliero che può essere impiegata per il pagamento della pena pecuniaria, tenendo conto delle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare». Ovviamente tali condizioni dovranno formare oggetto di attenta ed approfondita valutazione da parte del giudice nell'udienza di *sentencing* appositamente prevista dal nuovo art. 545 *bis* Cpp, al fine di "personalizzare" l'importo giornaliero. Merita ricordare, infine, che alla sostituzione della pena detentiva con pena pecuniaria si applica l'art. 133 *ter* Cp, di talché il giudice potrà disporre, in relazione alle condizioni economiche del condannato, che la pena pecuniaria applicata in sostituzione venga rateizzata.

5.1. Il nuovo capo III della l. n. 689/1981 reca un nucleo di disposizioni comuni, che hanno la funzione di configurare un assetto generale e unitario di disciplina per le pene sostitutive. In questo paragrafo ci occuperemo di alcune di esse, quelle cha a noi appaiono più rilevanti nel contesto dell'intervento di riforma. Anzitutto, l'art. 56 *ter* contempla alcune "prescrizioni comuni" alle pene sostitutive non pecuniarie, la cui finalità precipua è quella di prevenire la commissione di nuovi reati da parte del

[74] Quest'ultimo articolo contempla la disciplina del ragguaglio tra pena pecuniaria e pena detentiva "per qualsiasi effetto giuridico": con la legge n. 94/2009 il valore giornaliero è passato da 38 euro a 250 euro di pena pecuniaria per ogni giorno di pena detentiva. Tale norma non è stata modificata dal d.lgs. 150/2022 per assenza di delega sul punto.
[75] In argomento cfr. M. Miedico, *La conversione delle pene pecuniarie*, cit., 912, la quale, in sede di commento della citata sentenza C. cost. n. 28/2022, osservava che «sotto il profilo della commisurazione, l'attuale sistema appare impermeabile alle differenti condizioni economiche del condannato, compromettendo, dunque, la corretta corrispondenza fra afflittività della pena e gravità del fatto, in considerazione della diversa distribuzione delle ricchezze (art. 3 Cost.), nonché compromessa la probabilità di un tempestivo adempimento».
[76] *Relazione illustrativa*, cit., 372.

reo[77]. Si tratta di prescrizioni ulteriori e diverse rispetto a quelle indicate nell'art. 58, atteso che queste ultime non sono espressamente tipizzate. Esse si distinguono in due *species*, a seconda che siano obbligatorie o rimesse alla valutazione discrezionale del giudice. Le prime vengono elencate nell'art. 56 *ter* co. 1 che ripropone alcune "tradizionali" prescrizioni già previste per la semidetenzione e la libertà controllata (come, ad esempio, il divieto di detenere e portare a qualsiasi titolo armi, munizioni ed esplosivi e il ritiro del passaporto). Vi è però un'importante novità rispetto alla disciplina previgente: non viene riproposta la misura della sospensione della patente di guida, e ciò in coerenza con l'esplicita esclusione dell'applicabilità dell'art. 120 del codice della strada alle nuove pene sostitutive. Si vuole consentire al condannato di conseguire o mantenere la patente di guida perché la possibilità di effettuare spostamenti in via autonoma e con un mezzo proprio può agevolare lo svolgimento dell'attività lavorativa e favorire il processo di reinserimento sociale del reo. Nel capoverso dell'art. 56 *ter* è prevista invece una prescrizione "facoltativa": il giudice può disporre il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa. In tal caso si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'art. 282 *ter* Cpp.

L'art. 57, rubricato «Durata ed effetti delle pene sostitutive e criteri di ragguaglio», enuncia anzitutto la regola generale secondo cui la durata della semilibertà sostitutiva e della detenzione domiciliare sostitutiva è pari a quella della pena detentiva sostituita, calcolata in anni, mesi e giorni. Lo stesso vale per il lavoro di pubblica utilità, ma in questo caso bisogna anche tenere conto dei criteri stabiliti dall'art. 56 *bis* e, in particolare, di quelli indicati nel terzo co., ai sensi del quale ai fini del computo della pena da espiare un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione di due ore di lavoro. L'art. 57 stabilisce inoltre che, per ogni effetto giuridico, un giorno di pena detentiva equivale a un giorno di semilibertà sostitutiva, di detenzione domiciliare sostitutiva o di lavoro di pubblica utilità sostitutivo, e che la semilibertà sostitutiva, la detenzione domiciliare sostitutiva e il lavoro di pubblica utilità sostitutivo si considerano come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena sostituita (quindi *reclusione* o *arresto* a seconda della tipologia di reato). La pena pecuniaria sostitutiva, invece, si considera sempre come tale, anche se sostitutiva della pena detentiva (quindi rimane pena di natura "pecuniaria"). La regola dell'equivalenza va letta in combinato disposto con il successivo art. 61, che impone al giudice di indicare, nel dispositivo della sentenza di condanna, della sentenza di applicazione della pena e del decreto penale, la specie e la durata della pena detentiva sostituita e la specie, la durata ovvero l'ammontare della pena sostitutiva.

L'art. 58, cui già abbiamo fatto cenno in apertura del presente lavoro, regola il «potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive». Al riguardo, va premesso che l'art. 1 co. 17 lett. *c*) della legge delega conferiva al Governo il compito di «prevedere che le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi possano essere applicate solo quando il giudice ritenga che contribuiscano alla rieducazione del condannato e assicurino, anche attraverso opportune prescrizioni, la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati». Tale criterio di delega ha trovato attuazione in due diverse disposizioni: una di carattere sostanziale, che disciplina l'esercizio del potere discrezionale del giudice nell'adozione e nella scelta delle pene sostitutive (appunto l'art. 58 l. 689/1981, così come sostituito dall'art. 71 co. 1 lett. *e*) d.lgs. 150/2022); l'altra di carattere processuale, che introduce e descrive l'udienza di *sentencing* in cui tale potere viene esercitato (il nuovo art. 545 *bis* Cpp, di cui abbiamo già parlato).

Ebbene, il nuovo testo dell'art. 58, pur non riproducendo l'avverbio "solo" contenuto nella legge delega, individua i due rispettivi criteri della idoneità alla rieducazione del condannato e della prevenzione del pericolo di commissione di ulteriori reati come parametri di riferimento che devono presiedere all'esercizio del potere discrezionale del giudice. A tal fine, la disposizione in esame delinea un processo bifasico, che prevede, in un primo momento, la decisione sul "se" applicare o meno la sostituzione della pena detentiva e, in un secondo momento (eventuale), la decisione su

[77] Si dà in tal modo attuazione al criterio indicato nell'art. 1, co. 17, lett. *c*, della legge delega, in base al quale il Governo era chiamato a prevedere opportune prescrizioni finalizzate a prevenire il pericolo di commissione di ulteriori reati da parte del condannato.

"quale" pena sostitutiva debba essere applicata. La disposizione del primo co., dedicata alla scelta inziale se sostituire o meno la pena detentiva, si apre con un richiamo ai criteri di commisurazione infra-edittale della pena di cui all'art. 133 Cp: questi criteri, concernenti la gravità oggettiva del fatto e la capacità a delinquere del reo, entrano quindi in gioco due volte, sia nella fase in cui viene determinata l'entità della pena da infliggere in concreto, sia nella fase della decisione sulla sostituzione. Viene poi specificato, sempre nell'*incipit* del primo co., che il giudice può far luogo alla sostituzione «se non ordina la sospensione condizionale della pena». Si tratta di un primo elemento di novità del nuovo testo dell'art. 58, che si collega ovviamente alla non sospendibilità delle sanzioni sostitutive di cui al successivo art. 61 *bis*, ai sensi del quale, appunto, «Le disposizioni di cui agli articoli 163 e seguenti del codice penale, relative alla sospensione condizionale della pena, non si applicano alle pene sostitutive previste dal presente Capo». La prima valutazione che il giudice è chiamato ad operare, dunque, concerne l'applicazione o meno della sospensione condizionale della pena. Ciò implica che, se ricorrono nel caso di specie i presupposti oggettivi e soggettivi per la sospensione condizionale, il giudice, sulla base degli anzidetti criteri di cui all'art. 133 Cp, può scegliere se sospendere la pena ovvero se optare per la sostituzione. Ovviamente il problema della possibile sovrapposizione tra i due istituti si pone, in linea generale, solo per le pene detentive inflitte non superiori a due anni, ma l'area di "interferenza" può estendersi fino al limite di tre anni[78]. Altro profilo di novità rispetto al passato consiste nel fatto che, alla luce dell'attuale formulazione della norma in esame, la pena detentiva non può essere sostituita quando vi siano fondati motivi per ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato. Occorre quindi che sussistano solide ragioni per non far luogo alla sostituzione. Nel previgente testo dell'art. 58 il divieto di sostituzione era invece fondato su mere presunzioni circa l'inadempimento di tali prescrizioni. Oggi, pertanto, il giudice è chiamato a motivare compiutamente la propria eventuale decisione di non sostituire la pena detentiva inflitta[79].

In merito al secondo "momento" dell'esercizio della discrezionalità, il capoverso del nuovo art. 58 impone al giudice di scegliere, tra le pene sostitutive, quella più idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato con il minor sacrificio della libertà personale, indicando anche in questo caso i motivi della sua decisione, sia in relazione all'applicazione o meno di una pena sostitutiva, sia con riguardo alla scelta del tipo. A differenza di quanto stabiliva il vecchio testo dell'art. 58, il giudice deve scegliere la pena sostitutiva più idonea, non solo nell'ottica del reinserimento sociale del reo, ma anche in funzione rieducativa, tenendo in particolare considerazione, ancora una volta (ma in questo caso in chiave di comparazione tra pene sostitutive), le esigenze special-preventive e il pericolo di recidiva durante l'esecuzione della pena stessa. Costituisce un'importante novità della riforma anche l'introduzione della regola di giudizio in base alla quale il giudice sceglie la tipologia di pena sostitutiva che comporti il minor sacrificio della libertà personale. Regola che trova conferma nel terzo co., ai sensi del quale il giudice, se applica la semilibertà o la detenzione domiciliare entro limiti di pena in cui sarebbe stato possibile applicare la pena pecuniaria o il lavoro di pubblica utilità, deve indicare specificamente le ragioni per cui ha ritenuto queste ultime misure inidonee rispetto agli obiettivi rieducativi e di reinserimento sociale del reo. Il legislatore della riforma manifesta così un atteggiamento di favore per le pene sostitutive meno afflittive, che non comportano restrizioni della libertà personale, secondo una logica di *extrema ratio* che si ispira al modello di disciplina delle misure cautelari, con particolare riguardo alla custodia cautelare in carcere. Quest'ultima misura, infatti, può essere disposta, per espressa previsione

[78] Val la pena ricordare, infatti, che per gli ultrasettantenni e per i giovani adulti (persone di età compresa fra diciotto e ventuno anni) il limite è pari a due anni e sei mesi, mentre per i minori di anni diciotto il limite è innalzato a tre anni.

[79] Come osserva A. Abbagnano Trione, *Le latitudini applicative*, cit., 8, «rispetto alla previgente previsione (art. 58, co. 2, l. 689/1981), connotata da una secca presunzione ("quando presume che …"), la disposizione attuale pone a carico del giudice – e a favore del condannato – uno *standard* di giudizio ben più rigoroso, tale per cui, per dare ragione della caducazione del processo sostitutivo dovranno sussistere "fondati motivi" (da esplicitare adeguatamente) che rendano concreta la previsione che le prescrizioni non saranno adempiute. In questo modo viene bandita dalla scansione valutativa ogni tipo di presunzione soggettiva o oggettiva».

legislativa, solo quando le altre misure coercitive o interdittive risultano inadeguate. Infine, il quarto co. dell'art. 58 stabilisce che, nella scelta tra le pene sostitutive non pecuniarie, il giudice deve altresì tener conto di particolari condizioni soggettive di vulnerabilità del condannato, al fine di contemperare le istanze special-preventive con le esigenze di cura e di tutela della persona e della sua dignità. Segnatamente, devono essere prese nella dovuta considerazione, anche in vista dell'eventuale applicazione di pene sostitutive con una "componente terapeutica", le condizioni legate: a) all'età, alla salute fisica o psichica, alla maternità o alla paternità; b) alle condizioni di disturbo da uso di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche ovvero da gioco d'azzardo; c) alla peculiare condizione di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (le condizioni sub *b* e *c* devono essere appositamente certificate da enti e servizi pubblici o privati autorizzati).
Il *favor legislatoris* per l'esecuzione extramuraria della pena, in uno con l'ampliamento dei "rimedi sanzionatori" cui può far ricorso il giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale, informano anche la nuova disciplina della revoca delle pene sostitutive. Iniziando da quelle non pecuniarie, l'art. 66 dispone che la mancata esecuzione della pena sostitutiva, ovvero la violazione grave o reiterata degli obblighi e delle prescrizioni ad essa inerenti, ne determina la revoca con conseguente conversione della parte residua nella pena detentiva sostituita ovvero in altra pena sostitutiva più grave. Qui si registra un rilevantissimo profilo di novità rispetto alla disciplina previgente. Il legislatore lascia aperta la possibilità di evitare che il condannato sconti la pena residua all'interno di un carcere persino nelle ipotesi di mancata esecuzione della pena sostitutiva o di grave trasgressione delle relative prescrizioni, prevedendo che il giudice possa applicare altra e più grave pena sostitutiva in luogo di quella precedente ed evitando così l'automatica riconversione nella pena detentiva inizialmente sostituita[80]. Ciò dimostra anche «la profonda fiducia riposta dal legislatore nella capacità del giudice di parametrare le risposte del sistema punitivo alle singolarità del fatto concreto e di informare la discrezionalità ad una logica gradualistica»[81].
Con riguardo alla pena pecuniaria sostitutiva, va detto anzitutto che essa è insuscettibile di conversione nella pena detentiva sostituita. L'art. 71, dopo aver richiamato la disciplina dell'art. 660 Cpp sulla "esecuzione delle pene pecuniarie" edittali, dispone che il mancato pagamento della pena pecuniaria sostitutiva entro il termine indicato nell'ordine di esecuzione di cui al predetto art. 660 Cpp ne comporta la revoca e la conversione nella semilibertà sostitutiva o nella detenzione domiciliare sostitutiva. In questo caso, dunque, la regola è sempre quella della conversione della pena sostitutiva non eseguita in altra dal contenuto maggiormente afflittivo. Se è stato disposto il pagamento rateale, il mancato pagamento di una rata alla scadenza prestabilita comporta la revoca della pena pecuniaria sostitutiva ma la conversione ha luogo solo per la parte residua. Quando le condizioni economiche e patrimoniali del condannato rendono impossibile il pagamento entro il termine indicato nell'ordine di esecuzione (e quindi il mancato pagamento non è "rimproverabile" al condannato), la pena pecuniaria sostitutiva è revocata e convertita nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo. In tale ultima evenienza si fa ricorso alla detenzione domiciliare sostitutiva solo se il condannato si oppone alla conversione in lavoro di pubblica utilità.

6. I numerosi interventi di modifica di cui si compone la complessa orditura della riforma Cartabia con riguardo al comparto sanzionatorio perseguono essenzialmente due obiettivi di fondo, di indole politico-culturale ancor prima che giuridica, che fanno da *trait d'union* tra le varie "ramificazioni" della riforma stessa ed attribuiscono ad essa un carattere di (almeno tendenziale) organicità: a) «l'alleggerimento del sistema complessivo, prima di tutto sul versante processuale, dei tempi e della

[80] Come è stato lucidamente osservato in dottrina, «La previsione di tramutamento della misura suscettibile di revoca in altra sanzione dello stesso genere […] assume una notevole importanza pratica e un ruolo strategico nel dichiarare all'interprete la *ratio* della riforma: confinare il carcere, nell'ambito delle pene di breve durata, nel ruolo di sanzione davvero residuale»: R. De Vito, *Fuori dal carcere? La "riforma Cartabia", le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in *QG* 2021 (4), 28 ss. (in part. 31).
[81] Così, A. Abbagnano Trione, *Le latitudini applicative*, cit., 14.

quantità dei processi»[82]; b) il superamento del "primato ideologico" della pena carceraria[83], rifiutando la vieta equazione, purtroppo radicata in profondità nel sentire sociale, tra "certezza della pena" e "certezza del carcere"[84]. In relazione alle modifiche che investono le pene sostitutive, questi obiettivi di modernizzazione della giustizia penale si traducono talora in soluzioni innovative, che appaiono, almeno *prima facie*, convincenti e promettono risultati concreti in termini di deflazione, sia processuale che carceraria. Si pensi alla possibilità di patteggiare una pena sostitutiva di pena detentiva inflitta fino a quattro anni, o all'espansione del raggio operativo del decreto penale di condanna, con il quale sarà possibile applicare in sostituzione anche il lavoro di pubblica utilità. Ancora, l'introduzione di una fase processuale dedicata all'attività di *sentencing* consentirà al giudice di operare scelte più consapevoli e mirate, anche sulla base di un cospicuo compendio informativo sulla personalità e sulle condizioni di vita dell'imputato, applicando le pene sostitutive più consone agli obiettivi di rieducazione e di reinserimento sociale di quest'ultimo[85], con un più ampio coinvolgimento dell'UEPE e la possibilità di "modellare" il programma trattamentale sulle peculiarità del caso concreto, dando finalmente attuazione alle istanze di individualizzazione della pena anche nella fase dell'irrogazione e non solo in quella esecutiva[86].

Nondimeno, permangono profili di criticità ed aree di interferenza che potrebbero mettere in forse il buon esito della riforma sotto il profilo prasseologico-giudiziario e dell'effettività di applicazione delle nuove pene sostitutive. Al riguardo, iniziamo col dire che il problema della possibile sovrapposizione con la sospensione condizionale della pena, se in parte è stato ridimensionato con la previsione normativa della non sospendibilità delle pene sostitutive, non può dirsi certamente risolto. Ed invero, basta leggere il nuovo enunciato normativo dell'art. 58 l. n. 689/1981 per rendersi conto che persino il legislatore della riforma sembra impostare i rapporti tra sospensione condizionale e applicazione di sanzioni sostitutive secondo un ordine logico-gerarchico di *progressione discendente*. Il giudice può procedere alla sostituzione "se non ordina la sospensione condizionale della pena". Il tenore letterale di questa formula linguistica induce a pensare che il giudice debba anzitutto prendere in esame il profilo della sospendibilità o meno della pena inflitta, valutando se nel caso di specie ricorrono i presupposti oggettivi e soggettivi per la concessione di tale beneficio. Fino al limite dei due anni di pena irrogata, essendo applicabili entrambi gli istituti, la sospensione condizionale è sempre più vantaggiosa per l'imputato rispetto alle pene sostitutive, anche perché essa solitamente non è subordinata all'adempimento di obblighi o a prescrizioni, né comporta alcuna forma di restrizione della libertà personale. Ne consegue che, in caso di valutazione positiva circa la ricorrenza dei presupposti per la sospensione condizionale della pena, è difficile ipotizzare che il giudice decida invece di optare per la sostituzione. Ciò vale a maggior ragione per le condanne a pena detentiva compresa tra un anno e un giorno e due anni: in tal caso, infatti, l'unica pena sostitutiva che non

[82] Così F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale*, cit., p. 3, che appunto ravvisa tratti di organicità, da un lato, nella "coerenza finalistica" dei numerosi interventi di cui la riforma è costituita, e, dall'altro lato, nella «stretta interconnessione funzionale realizzata tra profili ed istituti sostanziali e processuali verso l'obiettivo unitario dell'efficienza e dell'alleggerimento del sistema». Anche secondo A. Abbagnano Trione, *Le latitudini applicative*, cit., 4, «Il dato fondativo della riforma Cartabia è che la pena detentiva non debba più costituire la pietra angolare sulla quale puntellare il sistema sanzionatorio».

[83] L'espressione è di A. Gargani, *La riforma*, cit., 2.

[84] Sul punto v., in particolare, E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive*, cit. Cfr. anche R. Bartoli, *Brevissime riflessioni sui quattro livelli di innovatività della riforma Cartabia*, in *Verso la riforma del sistema sanzionatorio*, cit., 61 ss., il quale sottolinea come «la penalità stia notevolmente cambiando, soprattutto per quanto riguarda la risposta sanzionatoria. In termini sintetici si potrebbe dire che si sta assistendo a una trasformazione della afflittività, sempre meno carceraria, quindi pubblico/statale, e sempre più basata su istituti diversi dal carcere, e quindi sempre più sociale e comunitaria» (68).

[85] Come afferma R. De Vito, *Fuori dal carcere?*, cit., 29 s., «con la riforma […] il principio costituzionale del finalismo rieducativo dovrà presidiare a tutto tondo l'applicazione, la scelta e la declinazione individualizzata delle nuove sanzioni sostitutive, che vanno ad assumere la natura di vere e proprie pene sostitutive o alternative da plasmare sulla storia individuale del condannato».

[86] Anche se vi è il timore che il complesso procedimento di *sentencing* (fissazione e svolgimento dell'udienza di cui all'art. 545 *bis* Cpp; acquisizione delle informazioni da parte della polizia giudiziaria e dell'UEPE, etc.) possa finire per allungare i tempi processuali complessivi, con una sorta di "eterogenesi dei fini".

comporta obblighi comportamentali o altre prescrizioni per il condannato, cioè la pena pecuniaria sostitutiva, non risulterebbe *ex lege* applicabile, mentre continuerebbe a potersi disporre la meno "impegnativa" sospensione condizionale della pena[87].
La possibile sovrapposizione di piani applicativi nei limiti dei due anni di pena fa insorgere un altro, rilevante problema. Come abbiamo visto, la riforma Cartabia, nel rafforzare il potere discrezionale del giudice in sede di sostituzione delle pene detentive brevi, ha accentuato la componente "special-preventiva" della valutazione di sostituibilità, attribuendo al giudice stesso anche un più ampio potere di impartire prescrizioni *ad hoc* al fine di prevenire il pericolo di recidiva. A seguito di tali modifiche i tradizionali criteri che presiedono alla valutazione prognostica circa la probabilità o meno che il reo si astenga in futuro dal commettere nuovi reati (art. 164 Cp) tenderanno sempre più a coincidere con quelli utilizzati per decidere se applicare o meno una pena sostitutiva. E dunque, vi è il rischio che una prognosi sfavorevole circa la sussistenza dei presupposti soggettivi per la concessione della sospensione condizionale della pena possa influenzare negativamente, in modo pressoché automatico, la (successiva) valutazione in ordine all'applicazione o meno di una pena sostitutiva[88]. Se così fosse, in relazione alle pene detentive inflitte nei limiti dei due anni le sanzioni sostitutive sarebbero condannate all'ineffettività, oscurate dal "cono d'ombra" della sospensione condizionale.
Beninteso, non è affatto scontato che ciò accada. Può darsi il caso, infatti, in cui il giudice ritenga che una efficace prevenzione della recidiva sia attuabile solo attraverso l'applicazione di una pena sostitutiva accompagnata da puntuali prescrizioni, anche nell'ottica della proficua attuazione di un programma di trattamento, e che invece la sospensione condizionale sia inidonea a tal fine. In questa ipotesi il diniego della sospensione condizionale non precluderà in alcun modo al giudice di sostituire la pena detentiva. Ma, fermo restando che quest'ultimo schema di ragionamento corrisponde alla "logica virtuosa" che dovrebbe ispirare il processo decisionale descritto dal nuovo art. 58 l. n. 689/1981, il rischio che le due valutazioni si intreccino inestricabilmente in modo da annullare lo spazio applicativo delle pene sostitutive (fino a due anni di pena in concreto) è tutt'altro che teorico.
Altro versante problematico è quello dei rapporti con le misure alternative alla detenzione e, in particolare, con l'affidamento in prova al servizio sociale. Com'è noto, nonostante l'esplicita proposta in tal senso formulata dalla Commissione Lattanzi, l'affidamento in prova non è stato inserito nel novero delle pene sostitutive accanto alle altre misure ancipiti, cioè la semilibertà e la detenzione domiciliare. Non essendo le ragioni di questa scelta del tutto chiare, sono state formulate varie ipotesi al riguardo. È possibile che il legislatore della riforma abbia temuto che «un'applicazione di tale misura, all'esito del giudizio di cognizione, potesse da un lato disincentivare la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato e, dall'altro lato, allungare i tempi del processo»[89]. O forse si è ritenuto che una ulteriore dilatazione applicativa dell'affidamento in prova, già applicata da tempo su larga scala, rischiasse di trasformare quest'ultima misura in una "sospensione condizionale mascherata": «una sanzione vuota di contenuti, sempre meno idonea a prendere il posto

[87] Come osserva, autorevolmente, F. Palazzo, *I profili sostanziali*, cit., 12, «nella fascia di pena fino a due anni di pena in concreto la sospensione condizionale potrà continuare a farla da padrona. Con l'ulteriore particolare di una certa discrasia nel trattamento sanzionatorio tra la fascia fino ad un anno e quella da uno a due anni. In quest'ultima (da uno a due anni), di reati più gravi, tra le possibili alternative sanzionatorie rimane quella più favorevole, cioè la sospensione condizionale, mentre viene a mancare quella meno favorevole della pena pecuniaria». Anche nel recentissimo commento al d.lgs. 150/2022 (*Uno sguardo d'insieme*, cit., 12), lo stesso Autore ha evidenziato che «una tutt'altro che marginale area di concorrenza persiste ancora oggi». Nello stesso senso, D. Bianchi, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *www.sistemapenale.it*, 21.1.2022, p. 13, secondo il quale, in caso di pena inflitta fino a due anni, «difficilmente s'arresterà la tendenza ad applicare la misura sospensiva *ex* art. 163 Cp a discapito delle pene sostitutive: certo, non si avrà più l'anomalo (ma tutto sommato infrequente) fenomeno della sospensione condizionale delle sanzioni sostitutive, ma ben potrà aversi una applicazione della sospensione condizionale 'preliminare' e 'preclusiva' della sostituzione della pena detentiva».
[88] Sollevano questa preoccupazione, in particolare, D. Bianchi, *Il rilancio delle pene sostitutive*, cit., 13, e A. Abbagnano Trione, *Le latitudini applicative*, cit., 9.
[89] Così G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale*, cit., 17.

di pene detentive di medio ammontare, come previsto dalla riforma»[90]. Infine, e questa è l'ipotesi a nostro avviso più plausibile, l'esclusione si spiegherebbe con il fatto che l'affidamento in prova è l'unica tra le misure alternative alla detenzione che non comporta alcuna restrizione della libertà personale, di talché il suo inserimento nel catalogo delle pene sostitutive avrebbe potuto essere interpretato come un segnale di puro "clemenzialismo", o comunque di eccessiva indulgenza nei confronti di reati pur sempre connotati da una certa gravità. Ed invero, le altre due misure a cui è stata assegnata la "doppia funzione" (pena sostitutiva/misura alternativa) hanno un contenuto maggiormente afflittivo, perché implicano comunque o la permanenza in carcere per alcune ore o una forma di detenzione, sia pure al di fuori del contesto carcerario. La scelta del legislatore della riforma, secondo questa opinione, sottenderebbe dunque «l'idea – insuperata – che la pena debba consistere in una privazione di libertà: preferibilmente, forse, in una privazione di libertà che abbia a che fare con il carcere»[91].

Quale che sia la ricostruzione più fondata, la decisione di non includere l'affidamento in prova nel catalogo delle nuove pene sostitutive rischia di rivelarsi "controproducente" e disfunzionale rispetto all'obiettivo, dichiaratamente perseguito dal legislatore della riforma, di restituire effettività a questa tipologia di sanzioni, soprattutto in considerazione del fatto che oggi per far luogo alla sostituzione è necessario il consenso dell'imputato. Il problema si pone perché il condannato a pena detentiva non superiore a quattro anni potrebbe ritenere più "vantaggioso" rimanere in stato di libertà, beneficiando della sospensione dell'ordine di esecuzione *ex* art. 656 co. 5 Cpp, mentre è in attesa, talvolta per anni, della decisione del Tribunale di Sorveglianza sulla propria istanza di applicazione dell'affidamento in prova *ab initio*, piuttosto che prestare il consenso all'applicazione di pene sostitutive che, oltre ad essere immediatamente esecutive a seguito della definitività della sentenza, presentano un più elevato contenuto afflittivo, come la semilibertà e la detenzione domiciliare[92]. Certo, il condannato che non accetta la sostituzione si assume il rischio di un diniego rispetto alla propria istanza di affidamento in prova, ma potrebbe trattarsi di una scelta tutto sommato razionale dal punto di vista del reo (in termini "costi-benefici"), considerando che, dinanzi all'elevatissimo numero di "libero-sospesi" che attendono la decisione della magistratura di sorveglianza, la prospettiva di un sistematico rigetto delle istanze di affidamento in prova, con conseguente esecuzione intramuraria della pena, renderebbe il problema dell'affollamento carcerario del tutto ingestibile, rischiando di far "esplodere" un sistema penitenziario che già ora versa in stato di grave fibrillazione[93]. Insomma, il requisito del consenso del condannato è un elemento "distonico", «che può avere un senso forse solo in rapporto al lavoro di pubblica utilità, ma che certo appare sorprendente rispetto a sanzioni di decarcerazione del sistema,

[90] E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive*, cit., 5. Ad avviso di F. Palazzo, *Uno sguardo d'insieme*, cit., 13, la scelta di non includere l'affidamento in prova tra le pene sostitutive «è probabilmente dovuta ad un eccesso di prudenza e cautela del legislatore delegante, che non ha inteso aprire già fin dalla cognizione ad una misura in libertà che sarebbe stata applicabile a reati di indubbia gravità come sono quelli puniti in concreto con pene fino a quattro anni. Ma in tal modo si è creata una discrasia tra cognizione ed esecuzione, essendo peraltro l'affidamento in prova applicabile *ab initio*».

[91] V. ancora E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive*, cit. Nello stesso senso, R. De Vito, *Fuori dal carcere?*, cit., 30, secondo il quale l'espunzione dell'affidamento in prova dal novero delle misure alternative applicabili in sede di cognizione è «una scelta che inocula limiti e contraddizioni nella riforma e che sembra suggerita, ancora una volta, dall'impossibilità – dettata da preoccupazioni squisitamente politiche e di consenso – di accostare al concetto di pena misure impegnative dell'essere umano, ma non privative della libertà personale».

[92] Come osserva criticamente F. Palazzo, *Uno sguardo d'insieme*, cit., 13 s., questa "discrasia" «può influire negativamente sulle sorti pratiche del sistema delle pene sostitutive, sterilizzandone gran parte delle potenzialità. È chiaro, infatti, che per il condannato a pene di una certa consistenza, tendenzialmente oltre i tre anni, la prospettiva di poter beneficiare dell'affidamento in prova *ab initio* è di gran lunga preferibile a quella di vedersi applicare la semilibertà o la detenzione domiciliare».

[93] Il problema è stato recentemente sollevato in sede di dibattito parlamentare dall'Onorevole Roberto Giachetti, che nel corso di una interrogazione ha richiesto al Ministro della giustizia Carlo Nordio dati numerici sulla quantità di "liberi sospesi", ponendosi appunto l'interrogativo di cosa accadrebbe se a tali soggetti fosse negato l'affidamento in prova. Pur non essendovi statistiche ufficiali pubblicate sul sito ministeriale, la risposta del Ministro ha evidenziato che tale numero è oggi rilevantissimo (90.120 persone distribuite su tutto il territorio nazionale): v. *www.camera.it*, area "Lavori", sezione "Resoconti dell'Assemblea", 16.1.2023.

il cui perimetro applicativo non potrebbe essere definito che dalla legge e dalla discrezionalità del giudice»[94].
Il pericolo di esiti irragionevoli è peraltro insito anche nell'ipotesi che il condannato sia disposto ad accettare la pena sostitutiva ma il giudice della cognizione lo ritenga invece non meritevole di tale sostituzione. In un caso siffatto si aprirebbe il seguente scenario, per certi versi paradossale: il condannato alla pena sostitutiva della semilibertà o della detenzione domiciliare entrerebbe immediatamente in carcere (sia pure per un numero limitato di ore giornaliere) o subirebbe il confinamento nel proprio domicilio; il condannato a pena detentiva ritenuto non meritevole di pena sostitutiva vedrebbe sospendersi l'ordine di esecuzione della condanna per attendere da uomo libero il verdetto del tribunale di sorveglianza sull'affidamento in prova, e, in caso di concessione di quest'ultima misura, non subirebbe mai alcun tipo di restrizione detentiva[95]. Al riguardo, va anche tenuto presente che il nuovo art. 67 della l. 689/1981 enuncia la regola generale secondo cui «salvo quanto previsto dall'articolo 47, comma 3 *ter*, della legge 26 luglio 1975, n. 354, le misure alternative alla detenzione di cui al capo VI del titolo I della medesima legge n. 354 del 1975, non si applicano al condannato in espiazione di pena sostitutiva». Pertanto, la pena sostitutiva irrogata dal giudice della cognizione non può essere "convertita" in una misura alternativa alla detenzione in fase di esecuzione. L'unica eccezione a dette regola è prevista dal co. 3 *ter* dell'art. 47, così come introdotto dall'art. 78 d.lgs. n. 150/2022, ai sensi del quale «l'affidamento in prova può essere concesso al condannato alle pene sostitutive della semilibertà sostitutiva o della detenzione domiciliare sostitutiva previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, dopo l'espiazione di almeno metà della pena, quando il condannato abbia serbato un comportamento tale per cui l'affidamento in prova appaia più idoneo alla sua rieducazione e assicuri comunque la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati».
Dunque, nel caso di sostituzione della pena detentiva con la semilibertà o con la detenzione domiciliare, il successivo accesso all'affidamento in prova come misura alternativa non è totalmente precluso, ma occorre comunque aver scontato almeno metà della pena sostitutiva. Questa deroga alla regola generale della inapplicabilità delle misure alternative a coloro che stanno espiando una pena sostitutiva viene motivata, nella Relazione illustrativa, proprio con la mancata inclusione dell'affidamento in prova tra le pene sostitutive, nel senso che, ove non fosse prevista tale deroga, si realizzerebbe una irragionevole disparità di trattamento tra i condannati a pena detentiva non sostituita e i condannati a pena sostituita, per le ragioni che abbiamo spiegato sopra[96]. Ma è chiaro che la prospettiva di espiare due anni di semilibertà o di detenzione domiciliare prima di accedere all'affidamento in prova è in ogni caso meno "attrattiva" per l'imputato rispetto a quella di rimanere in libertà e accedere in un secondo momento a tale misura alternativa alla detenzione. Insomma, questa combinazione di requisiti e divieti (consenso dell'imputato per la sostituzione; inapplicabilità delle misure alternative alla detenzione; deroga al divieto di applicazione dell'affidamento in prova solo dopo due anni di espiazione di semilibertà o di detenzione domiciliare) rischia di minare alle fondamenta l'effettività delle nuove pene sostitutive, vanificando gli sforzi compiuti dal legislatore della riforma per ampliare il raggio applicativo di tale tipologia di sanzioni.
Rebus sic stantibus, il destino del nuovo sistema di pene sostitutive è nelle mani dei due principali protagonisti della "vicenda sanzionatoria": da un lato, il giudice della cognizione, a cui si richiede un "cambio di passo", per non dire una vera e propria *trasformazione* culturale, sul versante della

[94] F. Palazzo, *Uno sguardo d'insieme*, cit., 14.
[95] Tali esiti irragionevoli vengono prefigurati, in particolare, da A. Gargani, *Le "nuove" pene sostitutive,* cit., 33 s., e da R. De Vito, *Fuori dal carcere?*, cit., 34.
[96] *Relazione illustrativa*, cit., p. 423, in cui si trova affermato, appunto, che «la mancata previsione dell'affidamento in prova tra le pene sostitutive rende necessaria una deroga alla regola generale dell'inapplicabilità delle misure alternative. Diversamente, infatti, si realizzerebbe un irragionevole disparità di trattamento tra condannati a pena detentiva non sostituita e sostituita. I primi, giudicati non meritevoli di sostituzione della pena, possono giovarsi del meccanismo sospensivo dell'esecuzione *ex* art. 656 co. 5 Cpp e chiedere al tribunale di sorveglianza e ottenere l'affidamento in prova al servizio sociale, misura meno afflittiva della semilibertà e della detenzione domiciliare. I secondi, giudicati meritevoli di sostituzione, andrebbero incontro a un trattamento sanzionatorio immediatamente esecutivo e maggiormente afflittivo e non potrebbero chiedere l'applicazione di una misura meno afflittiva, quale l'affidamento in prova».

prognosi comportamentale e della valutazione personologica, soprattutto nell'ottica di una più efficace *individualizzazione* e *funzionalizzazione* in chiave risocializzatrice della pena; dall'altro lato l'imputato, a cui si richiede uno sforzo di partecipazione attiva nella costruzione ed attuazione di un percorso "virtuoso" di espiazione della pena non carceraria che contemperi nel modo più efficace possibile le finalità rieducative con la prevenzione del pericolo di recidiva. Ed invero, nella logica della riforma il condannato non si limita a "subire" la pena inflitta dall'ordinamento, ma è chiamato a svolgere un ruolo attivo nel percorso di reinserimento sociale, sia nel momento iniziale in cui avviene la scelta di applicazione di una pena sostitutiva, con la previsione della necessità del suo consenso alla sostituzione, sia nel corso dell'espiazione della pena, con la previsione di un suo più intenso coinvolgimento in tutte le fasi di attuazione del programma trattamentale. Non resta che attendere il responso della prassi giudiziaria per capire se la riforma delle pene sostitutive darà buoni frutti, soprattutto in termini di effettività e deflazione carceraria, o se invece i rischi sopra paventati si concretizzeranno, rendendo necessario un ulteriore (ennesimo) intervento "correttivo" del legislatore.

PREMIALITA', COLLABORAZIONE PROCESSUALE E D.LGS. 231/2001: SPUNTI PER UNA RIFORMA

di Pierpaolo Astorina Marino
(*Ricercatore in diritto penale, Università di Bergamo)*

Il saggio si propone di approfondire le condizioni alle quali sarebbe possibile l'introduzione nell'ordinamento italiano di ipotesi di non punibilità per l'ente, responsabile ai sensi del d.lgs. 231/01, in virtù della sua collaborazione processuale nella emersione dell'illecito commesso dalla persona fisica. Dopo aver messo a punto la nozione di diritto penale premiale, l'articolo si sofferma sui meccanismi di non punibilità esistenti nell'ordinamento italiano per le persone fisiche e prende atto dell'assenza, invece, di analoghe ipotesi per gli enti. A fronte di questa discrasia tra i due sistemi di responsabilità, l'Autore analizza, in chiave comparatistica, il sistema nordamericano dei *pre-trial diversion agreements*, mettendone in luce vantaggi e criticità. Ciò consente di evidenziare come l'introduzione di una causa di non punibilità per l'ente, a fronte del contributo dato all'Autorità nella scoperta di fatti illeciti commessi all'interno dell'organizzazione, rientri pienamente nella logica del sistema 231. La sua introduzione, tuttavia, necessiterebbe di essere inquadrata in una riforma complessiva della disciplina della responsabilità degli enti, senza la quale è alto il rischio di produrre molteplici problemi applicativi difficilmente sanabili in via interpretiva.
The essay aims to explore the conditions under which it would be possible to introduce in the Italian legal system hypotheses of non-punihability for the corporation, liable under Legislative Decree No. 231/01, due to its trial collaboration in uncovering the offence committed by the individual. After having defined the notion of 'reward' criminal law, the author focuses on the legal rules governing non- punishability for individuals and notes the absence, in the Italian legal system, of similar hypotheses for legal entities. In view of this divergence between the two liability systems, the author examines the North American system of pre-trial diversion agreements from a comparative perspective, highlighting its advantages and criticalities. The analysis conducted by the author makes it possible to underline how it fully falls within the logic of the Legislative Decree 231/01 to introduce a cause of non-punishability for the legal entities that have offered a support to the legal authority in the discovery of the unlawful acts committed within the organization. However, the introduction into the legislative system of this cause of non-punishability in favor of the corporation would need to be framed within a comprehensive reform of the regulation of corporate liability. Without such a reform, there is a risk of multiple enforcement problems that are difficult to remedy in practice.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il diritto penale premiale. – 3. La valorizzazione della collaborazione processuale nell'ordinamento italiano. – 4. La premialità "incompleta" nel d.lgs. 231/01. – 5. Un approccio comparato: benefici e critiche dei *pre-trial diversion agreements*. – 6. Conclusioni.

1. Secondo gli studiosi che si sono occupati più approfonditamente del tema, «è necessario ampliare lo spazio della cooperazione *post delictum* introducendo una esplicita disciplina premiale per l'ente che decida di portare ad emersione l'illecito commesso nel contesto organizzativo: il vantaggio è quello di rafforzare il contributo dell'impresa nel contrasto alla criminalità economica, consentendo così di portare alla luce condotte illegali che altrimenti sfuggirebbero alla sfera pubblica»[1].

---

[*] Lo scritto rielabora la relazione tenuta al Convegno *La responsabilità da reato degli enti a vent'anni da d.lgs. 231/01* tenutosi presso l'Università degli Studi di Bergamo il 6 novembre 2021 ed è destinata agli atti in corso di pubblicazione. Si ringraziano i curatori del volume per aver concesso la pubblicazione su Rivista.

[1] F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *RIDPP* 2017, 945 ss., 976.

Il presente scritto vuole apportare un contributo al chiarimento delle condizioni alle quali un tale auspicio sia realizzabile nel sistema italiano, con particolare riguardo all'introduzione di strategie premiali *post factum* in virtù della collaborazione processuale dell'ente, sulla scorta dei noti modelli di derivazione nordamericana.
Occorrerà prendere le mosse, anzitutto, da una visione d'insieme in ordine alla nozione di diritto penale premiale.
Nella seconda parte converrà soffermarsi su una panoramica dei diversi meccanismi di premialità affastellati nell'ordinamento giuridico italiano, con una attenzione particolare ai premi previsti per la collaborazione processuale dell'indagato o dell'imputato.
Questa preliminare disamina consentirà di valutare gli incentivi offerti all'ente dal d. lgs. 8.6.2001 n. 231 rivolgendo, infine, uno sguardo, in ottica comparativa, al sistema statunitense di diversione processuale dei cd. *non prosecution agreement* (NPA) e dei *deffered prosecution agreement* (DPA), esaminando in particolare le critiche sollevate a tale sistema dagli studiosi americani e trarne qualche spunto in chiave di riforma della normativa italiana.

2.Come è stato segnalato da un recente e approfondito lavoro sul tema[2], è a partire dagli anni Settanta, sull'abbrivo delle novità normative in tema di sequestro di persona, terrorismo e criminalità organizzata che si è registrata in Italia un'evoluzione degli orientamenti di politica criminale volta a valorizzare il postfatto.
Nell'ottica di una maggiore rilevanza delle dinamiche successive al fatto di reato, ha acquisito posizione centrale la predisposizione di norme di favore per il reo che cooperi con le autorità di polizia o con l'autorità giudiziaria all'accertamento del fatto, all'individuazione dei correi, mediante l'introduzione di istituti di natura sostanziale, processuale e attinenti all'esecuzione penitenziaria.
L'idea della premialità, in sé, non è estranea al diritto penale[3].
Il premio, quale strumento di politica criminale, costituisce uno stimolo nei confronti dell'autore del reato a porre in essere una condotta virtuosa di segno opposto. Si tratta di un calcolo di «algebra giuridica, in cui al segno negativo attribuibile alla condotta delittuosa va sommato quello positivo attribuito alla condotta post-delittuosa. Il risultato sarà uguale a zero o minore di zero, dove "zero" sta per "non punibilità" e il valore con segno "meno" indica la pena residua, una volta detratto il quantum di pena "scontato" a seguito della condotta post-delittuosa premiata»[4].
Negli ultimi decenni si è assistito a una profonda trasformazione del diritto penale classico, al quale, da un lato, si sono affiancati altri sistemi – amministrativi soprattutto – in una sorta di "galassia afflittiva"; dall'altro lato si è aggiunto un nuovo paradigma reattivo-premiale, basato sulla possibilità di tenere in debito conto di determinati comportamenti dell'imputato al momento dell'applicazione della pena: la reattività del sistema diventa premialità, valorizzando comportamenti o adempimenti che permettono di evitare la sanzione penale[5].
In questo «vasto e multiforme scenario occupato dalle condotte di significato antagonistico rispetto al reato». che giustificano il venir meno delle funzioni della pena[6],troviamo diverse forme di

[2] F. Mazzacuva, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino 2020, 43.
[3] C. Ruga Riva, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano 2002, 1. Segnala l'Autore come sin dall'antica Roma «la ricompensa pubblica non aveva, come da noi, un significato puramente sociale, ma giuridico: al diritto penale corrispondeva, per così dire, un diritto premiale (concetto a noi sconosciuto) ed anzi non credo di eccedere se dico che, sino alla codificazione del diritto penale alla fine dell'epoca repubblicana, il diritto alla ricompensa fu caratterizzato da una precisione maggiore di quella propria del diritto penale» (ivi, 8).
[4] Ruga Riva, *op. cit.*, 8. Il concetto di premio evoca, inoltre, quello più ampio di giustizia negoziata, che richiede spazi sempre più ampi di interlocuzione fra soggetti privati e soggetti istituzionali. Cfr. sul punto G. Forti, *Prima sessione*, in AA.VV., *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto,* Milano 2017, 18 ss.
[5] R. Bartoli, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, in *www.sistemapenale.it* (29.3.2021), 2 ss. Sul tema, cfr. inoltre lo studio di M. Donini, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, II, Torino 2011, 889 ss.
[6] G. De Francesco, *La premialità e la non punibilità tra dogmi e pragmatismo*, in *www.lalegislazionepenale.eu* (2.9.2019),

negoziazione formale, dirette o indirette, ma anche atti unilaterali: ci si può riferire a normative disomogenee *lato sensu* premiali che ricollegano conseguenze favorevoli a comportamenti *post delictum*, ad esempio il rito alternativo del patteggiamento o istituti quale l'oblazione, la sospensione del processo con messa alla prova, ovvero la remissione della querela, ma anche il risarcimento o riparazione del danno[7]. Parte della dottrina, infatti, convoglia nella logica della premialità sia comportamenti incentrati sulla regressione dell'offesa entro determinate soglie temporali, sia condotte sollecitate dal giudice, ad esempio la messa alla prova, anche se quest'ultima più specificatamente nel segno di una prevenzione speciale, proprio perché la *voluntas operandi* giustifica il venir meno della necessità della pena per il reo[8].
Gli istituti premiali, dunque, recepiscono un'evoluzione della politica criminale contemporanea rispetto al modello classico codicistico pena/riparazione/risarcimento, che diventa sempre più residuale. L'idea che dal delitto "non si torna più indietro" non appartiene più alla politica criminale. Si passa, in tal modo, dal concetto di pena subita a quello di pena agita, cioè di una sanzione pur sempre negativa – perché limitativa dei diritti del soggetto – ma a cui si innesta un comportamento attivo[9].
Ciò premesso, nel *mare magnum* della premialità, occorre focalizzarsi sui meccanismi di collaborazione processuale disseminati nell'ordinamento giuridico italiano, al fine effettuare un confronto rispetto agli attuali istituti premiali previsti nel d. lgs. 231/2001 e analizzare quali sono, in chiave motivazionale, i reali vantaggi di cui l'ente può fruire sul piano sanzionatorio.

3.Per collaborazione processuale si intende la condotta cooperativa dell'indagato o dell'imputato con le autorità di polizia o con l'autorità giudiziaria, non solo in sede processuale, ma anche fuori dal processo, in fase di indagini preliminari o anche in sede esecutiva o a processo terminato, allo scopo di fornire un contributo probatorio all'autorità per l'accertamento di fatti di reato o per l'individuazione e cattura dei loro autori[10].
Uno dei primi e significati interventi in tal senso si è avuto con la l. 30.12.1980 n. 894 che ha introdotto il comma 5 all'art. 630 c.p. che, al ravvedimento sostanziale del collaboratore che si adoperi in modo che il sequestrato riacquisti la libertà (comma 4), ha aggiunto la previsione di una importante diminuzione di pena per la dissociazione[11]. Tale riforma ha costituito il paradigma dell'evoluzione penale-premiale dell'ordinamento italiano, richiedendo al concorrente la revoca dell'adesione non solo rispetto al proposito criminoso, ma anche al *pactum sceleris*[12].
Negli anni '70 a seguito dei numerosi attentati terroristici, la risposta dell'ordinamento, da un lato, è stata quella di introdurre nuove fattispecie di reato (art. 279 e 280 *bis* c.p.) e una circostanza aggravante della finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico; dall'altro lato, è stata quella di prevedere anche in questo caso una misura di natura premiale, valorizzando le condotte di dissociazione e collaborazione fornendo *«elementi di prova determinanti per l'esatta ricostruzione del fatto»* (artt. 4 e 5 del d.l. 15.12.1979 n. 625, convertito dalla l. 6.2.1980 n. 15; artt. 1, 2, 3 e 5 della l. 29.5.1982 n. 304 e, infine, art. 1 della l. 18.2.1987 n. 34). In questo caso, infatti, se è chiaro che il bene giuridico è stato ormai già offeso anche con un singolo reato, può ritenersi comunque utile la collaborazione processuale per tutelare l'ordinamento costituzionale, nella misura in cui, ad esempio,

4.
[7] D. Pulitanò, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata*, cit., 22 ss.
[8] G. De Francesco, *op. cit.*, 9.
[9] M. Donini, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, in AA.VV., *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata*, cit., 40 ss.
[10] C. Ruga Riva, *op. cit.*, 12 e 14. Sul punto, cfr. anche M. Donini, *Le logiche del pentimento*, cit., 909 ss.
[11] «Nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera, al di fuori del caso previsto dal comma precedente, per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti».
[12] D. Parrini, *Collaboratori e testimoni di giustizia*, in *www.adir.unifi.it*, 2007, 3.

sia utile per accertare determinati reati, disvelare meccanismi sottesi al funzionamento dell'associazione, individuare o catturare altri associati, indebolendo in tal modo la struttura[13].
Lo stesso obiettivo è stato fissato dal legislatore in materia di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti con l'introduzione al comma 7 dell'art. 73 d.p.R. 9.10.1990 n. 309, Testo Unico in materia di stupefacenti, di una circostanza attenuante ad effetto speciale in favore di «chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti»[14].
Solo con il d.l. 13.5.1991 n. 152 l'istituto della collaborazione è stato previsto anche per il comparto di criminalità organizzata di stampo mafioso: l'art. 8 prevedeva una circostanza attenuante ad effetto speciale «per i delitti di cui all'art. 416 *bis* del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta degli elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati »[15].
Lasciando da parte le varie altre ipotesi previste dall'ordinamento[16], vale la pena citare da ultimo, la l. 9.1.2019 n. 3, cd. Spazzacorrotti, ha introdotto all'art. 323 *ter* c.p. una particolare causa di non punibilità, basata sul ravvedimento operoso del corruttore o del corrotto e consiste in una collaborazione volontaria e tempestiva[17].
La finalità è quella di spezzare il "bozzolo omertoso"[18] che lega corrotto e corruttore: si devono fornire indicazioni concernenti il reato commesso e nel caso del pubblico agente anche mettere a disposizione l'utilità percepita o il suo equivalente. Nonostante l'ambizione, dal punto di vista operativo, la causa di non punibilità sembra, ai più, votata alla paralisi[19] in quanto vincolata a un termine massimo dalla commissione del fatto prima dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato o prima della conoscibilità di tale iscrizione. Difficile pensare che qualcuno possa assumersi questo

[13] C. Ruga Riva, *op. cit.*, 394.
[14]La giurisprudenza sul punto appare particolarmente severa nell'interpretazione dei presupposti dell'attenuante. Cfr., tra le tante anche recenti, Cass. 27.1.2021 n. 3252, in *Dejure*: «l'attenuante della collaborazione di cui all'articolo 73, comma 7, del Dpr 9 ottobre 1990 n. 309 può essere riconosciuta soltanto in presenza di un contributo di particolare incidenza, efficace e utile per interrompere la catena delittuosa o colpire il sistema patrimoniale quale provento e strumento del crimine, dovendosi invece escludersi l'efficacia di dichiarazioni prive di riscontri o meramente rafforzative del quadro probatorio o che riguardano circostanze di rilevanza marginale (nella specie, il diniego dell'attenuante era stato motivato correttamente, secondo la Corte, sul rilievo che le informazioni offerte erano intervenute con riferimento a reati già consumati e risultanti dal tenore delle intercettazioni telefoniche e ambientali effettuate)».
[15] Tale trattamento differenziale è stato esteso dal legislatore anche alla fase esecutiva con l'introduzione ad opera del medesimo decreto legge dell'art. 58 *ter* alla l. 26.7.1975 n. 354, che prevede che le limitazioni alla concessione di benefici introdotta all'art. 4 *bis* «non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per la individuazione o la cattura degli autori di reati».
[16] Per una rassegna cfr. M. Donini, *Le logiche del pentimento*, cit., 913 ss.
[17] E. Fusco – B. Fragasso, *Dalla legge Severino alla legge cd. Spazzacorrotti, tra prevenzione e repressione, il legislatore amplia gli strumenti investigativi di contrasto alla corruzione, importando esperienze da altri ordinamenti (undercover e whistleblowing), rendendo applicabili le indagini con captatore informatico, rafforzando il sistema 231*, in *Rivista 231*, 2019, 4, 108 ss.
[18] G. Forti, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in *DPenCont* 2012, 3-4, 181; concorda V. Mongillo, *La legge "Spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *DPenCont* 2019, 5, 250.
[19] T. Padovani, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *AP* 2018, 3, 7. Su questa causa di non punibilità, cfr. anche, per una panoramica delle problematiche esistenti, L. Notaro, *La causa di non punibilità del denunciante in materia di delitti contro la p.a.: vecchi e nuovi problemi in tema di legislazione premiale e collaborazione processuale di fronte all'espansione del paradigma emergenziale*, in www.lalegislazionepenale.eu (24.11.2020): S. Fiore, *Tracce di distopia legislativa nella "spazzacorrotti". Funzioni simboliche e deterrenza "latente" nell'uso della non punibilità*, in www.lalegislazionepenale.eu (18.6.2020).

rischio, non sapendo se nel frattempo l'iscrizione in concreto abbia avuto luogo. Incerto, peraltro, anche il termine per un illecito la cui consumazione può non essere istantanea. Dalla sfera applicativa sono stati esclusi i reati di concussione, peculato e istigazione: il legislatore ha voluto limitare l'applicazione dell'art.323 *ter* a reati in cui vi è un inizio di trattativa, ma allora non si comprende perché non si faccia alcun riferimento nel catalogo al traffico di influenze illecite. La denuncia deve avere caratteristiche precise: deve essere volontaria, deve avvenire entro quattro mesi dalla commissione dei fatti e deve fornire concretamente, sempre nel termine di quattro mesi, indicazioni utili, non necessariamente decisive, per assicurare la prova del reato e per individuare altri responsabili. Il soggetto, infine, deve mettere a disposizione l'utilità ottenuta e in caso di impossibilità una somma di denaro equivalente o indicare il beneficiario effettivo[20].
Ma anche al di là degli istituti di ravvedimento processuale, il nostro ordinamento è oramai disseminato di ipotesi di non punibilità/riparazione che non rispondono a «un chiaro disegno di politica criminale sanzionatoria, ma [che costituiscono] un insieme di politiche molto diverse, anche se tutte legate da un denominatore comune di valenza "riparatoria"»[21]. Solo per citare quelle di più frequente applicazione: dalla messa alla prova (168 bis c.p.p.), all'oblazione (art. 162 e 162 *bis* c.p.), alle condotte riparatorie (art. 162 *ter* c.p.), alle disposizioni previste in materia di diritto penale del lavoro a seguito di rispetto delle prescrizioni dell'autorità e del pagamento di una somma di denaro in via amministrativa (artt. 19-25 d.lgs. 19.12.1994 n. 758 e art. 301 del d.lgs. 9.4.2208 n. 81), alle disposizioni previste dal Testo unico dell'ambiente a seguito, ad esempio, di bonifica dei siti (art. 257 d.lgs. 3.4.2006 n. 152), o in materia edilizia a seguito di rilascio di permesso in sanatoria (artt. 36 e 45 d.P.R. 6.6.2001 n. 380) o per i reati tributari a seguito di condotte riparatorie (art. 13 d.lgs. 10.3.2000 n. 74)[22].

4.Venendo adesso al sistema 231, possiamo dire di trovarci di fronte a un sistema di premialità incompleta: pur a fronte di qualche spunto in tal senso, «nella regolamentazione italiana della partnership pubblico-privato manca un passaggio considerato essenziale in altre esperienze internazionali: la previsione di incentivi all'*agent* per l'emersione dell'illecito»[23].
In un sistema di *stick and carrot approach*[24], da un lato vi è l'esigenza di punire le condotte illecite, dall'altro la necessità di chiedere all'impresa di farsi carico di una parte dell'*enforcement* della legislazione penale.
Il sistema sanzionatorio previsto dal legislatore per gli enti è "essenzialmente binario"[25], incentrato sull'irrogazione della sanzione pecuniaria – fondamentale e indefettibile[26] – e sulla sanzione

[20] Quest'ultima occorrenza della collaborazione processuale pare confermare la linea di tendenza già segnalata in passato dalla dottrina secondo cui «la collaborazione, così, guadagna nuovi spazi di lotta al crimine, che si estendono dal "fatto" a tutto il "postfatto". Mentre la lotta al crimine organizzato riguarda pur sempre il fatto, data la permanenza criminosa del contesto, quando subentrano forme di lotta a una criminalità non permanente, esse riguardano solo il postfatto, e dunque o il coinvolgimento del singolo imputato in logiche di prova della propria rottura col crimine commesso, in logiche di polizia, o la prevenzione di reati futuri». Così Donini, *Le logiche del pentimento*, cit., 912.
[21] M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *DPenCont* 2015, 2, 236 ss., 239.
[22] Per l'excursus normativo cfr. R. Bartoli, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale*, cit., 4.
[23] F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*, cit., 980. Come sintetizza da ultimo G. De Simone, *La non punibilità nel prisma della responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, II*, Milano 2023, 990 ss., 990: «c'è molta premialità. in effetti, nel d.lgs. 231/01 e questo lo abbiamo sempre saputo; mentre […] sono assai poche le ipotesi codificate di non punibilità direttamente riferibili alle *societates*».
[24] F. Stella, *Criminalità di impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *RTrimDPenEC* 1998, 2-3, 473 ss. Sul sistema sanzionatorio per gli enti, cfr. l'affresco di C.E. Paliero, *Il sistema sanzionatorio dell'illecito dell'ente: sistematica e rationale*, in *RIDPP* 2021, 1199 ss.
[25] *Relazione ministeriale al d. lgs. 231/2001*, 12.
[26] Ivi, 13.

interdittiva – nei casi previsti dalla legge –, alle quali si aggiunge la confisca e la pubblicazione della sentenza di condanna[27].
È evidente che è sulla minaccia delle sanzioni interdittive, applicabili anche in via cautelare, che il legislatore fa conto per indurre l'ente a organizzarsi per la prevenzione dei reati.
Ed è proprio con riguardo alle sanzioni interdittive che il legislatore ha introdotto una serie calibrata di incentivi volti a stimolare l'ente ad eliminare o ridurre il rischio di ulteriori trasgressioni[28].
L'art. 17 concede un ravvedimento *post factum* permettendo di evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive. La finalità che emerge è di tipo special-preventiva, volta a premiare l'ente che ha contro-agito e che dimostri così una sorta di "ravvedimento". Si richiede che l'ente abbia risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose o che si sia efficacemente adoperato in tal senso; che abbia eliminato le carenze organizzative mediante adozione ed attuazione di idonei Modelli organizzativi atti a prevenire reati della specie di quello verificatosi; che abbia messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.
Si concretizza, così, un potente stimolo alla promozione dell'attività di riorganizzazione interna della *governance*, in vista di una corresponsabilizzazione della persona giuridica[29].
Non si può non evidenziare come le sanzioni interdittive previste per la responsabilità amministrativa della persona giuridica siano, del resto, assai incidenti proprio sulla vita e sulla attività dell'impresa potendo determinarne l'interruzione dall'esercizio oppure la sospensione di autorizzazioni, licenze o concessioni[30]. Tale rischio risulta, a maggior ragione, approfondito dall'aumento introdotto alla durata delle sanzioni interdittive per i reati di corruzione e concussione, salvo i casi di riduzione alla durata ordinaria nei casi previsti dall'art. 25 comma 5 *bis*[31].
Nella prassi applicativa del d. lgs. 231/01 è emersa l'eccessiva aleatorietà di questo sistema, a rischio di implosione, dovuto alla discontinuità nella stessa aperura dei procedimenti a carico degli enti, all'incertezza degli orientamenti interpretativi e applicativi, alle incongruenze generate dalle modifiche normative succedutesi nel tempo[32]. A ciò si aggiunge anche il timore di coinvolgere terzi estranei e il tentativo di tutelare le esigenze occupazionali[33].
La crisi di fiducia verso i modelli preventivi ha determinato un aumento del ricorso agli stessi durante il procedimento, con funzione riparatoria, anche in ragione dell'interesse ad uscire rapidamente dal procedimento e contenere i danni reputazionali[34], preferendo l'ente limitarsi ad adottare *ex ante* modalità di compliance formali, cosmetiche[35].
Sia nel caso dell'art. 12, per la sanzione pecuniaria, sia nel caso dell'art. 17, per le sanzioni interdittive, in ogni caso, si tratta di disposizioni che nulla hanno a che fare con una collaborazione processuale in senso stretto, per come definita in precedenza.
L'unica forma di collaborazione valutabile per l'ente è quella prevista dal summenzionato art. 25, comma 5 *bis*, il quale dispone che *«se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le*

[27] Come rileva C.E. Paliero, *Il sistema sanzionatorio,* cit., 1224, l'indefettibilità della sanzione pecuniaria pur a fronte di condotte "riparative", «dimostra soprattutto la persistente predilezione del legislatore per l'ente che risponda *ex ante* alle istanze special-preventive imposte dall'ordinamento».
[28] N. Valiani, *La sanzione pecuniaria agli enti: problemi e prospettive dell'apparato sanzionatorio previsto dal d. lgs. 231/ 2001*, in *Rivista 231* 2017, 3, 170.
[29] G. De Vero, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *RIDPP* 2001, 1135 ss. Sulla logica premiale e sulle disposizioni di favore previsti dal decreto 231 v. anche D. Quarto, *Gli strumenti di premialità previsti dal d.lgs. 231/2001 come pungolo alla rieducazione dell'ente*, in *Rivista 231* 2021, 4. 147 ss.; G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *RIDPP* 2012, 1266 ss.
[30] M. Pellerino, *Premialità e vantaggi conseguenti all'adozione di modello organizzativo e gestionale* ex *d. lgs. 231/2001*, in *Rivista 231* 2019, 4, 210 ss.
[31] Comma introdotto dalla legge n. 3 del 2019.
[32] T. Epidendio, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, in *Rivista 231* 2018, 4, 147-148.
[33] F. Consulich, *Punibilità di organizzazione. Possibilità e limiti dell'astensione della punizione per l'ente colpevole*, in *Rivista 231* 2020, 4, 253.
[34] Circolare Assonime, 5, 2019, 24.
[35] Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e Agency problems*, cit., 946.

prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2»[36].

L'ordinamento italiano, in definitiva, non prevede incentivi per la persona giuridica nel caso di segnalazione dell'illecito all'autorità giudiziaria[37], anzi la scoperta da parte dell'ente può esporre lo stesso a più ampie conseguenze sanzionatorie, sebbene l'impresa, da un lato, goda di una posizione di privilegio nel conoscere informazioni su fatti illeciti, dall'altro lato, sia interessata a dissociarsi[38].

De iure condendo, diverse sono state le sollecitazioni della dottrina[39] sulla necessità di una riforma dei meccanismi di diversione processuale e delle condotte *post delictum* in un'ottica premiante dei comportamenti che si muovono nel solco della riparazione e prevenzione[40], anche al di là del tema della collaborazione processuale.

Non sono mancati, inoltre, i tentativi di ampliare la gamma delle opportunità di definizione alternativa del procedimento anche a legislazione vigente[41]. Si è ipotizzata, ad esempio, l'esportazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto[42], la sospensione del procedimento per messa

---

[36] Sul punto vedi L. Rutolo, *L'autovalutazione del rischio da insolvenza e da reato. Benefici premiali per le imprese: normative a confronto*, in www.giurisprudenzapenaleweb.it (7.6.2021), 8.

[37] I cd. meccanismi di *self reporting* di cui si parla in F. Centonze - M. Mantovani, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in *La responsabilità "penale" degli enti*, a cura di F. Centonze, M. Mantovani, Bologna 2016, 288.

[38] Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e Agency problems*, cit. 981. Cfr. inoltre E. M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in *La responsabilità penale degli enti*, cit., 123: «l'assenza di una specifica procedura di collaborazione su base volontaria, avente carattere generale, riconduce ogni forma di denuncia del comportamento inosservante alla dinamica dell'acquisizione di una notizia di reato, costituendo un disincentivo, ben più che un premio, al coinvolgimento delle pubbliche autorità». Sul *self reporting* si veda anche G. Fidelbo - R. A. Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista 231* 2016, 4, 14 ss. Sulle prospettive di riforma cfr. anche Epidendio, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, cit., 153. Da ultimo, si veda anche il lavoro di M. Colacurci, *L'illecito "riparato" dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica ex d.lgs. 231/01*, Torino 2022.

[39] Tra i tanti cfr.: Epidendio, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, cit.; Franzin, *Meccanismi premiali e responsabilità dell'ente*, cit., 2022; Consulich, *Punibilità di organizzazione*, cit. Sulla possibilità di immaginare le condotte agli art. 12 e 17 come cause di estinzione dell'illecito vedi: D. Quarto, *op. cit.*, 147 ss.; M. Riccardi - M. Chilosi, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *Rivista 231* 2017, 10, 53 ss. Sui correttivi per riferire le ipotesi di cui agli artt. 131 *bis*, 162 *ter* e 168 *bis* c.p. anche all'ente cfr. D. Vispo, *Il procedimento a carico degli enti: quali alternative alla punizione*, in www.lalegislazionepenale.eu (25.11.2019), 12 ss.

[40] 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, 2, 193.

[41] Sulla possibile estensione delle cause di non punibilità (in senso lato) previste per la persona fisica alla persona giuridica, cfr. F. Giunta, *L'ente non punibile. Prendendo spunto dall'evasione fiscale riparata*, *in www.discrimen.it* (5.10.2020), 1 ss.; G. Varraso, *Autonomia del sistema sanzionatorio a carico dell'ente nel d.lgs. 231/01 e non punibilità del reato presupposto*, in *Resp. amm. soc*. 2020, 1, 21 ss.; Vispo, *Il procedimento a carico degli enti*, cit., 5 ss. Da ultimo, cfr. G. De Simone, *op. cit*., 991 ss.; E. Basile, *La società (non) punibile: del come e del perché*, in AA.VV., *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, II*, Milano 2023, 908 ss.

[42] Interessante sul punto T. Milano 7.2.2018, n. 677, inedita, che estende la causa di non punibilità per particolare tenuità anche agli enti *«poiché l'istituto della "particolare tenuità del fatto" integra una causa di non punibilità non ricompresa nelle ipotesi espressamente menzionate nell'articolo 8 citato, la dottrina e le A.G. che hanno aderito alla tesi qui sostenuta dalle parti osservano che l'applicazione dell'art. 131 bis c.p. determina la non punibilità del fatto-reato su cui si fonda la responsabilità amministrativa dell'ente, facendo quindi venire meno il presupposto di quest'ultima. Tale orientamento appare invero condivisibile, sia alla luce di quanto sopra osservato sia perché la tesi contraria, sostenuta da una parte della dottrina, non convince»*. E, pertanto, *«può quindi concludersi che la causa di esclusione della punibilità in esame, attenendo al profilo dell'offensività del fatto tipico ed essendo quindi intrinseca alla struttura del reato, non può non esplicare i suoi effetti anche sulla responsabilità amministrativa dell'ente, che trova fondamento nel reato medesimo»*. Favorevole a tale estensione in dottrina, tra gli altri, F. Giunta, *op. cit.*, 5.

alla prova letti e l'oblazione *ex* 162 e 162 *bis*[43]: tutti istituti da leggere necessariamente in chiave evolutiva, dovendo essere adattati alle connotazioni proprie della responsabilità delle *societates*[44].
La giurisprudenza[45], specie di legittimità, tuttavia, si è mostrata fortemente contraria, utilizzando come argomentazioni a sostegno sia l'autonomia della responsabilità dell'ente sia il principio di sussidiarietà *ex* art. 34[46]. Sul punto una leggera apertura aveva dimostrato una parte della giurisprudenza di merito in tema di messa alla prova[47], valorizzando una prospettiva sistemica di natura special-preventiva; apertura, tuttavia, cui ha fatto seguito la recente pronuncia delle Sezioni Unite – di cui si attendono le motivazioni - che ha di fatto chiuso la questione[48].
Nonostante la logica punitivo-premiale che permea il "sistema 231", si rivela quindi un *gap* tra diritto penale delle persone fisiche e quello delle persone giuridiche, che vede quest'ultimo paradossalmente sbilanciato sul lato della "punitività"[49].
L'incessante moltiplicarsi delle cause di non punibilità e degli strumenti deflattivi per la persona fisica e la discrasia rispetto a quanto previsto per la persona giuridica trova un ultimo arresto nell'introduzione dell'art. 323 *ter* c.p. esclusivamente per la persona fisica e nella mancata estensione dell'art. 13 co. 2 d.lgs. 74/2000 e dell'art. 334 TULD alla persona giuridica, nonostante l'approdo dei reati tributari e del contrabbando nel catalogo dei reati presupposto[50]. In quest'ultimo caso l'irrazionalità del sistema è palese, stante – praticamente in tutti i casi – l'assolvimento da parte della società stessa dell'obbligo tributario, che fa andare esente da responsabilità, però, solo la persona fisica autore del reato[51].
L'asimmetria sussistente tra l'esistenza di plurimi strumenti di *diversion* previsti per la persona fisica e non per quella giuridica, introduce elementi di frizione nel sistema processuale che rischiano di comprometterne l'effettiva funzionalità[52], rendendo opportuna una più profonda riflessione sul punto.

5. Una tale rimeditazione non può prescindere dall'analisi delle molteplici criticità che affliggono i c.d. *pre-trial diversion agreements* propri del sistema nordamericano, cui di solito si fa riferimento come modello cui fare riferimento per la riforma del sistema italiano.
Non è questa la sede per riepilogarne la genesi e il pragmatismo che ne sta alla base[53].

---

[43] Tra gli strumenti di deflazione processuale estensibili all'ente parte della dottrina ricomprende anche l'oblazione riconoscendo la natura di causa di non punibilità e non di causa di estinzione del reato: cfr. E. Scaroina, *op. cit.*, 203 ss.
[44] Si consentirebbe di non punire la persona fisica autrice del reato e di sanzionare l'ente, tradendo il fine di deflazione processuale cfr. D. Franzin, *op. cit.*, 429.
[45] S. Ravasio, *Mancata estensione delle cause di non punibilità ex art. 13 d.lgs. 74/2000 ed estintive del reato ex art. 334 TULD agli enti: premialità vanificate per le società che estinguono il debito (ed il reato) tributario e doganale*, in *Rivista 231* 2021, 1, 159 ss.
[46] Contraria è Cass. 17.11.2017 n. 9078, in *Dejure*, che definisce la assoluzione per particolare tenuità del fatto *ex* art. 131 bis c.p. come una cripto-condanna: rimane il fatto tipico, la pronuncia viene iscritta nel casellario giudiziale ed ha efficacia di giudicato nei giudizi civili e amministrativi; ma contraria è anche Cass. 28.2.2018 n. 9072, in *Dejure*, proprio in ragione dell'art. 8 e dell'autonomia tra le vicende che riguardano l'ente e il suo autore persona fisica e da ultimo Cass. 23.1.2019 n. 11518, in *Dejure*,.
[47] T. Modena, Ufficio Gip, 19.10.2020, in *www.olympus.uniurb.it*. In senso contrario T. Milano, ord., 27.3. 2017 n. 13844, in *www.olympus.uniurb.it*, e T. Bologna, ufficio GIP, ord., 10.12.2020, in *www.giurisprudenzapenale.com* (14.12.2022).
[48] Cass. S.U. 27.10.2022 (ud.), informazione provvisoria n. 17/2022, in *www.sistemapenale.it* (28.19.22). Sul punto per un quadro degli orientamenti e degli argomenti pro e contro l'estensione della messa alla prova anche agli enti cfr. M. Colacurci, *L'ente non è ammesso alla prova: in attesa delle motivazioni delle Sezioni Unite, una rassegna delle principali pronunce di merito*, in *www.compliancehub.it* (10.11.2022).
[49] D. Franzin, *op. cit.*, 424 ss.
[50] S. Ravasio, *op. cit.*, 159 ss.
[51] F. Consulich, *Punibilità di organizzazione*, cit., 264; ma anche A. Ingrassia, *Il bastone (di cartapesta) e la carota (avvelenata): iniezioni di irrazionalità nel sistema penale tributario*, in *DPP* 2020, 3, 315.
[52] T. Epidendio, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, cit., 149.
[53] Per una recente analisi cfr. F. Mazzacuva, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *DPenCont* 2016, 2, 81 ss. L'idea di base è quella di evitare il c.d. effetto *Arthur Andersen*, e cioè le ripercussioni, personali e sociali, che i procedimenti penali normalmente riversano su dipendenti, azionisti, investitori, risparmiatori e, più in generale, sul mercato nel suo complesso. Evocativa è l'espressione «quando la persona giuridica

Più utile ai nostri fini un'analisi delle molteplici criticità riscontrate dagli studiosi americani per comprendere quante di queste siano prospettabili anche in una eventuale "importazione" nell'ordinamento italiano e quali modifiche "di sistema" richiederebbe la disciplina della responsabilità degli enti per una riforma che intenda valorizzare in modo più deciso, in ottica premiale, la collaborazione processuale.
Un breve quadro riepilogativo sul funzionamento di questi istituti sembra utile.
I PDA si differenziano dai *plea bargain* (patteggiamento) poiché si collocano in una fase antecedente al procedimento, offrendo un indubbio vantaggio reputazionale alla persona giuridica[54].
I PDA possono assumere due forme negoziali: i *non prosecution agreements* (NPA) e i *deferred prosecution agreements* (DPA). Nel primo caso il *prosecutor* accetta di non sporgere accuse formali contro la società indagata, a fronte di comportamenti virtuosi[55]; nel secondo caso presenta le accuse, ma decide di rinunciare temporaneamente all'esercizio dell'azione penale, offrendo una via di uscita negoziale dal processo penale[56]. Se l'impresa non rispetta i termini previsti, può incorrere in sanzioni penali e l'accusa può utilizzare a proprio favore le dichiarazioni sui fatti in cui emerge la colpevolezza dell'ente[57].
Il Dipartimento di Giustizia (DOJ) incentiva l'imposizione di mandati ogniqualvolta l'impresa non disponga di un modello di *compliance* efficace al momento della commissione dell'illecito e invita i *prosecutors* a valutare alternative alle sanzioni tipiche, nell'ottica di premiare un'impresa che abbia adottato le c.d. misure di *policing*[58]: abbia, cioè, adottato un programma di *compliance* efficace, si sia auto-denunciata e abbia collaborato alle indagini[59].
In particolare, per DPA si può definire quell'accordo tra *prosecutor* ed ente indagato, da sottoporre alla valutazione del giudice, in forza del quale l'ente si impegna ad adempiere a una serie di obblighi durante un periodo di osservazione (in genere da sei mesi a due anni). Tra questi obblighi si menzionano: lo *statement of facts* (irretrattabile)[60], utilizzabile in caso di esito negativo; la cooperazione con gli inquirenti per l'individuazione della persona fisica responsabile, rinunciando anche ad alcune prerogative (come l'*attorney-client privilege* e il *work-product protection*[61]); l'adozione o l'implementazione del proprio *compliance program*; il versamento di una *financial penality*, a titolo di risarcimento, donazione e altro; la messa a disposizione del profitto ai fini della confisca. Dunque, i PDA sono tutt'altro che una carta per "uscire di prigione gratis"[62].
I NPA intervengono in una fase antecedente rispetto ai DPA, prima dell'iscrizione della notizia di reato a carico dell'ente (*filing*): non prevedono nemmeno un vaglio giudiziale[63].

---

prende un raffreddore, starnutisce qualcun altro»: cfr. F. Mazzacuva, *L'ente premiato*, cit., 163, che riprende C. Coffee Jr., *"No Soul to Damn. No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Michigan Law Review* 1981, 401.

[54] E. Scaroina, *op. cit*., 203 ss.

[55] F. Ruggieri, *Reati nell'attività imprenditoriale e logica negoziale*, in AA.VV., *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata*, cit., 73.

[56] S. Manacorda, *Reati nell'attività imprenditoriale e logica negoziale*, in AA.VV., *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata*, cit., 84.

[57] J. Arlen - M. Kahan, *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, in *University of Chicago Law Review* 2017, 334 ss

[58] Sui meccanismi di *policing* cfr. J. Arlen -S. W. Buell, *The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement*, in *Southern California Law Review* 2020, 697 ss.

[59] J. Arlen – M. Kahan, *op. cit.*, 330 ss.

[60] Risulta, comunque, garantito il principio d'innocenza, perché si tratta di prendere posizione su un addebito mosso e non di una formale ammissione di colpevolezza.

[61] Il primo è volto a tutelare la segretezza delle conversazioni tra l'avvocato ed il proprio cliente; il secondo è teso al rispetto della segretezza dei documenti predisposti dalla difesa in vista del processo.

[62] Letteralmente *«get out of jail free»*, cfr. J. Arlen, *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops*, in *NYU School of Law, Public Law Research* 2017, 17-12, 4. I PDA stipulati dall'ufficio del procuratore degli Stati Uniti o dalla divisione penale del DOJ, nel 2010 fino al 2014 hanno imposto multe di circa 31,3 milioni di dollari in media: cf. J. Arlen – M. Kahan, *op. cit.*, 325.

[63] F. Mazzacuva, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, cit., 81 ss; per l'analisi vedi anche M. Riccardi - M. Chilosi, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la* diversion

Nell'ordinamento americano, a fronte dell'assenza di qualsivoglia normativa positiva, le caratteristiche dei PDA vengono desunte dall'applicazione pratica. A orientare l'ampia discrezionalità dei *prosecutors*, tuttavia, sono previste, oggi, le Linee guida diffuse dal Dipartimento di giustizia (DOJ) e dalla Security and Exchange Commission (SEC). Tra i Memorandum più diffusi dal Dipartimento di Giustizia, al fine di rendere più omogeneo l'agire dei *prosecutors*, vi sono l'Holder Memorandum e il Thompson Memorandum[64], i quali individuano una griglia di fattori orientativi della discrezionalità dei *prosecutors* - oggi sono confluiti nel Manuale del Procuratore degli Stati Uniti - tra cui: la natura e la gravità del reato per il quale si procede; la pervasività della condotta illecita nell'ambito dell'organizzazione e l'eventuale coinvolgimento del management; la storia giudiziaria dell'ente (precedenti azioni esperite in sede penale, civile ed amministrativa); la tempestività di un'eventuale denuncia da parte della società e la cooperazione di quest'ultima nelle indagini; l'esistenza di un effettivo *compliance program*; le azioni intraprese dall'ente per rimediare al reato commesso, compresa l'eventuale adozione/implementazione di un modello organizzativo; la sussistenza di eventuali danni cagionati da terzi. Tali criteri sono rimasti sostanzialmente invariati: oggi si prevede che l'ente possa ottenere il cd. *cooperation credit* senza dover per forza rinunciare all'*attorney-client privilege* e al *work-product protection privilege*[65], potendo utilizzare lo strumento delle investigazioni interne[66].

Il contenuto dei PDA è vario: la maggior parte impone mandati che richiedono alla società di adottare un programma di *compliance* efficace. Molti vanno oltre e specificano le caratteristiche che il programma dovrebbe avere[67]. Un mandato ricorrente, ad esempio, consiste nel richiedere alla società di assumere un *monitor* esterno con il potere di garantire il rispetto dei doveri imposti dall'accordo o cercare prove di ulteriori illeciti[68].

Pur con alcuni correttivi, il modello della *diversion* processuale è approdato anche in Inghilterra e Galles, dove tale intervento si è limitato all'adozione dei DPA[69], mentrei NPA sono stati ritenuti incompatibili con i principi fondamentali del sistema di giustizia penale inglese. A differenza di quanto avvenuto oltreoceano, Inghilterra e Galles hanno positivizzato tale riforma con il *Crime and Courts Act* del 2013[70] provvisto di un *Code of Practice* (2014)[71]. Ai fini del legittimo perfezionamento del DPA, è necessario un compendio indiziario tale da potersi verosimilmente ritenere che l'ente abbia commesso l'illecito e che la prosecuzione delle indagini possa condurre, in tempi ragionevoli, ad una realistica probabilità di condanna[72]. L'azione viene perseguita solo se considerata nell'interesse della giustizia. La disciplina si differenzia sia per la predeterminazione ad opera delle Linee guida dei contenuti degli accordi che devono essere informati ai criteri di equità, ragionevolezza e proporzione[73]. L'accordo è sottoposto a un primo scrutinio della Crown Court in udienza preliminare e poi l'approvazione avviene con decisione motivata in udienza pubblica e in caso di esito positivo l'accordo è pubblicato, in ossequio ai principi di *consistency* (correttezza, lealtà,

---

dell'ente?, in *DPenCont* 2017, 10, 71 ss; V. D'acquarone – R. Roscini Vitali, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Rivista 231* 2018, 2, 127 ss.

[64] Dai nomi dei Deputy Attorney General che l'hanno redatto: tutti i memorandum redatti dal DOJ sono disponibili sul sito *http://www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual*.

[65] Il DOJ eliminò il credito per la rinuncia ai privilegi con il Filip Memorandum (28 agosto 2008).

[66] U.S. Attorneys' Manual, para. 9-28:720; ne parla F. Mazzacuva, *L'ente premiato,* cit., 183.

[67] Ad esempio, il PDA può imporre il tipo di informazioni da raccogliere, il tipo e la frequenza della formazione dei dipendenti o le procedure aggiuntive specifiche che disciplinano pagamenti ed esborsi, possono anche richiedere alle società di aumentare materialmente le spese di compliance o di migliorare la supervisione interna ed esterna. Così Arlen, *Corporate Criminal Enforcement in the United States*, cit., 3 ss.

[68] J. Arlen – M. Kahan, *op. cit.*, 334 ss.

[69] Per un'analitica ricostruzione si veda M. Bisgrove - M. Weeks, *Deferred Prosecution Agreements: A Pratical Consideration*, in *Criminal Law Review* 2014, 6, 1 ss.

[70] U.K. Crime and Courts Act (2013), Section 45 e Schedule 17 (il testo della legge è consultabile sul sito *http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/contents/enacted*).

[71] Testo disponibile sul sito *https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/DPA-COP.pdf.*

[72] § 1.2 sch. 17.

[73] § 7 sch. 17, Crime and Courts Act 2013.

equità) e *transparency* (trasparenza). Qualora l'accordo sia raggiunto ma la società non vi adempia, lo *statement of fact*, l'ammissione di responsabilità, avrà valore di piena prova[74]. Rappresenta, pertanto, un'arma a doppio taglio per la persona giuridica: la via per uscire dal procedimento penale potrebbe trasformarsi in una scorciatoia per giungere in breve a una condanna[75].
Il successo degli istituti di diversione processuale, strumento privilegiato nel contrasto ai *white collar crimes*, risulta dovuto anche all'affermarsi di politiche che rispondono alla logica del *too big to jail*[76].
Secondo gli studiosi americani, gli accordi negoziati sono probabilmente il modo più efficace per attuare un regime di responsabilità societaria multilivello, necessario per scoraggiare efficacemente le condotte illecite da parte di società i cui proprietari non sono direttamente coinvolti nella gestione[77].
Tali accordi, che costituiscono una terza opzione tra incriminazione e archiviazione, possono aiutare a ripristinare l'integrità di un'azienda e preservare la redditività finanziaria, oltre a poter garantire anche una pronta restituzione per le vittime[78].
A più riprese, però, la dottrina non ha mancato di rilevare le molteplici criticità che si annidano in questo sistema così congeniato.
Tra le tante, preme evidenziare, esemplificativamente: la disparità tra il potere contrattuale del *prosecutor* e quello dell'ente; il potenziale abuso dell'accusa; la mancanza di competenza sulla governance; la mancanza di un adeguato mandato per i Pubblici Ministeri; l'assenza di chiarezza degli standard del DOJ; il trattamento di favore da parte del DOJ nei confronti delle grandi imprese rispetto a quelle di più modeste dimensioni[79].
Si critica, inoltre, la possibilità, sia pur ristretta a partire dal 2008, di rinuncia da parte della società a determinati diritti, come l'autorizzazione conferita al proprio legale di riferire tutto quanto appreso durante il mandato difensivo o alla produzione di tutta la documentazione aziendale[80].
Tra queste critiche, di particolare rilievo è quella relativa l'asimmetria tra potere negoziale dei *prosecutors* e delle aziende[81], spesso chiamate ad assecondare, *obtorto collo*, qualsiasi tipo di imposizione. Non sarebbe raro che le *corporations* si determinino a concludere accordi anche in presenza di elementi probatori inconsistenti o a condizioni addirittura deteriori rispetto a quelle poste dalla condanna[82]. Se, infatti, da parte della società la volontaria *self-disclosure* è un modo per ottenere clemenza; invece, dalla prospettiva del Governo diventa un vero e proprio obbligo[83].

---

[74] § 13 sch. 17; sul tema in generale v. F. Mazzacuva, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, cit., 83 ss; ma anche E. A. A. Dei-Cas, *Un'ulteriore arma per combattere la criminalità d'impresa? I* deferred prosecution agreements *nell'ordinamento inglese*, in *Rivista 231* 2022, 1, 187 ss.
[75] F. Mazzacuva, *L'ente premiato*, cit., 207.
[76] V. D'acquarone – R. Roscini Vitali, *op. cit.*, 127 ss., che riprende B. L. Garret, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise With Corporations*, Harvard 2014, 8 ss. Sui danni collaterali derivanti dalla condanna di un ente e sui vantaggi dei DPA cfr. D. M. Uhlman, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in *Maryland Law Review* 2013, 72, 1321; Non crede a tale effetto M. Koehler, *Measuring The Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement*, in *U.C. Davis Law Review* 2015, 49, 511 che riprende quanto sostenuto da G. Markoff, *Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty*, su *www.fcpaprofessor.com* (23.8.2012).
[77] J. Arlen, *Corporate Criminal Enforcement in the United States*, cit., 1 ss. Ma permettono anche allo Stato di incamerare risorse economiche: circa 245 agreements dal 2000 a al 2018 circa 30 ogni anno, evidenziano ricavi per 36 bilioni di dollari: tali dati vengono letti in V. D'acquarone – R. Roscini Vitali, *op. cit.*, 127 ss.
[78] M. Koehler, *op. cit.*, 508. Sulle conseguenze collaterali si veda A. Amulie, *Humanizing the Corporation While Dehumanizing the Individual: The Misuse of Deferred Prosecution Agreements in the United States*, in *Michigan Law Review* 2017, 116, 135 ss.
[79] W. A. Kaal - T. A. Lacine, *The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance: Evidence from 1993-2013*, in *The Business Lawyer* 2014-2015, 70, 65; concorda D.M. Uhlman, *op. cit.*, 1326.
[80] Più cauto è Uhlman, *op. cit.*, 1330, secondo il quale la rinuncia potrebbe essere necessaria, in alcuni casi, per ottenere una più completa cooperazione da parte dell'ente.
[81] T. Epidendio, *op. cit.*, 152-153.
[82] R. A. Ruggiero, Non prosecution agreements *e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *DPenCont* 2015, 11.
[83] D. Restrepo Amariles – M. M. Winkler, *U.S. Economic Sanctions and the Corporate Compliance of Foreign Banks*, in *The International Lawyer* 2018, 51, 511.

Secondo alcuni studiosi l'uso di NPA e DPA permette al Dipartimento di Giustizia di ottenere troppe sanzioni per gli enti senza passare per l'onerosa prova della colpevolezza durante il processo[84]. I PDA, da questo punto di vista, non sono necessariamente più indulgenti di un patteggiamento o di una condanna[85] e anzi, talvolta, possono essere sfruttati per servire scopi "personali" dei *prosecutors*[86].
Il rischio è anche quello di una "offerta" discriminatoria dei PDA: essa, infatti, non dovrebbe dipendere dalle risorse finanziarie a disposizione della società o dal tipo di società se nazionale o globale e lo sviluppo di standard adeguati potrebbe garantirlo[87].
Punto nevralgico dei rilievi problematici di questo sistema concerne la supervisione giurisdizionale degli accordi: del tutto assente nel caso dei NPA, in cui il DOJ ricopre il ruolo di *prosecutor*, giudice e giuria allo stesso tempo[88], e, comunque, limitata nei DPA: questi ultimi vengono depositati in tribunale, ma il controllo si limita al rispetto della legge e della Costituzione[89] e non al contenuto dell'accordo[90].
Nella pratica, come anticipato, non è infrequente il ricorso nei PDA alla nomina[91], da parte del Dipartimento di Giustizia di un *monitor*[92], pagato dalla società stessa, preposto al controllo dell'efficacia dei *compliance programs*, oltre alla verifica del pieno rispetto dell'accordo perfezionato.
I monitor aziendali potrebbero agire come semplici supervisori o come agenti del cambiamento, che incidono sul lavoro dei Consigli di amministrazione e dei *top manager*. Hanno accesso all'intera proprietà aziendale, informazioni e documenti; sono legittimati a informare i *prosecutors* di qualsiasi violazione dell'accorso transattivo o di ulteriori violazioni della legge. Con il diffondersi dei PDA, i poteri dei monitor sono stati potenziati proporzionalmente, al punto che sono stati soprannominati dagli studiosi come "i nuovi zar corporativi", i cui poteri superano anche quelli degli amministratori delegati e del Consiglio di amministrazione[93].
Critiche sono rivolte anche ai criteri di scelta dei *monitor*[94], solitamente ex *prosecutors* o ex funzionari governativi, molto spesso privi delle competenze di carattere aziendale[95].

---

[84] Per un *excursus* delle critiche sollevate si veda M. Miller, *More Than Just a Potted Plant: A Court's Authority to Review Deferred Prosecution Agreements Under the Speedy Trial Act and Under Its Inherent Supervisory Power*, in *Michigan Law Review* 2016, 115, 141
[85] M. Miller, *op. cit.*, 142 che riprende *2015 Mid-Year Update on Corporate Non-Prosecution Agreements (NPAs) and Deferred Prosecution Agreements (DPAs)*, Gibson, Dunn 8t Crutcher LLP 1-2 (July 8, 2015) disponibile all'indirizzo *https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/documents/publications/2015-Mid-Year-Update-Corporate-Non-Prosecution-Agreements-and-Deferred-Prosecution-Agreements.pdf*.
[86] Cfr. J. Arlen, *Prosecuting beyond the rule of law: corporate mandates imposed through deferred prosecution agreements, in Journal of Legal Analysis* 2016, 8, 214. È noto il caso Bristol-Myers Squibb, in cui è stato imposta alla società il finanziamento di una cattedra di deontologia alla *Seton Hall University Law School*, Facoltà di giurisprudenza di provenienza del public prosecutor; si veda D. Novello, *La* self-disclosure *e il* monitor *nella esperienza applicative del* Foreign Corrupt Practices Act. *Spunti per una possibile modifica della disciplina della responsabilità "da reato" degli enti*, in *Rivista del commercio internazionale* 2015, 4, 1029, nt. 12.
[87] D. Uhlman, *op. cit.*, 1327.
[88] M. Koehler, *op. cit.*, 505.
[89] J. Arlen, *Prosecuting beyond the rule of law*, cit., 217 ss.
[90] F. Ruggiero, *op. cit*., 13; ma anche Arlen, *Prosecuting beyond the rule of law*, cit.
[91] S. Oded, *Deferred Porsecution Agreements: Prosecutorial Balance in time of economic Meltdown*, in *Law Journal For Social Justice* 2011, 2, 76.
[92] F. Ruggiero, *op. cit*., 16, secondo la quale tra il 2001 e 2012 solo nel 25% dei casi è stata prevista la nomina. L'Autrice fa riferimento a B.L. Garret, *op. cit.*, 174.
[93] D. Restrepo Amariles - M. M. Winkler, *op. cit.*, 532.
[94] Un freno è stato posto dal Monford Memorandum del marzo 2008, intitolato *Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecutions Agreement and Non-Prosecution Agreements with Corporations*, che ha stabilito che tali figure debbano essere scelte attraverso una interlocuzione tra DOJ e società e che la scelta deve cadere su una persona "altamente qualificata", "in grado di instillare fiducia", in modo che la nomina "eviti conflitti di interesse effettivi o potenziali".
[95] F. Ruggiero, *op. cit*., 12.

Sfortunatamente, infatti, né i giudici, né i *prosecutors* sono adatti al compito di "curare" le società: entrambi mancano delle competenze necessarie. *Compliance*, *governance* aziendale e *management* sono delle scienze sofisticate e non fanno parte della loro formazione[96].
Giova evidenziare, infatti, la penuria di Linee guida per il Dipartimento di Giustizia, potenzialmente foriera di arbitrio e disuguaglianza[97]. I criteri dei Memorandum non sono esclusivi e tassativi[98]: si concede, infatti, ai *prosecutors*, che si trasformano in quasi-regolatori[99], un'enorme discrezionalità sull'imposizione di mandati specifici per le imprese, da cui ne deriva imprevedibilità per le società che auto-segnalano una condotta illecita.
Alla luce di tali evidenze critiche, la letteratura americana ha raccomandato adeguamenti specifici dell'attuale sistema di diversione processuale, così come applicato dal Dipartimento di Giustizia: a partire dall'esigenza di una maggiore uniformità, passando attraverso un approccio dal basso che fornisca incentivi per la cooperazione, un maggior *focus* sull'educazione aziendale *ex ante* rispetto alla punizione *ex post*, un ripensamento del sistema di monitoraggio, una maggiore trasparenza nel processo dalla negoziazione fino al monitoraggio. Alcuni sostengono addirittura l'ipotesi di dissolvere il sistema di *corporate liability*, proprio alla luce della crescente attenzione in materia di "riabilitazione" dell'ente e compliance[100].
Una parte degli studiosi ha sostenuto che potrebbe essere appropriato limitare i modelli di diversione processuale ai casi in cui le sanzioni civili e amministrative non risultino adeguate e a quei soggetti giuridici che delinquono per la prima volta con offese meno gravi[101].
Nell'ultimo periodo pare assistersi a un ulteriore irrigidimento da parte del Governo sull'utilizzo del PDA.
Ne è testimonianza il discorso dell'ottobre 2021 di Lisa Monaco, Deputy Attorney General dell'amministrazione Biden[102], nel quale si annunciano nuove direttive da seguire nella gestione dei casi in cui siano implicate le società, volte a scongiurare che i PDA diventino un *«free pass»* e volte a incentivare le imprese ad autodenunciarsi, risparmiando in sanzioni e costi ed evitando altresì effetti collaterali come danni reputazionali, sospensioni e interdizioni[103].
Si incoraggia, dunque, il ritorno ad un approccio più duro nei confronti della criminalità d'impresa: i primi commentatori auspicano che il DOJ, almeno questa volta, fornisca chiarezza e trasparenza in merito ai criteri applicati nell'esercizio della discrezionalità dell'accusa, nella valutazione dei programmi di conformità e nella concessione del credito per l'autodenuncia e la cooperazione aziendale. Mostrano, al contempo, preoccupazione per inutili ritardi e per l'aumento di spese che potrebbe conseguire da tale nuovo approccio, auspicando una rinnovata adozione del monitoraggio aziendale da applicare solo nei casi in cui la compliance aziendale risulti inefficace[104].

---

[96] M. E. Diamantis, *The Corporate Insanity Defense*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology* 2021, 111, 68.
[97] S. Oded, *Deferred Porsecution Agreements: Prosecutorial Balance in time of economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice* 2011, 2, 82.
[98] J. Arlen, *Corporate Criminal Enforcement in the United States*, cit., 1 ss.
[99] Espressione usata da J. Arlen, *Prosecuting beyond the rule of law*, cit., 203.
[100] W.A. Kaal - T.A. Lacine, *op. cit.*, 81.
[101] Uhlman, *op. cit.*, 1307.
[102] Il discorso completo è disponibile all'indirizzo https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-gives-keynote-address-abas-36th-national-institute. Altro intervento significativo del Deputy Attorney General è quello tenuto presso l'Università di New York lo scorso settembre 2022: per un commento si consenta il rinvio a P. Astorina Marino, *Corporate crime: le recenti osservazioni del Depury Attorney General degli U.S.A.*, in www.compliancehub.it (26.9.2022).
[103] In particolare, il Deputy Attorney General ha affermato che i *prosecutors* devono considerare tutti i comportamenti scorretti da parte della società scoperti durante qualsiasi precedente azione penale, civile o regolamentare contro di essa, indipendentemente dal fatto che la condotta illecita commessa in passato sia della stessa specie di quella sotto indagine al momento; che tutte le società che desiderano "uscire" dal procedimento penale saranno tenute a fornire al governo tutte le informazioni non privilegiate rilevanti per tutte le persone coinvolte nella condotta illecita, non solo quelle il cui coinvolgimento è stato sostanziale; e ha infine incoraggiato i *prosecutor*s a considerare più spesso l'imposizione di monitor come parte delle risoluzioni penali aziendali.
[104] J. F. Savarese - R. M. Levene - M. Carlin, *White-Collar and Regulatory Enforcement: What Mattered in 2021 and*

6. Lo stato attuale dell'applicazione pratica del d.lgs. 231/01 nel nostro Paese suggerisce di prendere in seria considerazione quantomeno un aggiustamento del sistema di responsabilità degli enti.
A meno di assumere posizioni radicalmente scettiche sulle potenzialità dello strumento, l'obiettivo dovrebbe essere da tutti condiviso: elevare il livello di aderenza delle imprese alla *compliance* 231, così da diminuire il numero di reati all'interno delle organizzazioni, incrementando, al contempo, la possibilità di scoperta da parte delle Autorità. Una logica orientata, quindi, più all'osservanza del precetto, che non alla sanzione[105]. Come afferma uno più importanti studiosi della materia, «il *rationale* genetico e strutturale sul quale il meccanismo dell'autonormazione si è modellato e da cui derivano importanti ricadute sistematiche sul paradigma di imputazione qui configurato, è quello di prevenire all'interno dell'impresa il rischio reato, più che di prevenire reati futuri successi al primo commesso»[106].
In questa logica, l'emersione dei fatti illeciti dovrebbe essere sostenuta normativamente e non, come adesso avviene, disincentivata: non ha, del resto, alcuna possibilità di funzionare un sistema in cui *ex ante* si chiede all'ente di prevenire, vigilare e sanzionare attraverso un complesso modello organizzativo che preveda altresì canali di informazione proprio destinati all'emersione dell'illecito (cfr. comma 2-*bis*, art. 6, d.lgs. 231/01), ma che poi *ex post* "tradisca" l'ente che abbia aderito al precetto, non valorizzandone la collaborazione.
Un tradimento, già sul piano normativo, della prospettiva *ex ante* da parte della logica *ex post* che si somma, potremmo dire, a quello ben noto legato al c.d. «*hindsight bias*», per cui, anche a distanza di vent'anni, «si assiste a una dominante tendenza delle corti a concludere la verifica dell'idoneità o efficace attuazione del modello organizzativo con un immancabile esito negativo basato sul fatto in sé che il reato sia stato commesso»[107].
Paradossalmente, il sistema 231, ben più che il diritto penale delle persone fisiche, che pure invece ne presenta varie occorrenze, appare il più congeniale per prospettive di non punibilità legate alla collaborazione processuale.
In questo senso, sembra allora ragionevole la proposta di chi ha tentato di «calibrare l'incentivo e la performance dell'ente» pretendendo «dall'impresa la più intensa cooperazione in cambio del premio più sostanzioso», ovvero la non punibilità, a patto però che «il contributo all'accertamento [sia] particolarmente pregnante: in assenza del raggiungimento del risultato anche l'ente più meritevole non potrebbe aspirare al premio»[108].

What to Expect in 2022, in www.corpgov.law.harvard.edu/ (2.2.2022). Sul discorso di Monaco cfr. anche: C. A. Lammers - N. R. Gosselink-Ulep - J. Christensen, *Recent DPA Breaches Reflect Increased DOJ Oversigh and Scrutiny*, in www.lexology.com (23.3.2022,); D. Bitkowe - A. S. Barkow - E. R. Schrantz - B. D. Fox, T. R. Leinwand - A. D. Whinery, *Deputy Attorney General Announces Significant, Changes to DOJ's Corporate Criminal Enforcement Policies*, in www.jenner.com (11.11.2021).

[105]Per questa prospettiva in relazione al d.lgs. 231/01 si v. G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili"*, cit., in particolare 1249-1255. Dello stesso Autore, più in generale sul rapporto tra norma e sanzione nel sistema penale, G. Forti, *La cura delle norme*, Milano 2018, *passim*.

[106] C.E. Paliero, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 1219.

[107] G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, cit., 1249 ss. Per una lodevole eccezione, che si auspica inauguri una nuova stagione nell'applicazione della normativa, cfr. la seconda sentenza della Cassazione sul caso Impegilo: Cass. 15.6.2022 n. 23401, in www.sistemapenale.it (20.6.22), su cui v. C. Piergallini, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, in www.sistemapenale.it (27.6.2022); F. Centonze, *Il crimine dell'«attore decisivo», i limiti della compliance, e la prova «certa» della colpa di organizzazione – riflessioni a margine della sentenza «Impregilo»*, in *CP* 2022, 12, 4383 ss.; E. Fusco - C.E. Paliero, *L'"happy end" di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo*, in www.sistemapenale.it (27.12.2022), 115 ss.

[108] F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*, cit., 985, il quale articola altresì la sua proposta nel senso di richiedere anche la messa a disposizione dell'eventuale profitto conseguito e la riparazione delle conseguenze dell'illecito ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 231 del 2001.

Si propone, così, «la previsione di una causa di esclusione della punibilità per la società che riporti all'autorità giudiziaria quanto appreso nel corso delle *internal investigations*, fornendo elementi di prova determinanti per l'esatta ricostruzione del fatto e per l'individuazione degli autori»[109].
L'esperienza nordamericana, tuttavia, sembra suggerire che l'inserimento di una casa di non punibilità di tal fatta dovrebbe, per poter funzionare, fare i conti con alcuni accorgimenti di sistema.
In particolare, mentre per ciò che concerne l'eccessiva discrezionalità dell'accusa nella gestione dei casi, il tema potrebbe facilmente arginarsi attraverso l'introduzione di un controllo giurisdizionale che renda per l'ente "pretendibile" la non punibilità, più delicati appaiono altri due elementi di potenziale criticità.
In primo luogo, potrebbe riproporsi anche nel nostro sistema una certa tendenza a privilegiare nell'operatività della causa non punibilità le grandi aziende e a svantaggiare le medio-piccole, che non avrebbero i mezzi per investire in costose *internal investigation*. Il problema è innegabile, ma non può essere risolto attraverso la disciplina della non punibilità, bensì con intervento più generale sul sistema 231 che limiti la responsabilità degli enti secondo opportuni criteri di tipo dimensionale, già avanzati dalla dottrina[110].
Ma forse l'ostacolo più rilevante al funzionamento di una causa di punibilità di tal fatta, al di là delle obiezioni più classiche – e per lo più superabili – circa un suo utilizzo distorsivo da parte degli enti[111], appare quello relativo al versante *ex ante* della disciplina: alla mancanza di certezza sul riconoscimento dell'idoneità dei modelli che le imprese continuano a lamentare.
Si vuole dire, cioè, che il riconoscimento della non punibilità legata alla collaborazione processuale rischia di rimanere lettera morta o di produrre effetti distorsivi in mancanza di una maggiore standardizzazione delle cautele doverose, la cui adozione ed efficace attuazione dovrebbe garantire l'esonero da responsabilità per l'ente.
Ciò per due ragioni.
In primo luogo, perché a fronte del perdurare dell'incertezza circa il riconoscimento giudiziale della bontà del modello organizzativo predisposto e, dunque, dell'esonero da responsabilità, la non punibilità in virtù della collaborazione processuale costituirebbe un disincentivo alla prevenzione. In tal modo, però, si produrrebbe l'effetto paradossale di svuotare la portata prevenzionistica del d.lgs. 231/01 a tutto vantaggio di una logica meramente reattiva di ricerca del colpevole.
In secondo luogo, perché, in presenza di una causa di non punibilità come quella immaginata dalla dottrina, sembra ragionevole immaginare che la previsione di un sistema di *internal investigations* debba entrare a far parte dello stesso modello organizzativo, partecipando come elemento qualificante alla sua idoneità già in astratto, come strumento di disincentivo alla commissione di reati per coloro che operano all'interno dell'ente: in tal modo, però, si indurrebbe l'ente a investire su costosi strumenti di *self reporting* il cui positivo apprezzamento, però, non dovrebbe poter dipendere dal buon esito dell'investigazione, che può essere anche del tutto casuale.
Su quale sia il modo migliore per addivenire a una maggiore standardizzazione delle cautele e alla prevedibilità della valutazione giudiziale[112] i pareri sono tanti e non è certo questa la sede anche solo per una ricognizione, ma di certo – come si vede – i fronti *ex ante* ed *ex post* del sistema della responsabilità degli enti sono tra loro strettamente correlati e l'auspicabile riforma, a vent'anni dall'introduzione del d.lgs. 231/01, non potrebbe che affrontarli in modo coordinato per evitare discrasie difficilmente sanabili nella prassi.

[109] *Ibidem*.
[110] Per una proposta in tal senso cfr. F. Centonze, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, cit., 87 ss.
[111] Su cui si vedano ancora le repliche di F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*, cit., 986-987.
[112] Da ultimo, tra i molti lavori dello stesso Autore sul punto, cfr. C. Piergallini, *Una sentenza "modello" della Cassazione*, cit., 6-7, nonché F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*, cit., 976-980.

LA NUOVA DISCIPLINA DELL'ART. 131-*BIS* NEL QUADRO DELLA RIFORMA CARTABIA

di Sara Riccardi
(*Dottoranda in diritto penale, Università di Pisa*)

Il lavoro si occupa delle modifiche apportate dalla c.d. "Riforma Cartabia" alla disciplina della "*particolare tenuità*" di cui all'art. 131-*bis* Cp. I mutamenti che hanno investito la materia concernono, sinteticamente, la previsione di un limite edittale minimo quale requisito per la sua applicazione, l'inserimento di ulteriori ipotesi escludenti la declaratoria *ex* art. 131-*bis* Cp, nonché la considerazione della condotta successiva al compimento del reato. Il contributo si occuperà, dunque, di cogliere la portata innovativa di simili modifiche, soprattutto al fine di cogliere il loro reale impatto deflativo, principale fine del d. lgs. 150/ 2022.
The paper deals with the changes made by the so-called "Cartabia Reform" to the discipline of "particular tenuity" under Article 131 bis Cp. The changes that have affected the matter concern, briefly, the provision of a minimum edictal limit as a requirement for its application, the inclusion of additional hypotheses excluding the declaratory of art. 131 bis Cp, as well as the consideration of conduct subsequent to the commission of the crime. The contribution will, therefore, be concerned with grasping the innovative scope of such changes, especially to grasp their real deflative impact, the main purpose of Legislative Decree 150/ 2022.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il nuovo limite edittale *minimo* di due anni. – 3. Nuovi casi preclusivi della dichiarazione di non punibilità *ex* art. 131-*bis* Cp – 4. Il rilievo della condotta susseguente al reato. – 5. Diritto intertemporale. – 6. Conclusioni.

1. Una riforma che si propone di ridurre, entro i cinque anni successivi (2026), i tempi medi del processo penale (precisamente del 25%) in ciascuno dei tre gradi di giudizio – questo è l'obiettivo del d.lgs. 10.10.2022, n. 150, in ossequio a quanto previsto dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – non poteva certamente esimersi, per le ragioni che ci accingiamo ad esporre, dall'apportare modifiche alla recente disposizione di cui all'art. 131-*bis* Cp, rubricata "*esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*" e collocata in apertura del Titolo V del Libro I. La norma è stata introdotta nel 2015; tuttavia, riflessioni in tema di' "esiguità" dell'illecito penale non sono affatto nuove e risalgono – per rimanere confinati all'ordinamento nazionale – agli anni '80 del secolo scorso, allorquando autorevoli studi dottrinali hanno cominciato a interrogarsi, anche in virtù dello spunto offerto da ordinamenti stranieri[1], sul fondamento e sulla *ratio essendi* del "*reato esiguo*"[2], nonché sulle tecniche più adeguate alla sua tipizzazione. In esse è possibile scorgere numerosi spunti di riflessione: a nostro avviso, pare opportuno soffermarsi, seppur sinteticamente, su quei profili che connotano l'istituto in senso spiccatamente deflativo giacché – come anticipato in apertura – sono proprio questi a rivestire un innegabile interesse per un'azione legislativa animata da scopi di economia processuale.

[1] Ci riferiamo ad una delle più importanti indagini sul tema, ossia C.E. Paliero, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, *passim*; per un'ulteriore trattazione approfondita dal punto di vista comparatistico, v. R. Bartoli, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione un concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*. 2000, 1473 ss. Inoltre, per un'analisi di carattere processual-penalistico, v. S. Quattrocolo, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli 2004, *passim*.
[2] C.E. Paliero, *op. cit*., 659.

Per vero, la c.d. "tenuità" attiene al fenomeno di "*ipertrofia verticale*" del diritto penale, icasticamente rappresentativo di quell'elevato numero di fatti che, seppur conformi a fattispecie legali astrattamente non prive di disvalore, possono assumere nella dinamica entro cui trovano realizzazione, un'esiguità tale da rendere la sanzione penale sproporzionata e ingiustificata[3]. Il fondamento teorico di siffatto *Tatbestand* bagatellare "*improprio*"[4] risiede nella c.d. "*concezione gradualistica del reato*", secondo la quale le componenti dell'illecito appaiono suscettibili di venire apprezzate e 'misurate' nella loro entità specifica, senza che ciò debba arrivare a tradursi nella negazione della loro stessa esistenza[5]. Come è stato osservato, una simile flessibilità deriva dall'inevitabile lontananza che separa la previsione legale, caratterizzata da elementi fissati in maniera generale e astratta, dal fatto storico, ove gli elementi del tipo – quando posti a contatto con la realtà fenomenica – si atteggiano in maniera così proteiforme da rendere estremamente cangiante quel "quadro di vita" idealmente considerato dal legislatore[6]. Per non far gravare sull'apparato giudiziario, già sovraccarico di lavoro, l'accertamento di questi reati che, oltre ad essere bagatellari, sono altresì notevolmente diffusi (si pensi, alla c.d. "criminalità di massa"[7]) è necessario radicare nell'ordinamento strategie di degradazione giudiziale con rinuncia alla pena, ispirate a logiche di depenalizzazione in concreto[8]. In tal senso, riveste fondamentale importanza l'individuazione dei parametri in base ai quali l'interprete può operare un giudizio di concreta esiguità, con soluzioni in parte divergenti a seconda che l'esclusione da pena sia inquadrata quale causa di non punibilità ovvero come condizione di improcedibilità[9].

---

[3] V. anzitutto C.E. Paliero, *op. cit.*, 149 ss.*;* nonché R. Bartoli, *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflattive e meritevolezza di pena*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, a cura di G. De Francesco ed E. Venafro, Torino 2002, 101 ss.

[4] Questi si distinguono dai c.d. reati bagatellari "*propri*" che, al contrario, sono privi di un reale disvalore e, pertanto, possono essere sul piano astratto e una volta per tutte depenalizzati, v. sul punto, ulteriormente, C.E. Paliero, *op. cit*., *passim*, nonché R. Bartoli, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione un concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale,* cit., *passim,* ove tali classificazioni sono collegate a differenti strategie deflative realizzabili dall'ordinamento.

[5] Con riferimento alla differenza tra esiguità, v. M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, 224 ss., ove si evidenzia che l'esiguità non è un mero criterio di individuazione dell'inoffensività, bensì una caratteristica di particolare tenuità di un'offesa sicuramente esistente. Nello stesso senso, v. S. Vinciguerra, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, II, *Teoria della pena*, Milano 2006, 2079; invece, secondo O. Di Giovine, *La particolare tenuità del fatto e la "ragionevole tutela" del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, in *Cass. pen.* 2016, 819 la differenza tra scarsa offensività e inoffensività esiste solo in teoria, mentre in concreto molta discrezionalità resterà al giudice, che potrà, così, qualificare come inoffensivo ciò che altri reputano scarsamente offensivo. In giurisprudenza, v. le note sentenze Cass. S.U. 6.4.2016, n. 13681 in *Giurisprudenza penale Web* 13.4.2016, ove si afferma che il principio di offensività attiene all'«essere o non essere di un reato», mentre la nuova causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* Cp concerne i fatti «senza incertezze pienamente riconoscibile alla fattispecie legale», nonché C. Cost., 7.7.2005, n. 265, in *GCos* 2005, 2432 s., ove il principio di offensività assume una doppia incidenza, non solo come precetto rivolto al legislatore, bensì come criterio interpretativo affidato al giudice. Sul punto si v. altresì V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale. Criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, 209 ss.

[6] G. De Francesco, *L'esiguità dell'illecito penale*, in *Dir. pen. proc.* 2002, 889.

[7] Introdotta da J. Hellemer *Krirzinalitàtsentwicklung und -abwehr in der Demokratie, dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik* Deutschland, Tiibingen, 1969, come riportato da C.E. Paliero, *op. cit.*, 184.

[8] C. Paliero, *op. cit*., 647 ss.

[9] Con riferimento al vivace dibattito sul tema, ci limitiamo a riportare M. Chiavario, *L'espansione dell'istituto della "tenuità del fatto": frammenti di riflessione su alcuni aspetti chiaroscurali*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocolo, Torino 2015, 243; C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 517 s. il quale nota che la correttezza della definizione impressa all'istituto da parte della legge delega sia stata apprezzata anche da coloro che avrebbero preferito inquadrarlo come condizione di improcedibilità, come F. Palazzo, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezza e imperfezioni*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova 2014, 149; R. Aprati, *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, in *Cass. pen.* 2015, 1318 secondo cui la definizione sostanzialistica dell'istituto può spiegarsi alla stregua della «difficoltà di emettere una *absolutio ab observatione iudicii*» in presenza di un fatto che «per essere qualificato come tenue deve prima essere accertato»; E. Turco, *I prodromi della riforma, in La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino 2014, 181 che sottolinea la natura ibrida

Comunque, al di là delle differenti qualificazioni, si stagliano nitide le ragioni che fondano una rapida fuoriuscita dei *minima* dal sistema penale: esse risiedono, anzitutto, nei principi di proporzionalità e *ultima ratio* del diritto criminale[10], nonché nel perseguimento di istanze di deflazione ed economia processuale. Come accennato in apertura, sono proprio tali finalità a imprimere all'istituto una crescente attualità, giacché, qualora ben potenziato da efficaci strategie legislative, esso si rivela funzionale alla riduzione di quell'ingente mole di procedimenti penali gravanti sulla nostra giurisdizione. Così, le riflessioni sedimentate in dottrina sono state poi coltivate e messe a frutto dal legislatore, il quale ha inizialmente predisposto delle speciali ipotesi di "particolare tenuità" nel diritto minorile (art. 27 d.P.R. 22.9.1988, n. 448) e nel sistema penale del giudice di pace (art. 34 d.lgs. 28.8.2000, n. 274); la gestazione di una medesima clausola di 'parte generale' è stata invece più complessa ed infine introdotta, all'esito di numerosi tentativi[11], dal d.lgs. 28/2015. È stato così inserito l'art. 131-*bis* Cp che, oltre a qualificare l'istituto come *causa di esclusione della punibilità*, ha individuato una serie di criteri cui informare simile declaratoria, sinteticamente compendiabili nella *tenuità dell'offesa* e nella *non abitualità del comportamento*. Sebbene la formulazione finale sia subito parsa agli occhi dei commentatori poco convincente[12], e alcuni aspetti problematici, nell'inerzia del legislatore, abbiano trovato inevitabile soluzione nel "diritto vivente", le aspettative deflative in essa riposte non sembrano essere state tradite: come ha premura di precisare la Relazione ministeriale al d.lgs. 10.10.2022 n. 150, attuativo della l. 27.9.2021 n. 134 (c.d. "Riforma Cartabia") «a partire dal 2015 l'istituto è tato applicato in oltre 150.000 procedimenti penali, con una media di oltre 25.000 applicazioni per anno, tra il 2019 e il 2021». Tale risultato non poteva certamente sfuggire ad una riforma, quale quella in esame, che pone al centro dei suoi valori la deflazione processuale, la riduzione dei tempi di giustizia penale e la promozione di forme di riparazione successive all'offesa. In effetti, gli elementi innovativi apportati all'esimente di cui all'art. 131-*bis* Cp sembrano intercettare i suddetti obiettivi: se da un lato ampliano il numero di reati che potranno beneficiare della sua applicazione, dall'altro conferiscono rilievo alla condotta susseguente al reato, che – in assenza di specificazione espressa – ben potrebbe consistere nell'accesso a forme di giustizia riparativa, altro importante polo, assieme all'apparato sanzionatorio e al processo penale, attorno al quale la riforma viene ad orbitare.

Le modifiche apportate, che tratteremo nel prosieguo della presente indagine, sono 1) la sostituzione del limite edittale massimo (di cinque anni) con quello minimo di due anni; 2) la previsione di nuove ipotesi escludenti, *ope legis*, la declaratoria di non punibilità *ex* art. 131-*bis* Cp; 3) il rilievo assunto dalla condotta susseguente al reato. Nel trattare simili novità cercheremo in particolare di cogliere il loro reale esito deflativo che rappresenta, come evidenziato in apertura, il principale risultato che la Riforma vorrebbe apportare al sistema, sebbene ancora gravato dall'indiscusso principio dell'obbligatorietà dell'azione penale[13].

---

della soluzione adottata, poiché non solo riflette un modello ispirato a «mitezza e integrazione» ma configura altresì una clausola di non punibilità che legittima la rinuncia all'azione penale.

[10] V. in particolare Corte Costituzionale che, con ordinanza 21.12.2017, n. 279, in *GCos* 2017, 3041 sancisce che il fatto particolarmente lieve, cui fa riferimento l'art. 131-*bis* Cp è comunque un fatto offensivo, che costituisce reato e che il legislatore preferisce non punire, sia per riaffermare la natura di *extrema ratio* della pena e agevolare la "rieducazione del condannato", sia per contenere il gravoso carico di contenzioso penale gravante sulla giurisdizione. R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc*. 2015, 661 ritiene, tuttavia, prevalenti le funzioni "sostanziali" su quelle "processuali", sul presupposto che quest'ultima è perseguita «in termini – per così dire – secondari, consequenziali, accessori, dipendendo, oltretutto, e a ben vedere, dalla disciplina processuale, vale a dire dal momento in cui si colloca la sua applicazione».

[11] Tra essi annoveriamo l'art. 74 del "Progetto Grosso" (2000-2001), l'art. 3 del "Progetto Pisapia" (2006); il "Gruppo di studio sulla depenalizzazione" presieduto dal Prof. Fiorella (2013); nonché, da ultimo, la "Commissione Palazzo" (2014), consultabili in www.giustizia.it.

[12] Tra i commenti critici, spicca, in particolare, quello di T. Padovani, *Un intento deflativo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir*. 2015, *passim.*

[13] Sul punto, v. S. Quattrocolo, *Esiguità del fatto*, cit., 37 ss., secondo cui l'art. 112 Cost. non postuli il necessario esercizio dell'azione penale al pervenimento di qualsivoglia *notizia criminis* non infondata; questo, invero, richiede che i presupposti per l'esercizio dell'azione penale siano formulati in maniera trasparente, determinata e precisa.

2. La prima importante modifica incide sul raggio applicativo dell'art. 131-*bis* Cp, che viene ora ad ampliarsi a quei fatti criminosi per cui è prevista una pena detentiva non superiore *nel minimo a due anni*: spicca così immediato il suo carattere deflativo, giacché l'originaria formulazione concedeva l'esimente solo a quei reati che recavano un limite edittale non superiore nel *massimo* a cinque anni. A ben vedere, però, tale cambiamento non è dettato da esclusive esigenze di economia processuale ma, ancor più, dalla necessità di accordare una maggiore razionalità alla disciplina, finalmente conformata alle indicazioni provenienti dapprima dalla dottrina e poi dalla giurisprudenza costituzionale. Per vero, come la prima ha sin da subito evidenziato, la previsione di un limite massimo di pena appare quanto mai inopportuna: questo, infatti, rappresenta un confine «estremo della minaccia», un vincolo alla discrezionalità del giudice nella determinazione del *quantum* della sanzione penale, di guisa che il perno applicativo della disciplina dovrebbe fondarsi sul limite edittale minimo, dal quale evincere quella indefettibile soglia di offensività cui ancorare la tutela[14]. Le criticità ora evidenziate non hanno tardato a presentarsi nelle aule giudiziarie, ove la previsione del limite edittale (massimo) dell'art. 131-*bis* Cp ha reso palese l'irragionevolezza della norma e la sua contrarietà ai principi di proporzionalità e uguaglianza. È stato così necessario adire la Corte Costituzionale, che si è pronunciata con due importanti decisioni (sentt. del 207/2017[15] e sent. del 156/2020[16]): entrambe originavano da dei casi concernenti la ricettazione di particolare tenuità *ex* art. 648, co. 4, Cp, il cui limite edittale massimo (sei anni di reclusione), non permetteva la concessione dell'esimente. Tuttavia, la minima irrogazione di pena per la "sottofattispecie" della ricettazione, in mancanza di previsione espressa, è rappresentata dal minimo assoluto di 15 giorni di reclusione, il quale – come evidenziato dall'ordinanza di remissione della prima decisione – rendeva il limite contenuto nell'art. 131-*bis* Cp uno «sbarramento normativo» ingiustificato. In questa vicenda, il giudice delle leggi, sebbene abbia dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale – sul presupposto che l'individuazione di un limite di pena massimo attinga ad uno spazio intangibile, ancorché criticabile, di discrezionalità legislativa – ha rilevato che l'omesso riferimento ad un minimo di pena, al di sotto del quale l'esimente dovrebbe ritenersi applicabile, costituiva un'ulteriore lacuna della disciplina, cui solo il legislatore poteva porvi rimedio[17]. Siffatto monito è rimasto tuttavia inascoltato e così, appena tre anni dopo, con la sent. 156/2020, la Corte ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 131-*bis* Cp nella parte in cui esclude la sua applicazione alle fattispecie criminose per cui non è previsto un minimo di pena detentiva: in tal senso, esso diviene applicabile al reato di ricettazione attenuata, di cui all'art 648 co. 2 Cp, nonché a tutti quelli sprovvisti di un espresso limite minimo di pena detentiva.
Si evidenzia, inoltre, che suddetta modifica, oltre a conformare la legge alle direttive della dottrina e della giurisprudenza costituzionale, allinea altresì l'attuale riforma alle proposte avanzate dai

[14] V. *ex multis*, T. Padovani, *op. cit.*, 20 secondo cui sarebbe stato opportuno considerare il minimo edittale giacché esso «esprime la soglia di indefettibilità cui è ancorata la tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa»; G. De Francesco, *Punibilità*, Torino 2016, 89; R. Bartoli, *op. ult. cit.*, 665, ove si osserva che la scelta del massimo edittale sia finalizzata ad assecondare al meglio le istanze di prevenzione generale. V. altresì i recenti commenti alla Riforma, ove tale novità è stata positivamente accolta D. Brunelli, *La tenuità del fatto nella Riforma Cartabia: scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in www.sistemapenale.it 13.1.2022, par. 1; G. Martiello, *La «particolare tenuità del fatto» dopo l'attuazione della "Riforma Cartabia": primissime note di commento al novellato art. 131 bis Cp*, in www.discriment.it 10.11.2022, 3 ss.; F. Di Vizio, *La nuova disciplina della particolare tenuità del fatto: tra spinte alla deflazione e tensioni di sistema*, in www.discrimen.it 3.1.2023, 5.
[15] Corte Cost., 17.7.2017, n. 207, con nota di A. Nisco, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *DPenCont* 2017, 160 ss.
[16] Corte Cost., 21.7.2020, n. 156, in *GCos* 2020, 1762 ss.
[17] A. Nisco, *op. cit*., 164 ss. L'Autore, nel commentare la sentenza in oggetto, si sofferma su un'ulteriore criticità dell'ordinanza di remissione, ossia la difettosa individuazione del *teritium comparationis*, imprescindibile confronto per operare un sindacato di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale. Infatti, il giudice proponente aveva indicato, come riferimento per la comparazione, una serie di fattispecie cui l'art. 131-*bis* Cp era applicabile semplicemente *quoad poenam*: in questo elenco erano annoverate fattispecie tutt'altro che omogenee, sebbene caratterizzate da un «sicuro maggiore allarme sociale rispetto alla ipotesi attenuata della ricettazione *ex* art. 648 comma 2 del codice penale».

previgenti progetti – si pensi, in particolare, al "Gruppo di studio sulla depenalizzazione", presieduto dal Prof. Fiorella nel 2013 ovvero alla "Commissione Palazzo" del 2014 – che rapportavano una generale ipotesi di esclusione della risposta penale nei casi di particolare tenuità (previsti, però, come condizione di improcedibilità) ad una pena non superiore nel *minimo* a tre anni[18]. Per la verità, anche la "Commissione Lattanzi", incaricata di elaborare proposte per la riforma in esame, aveva individuato nello stesso parametro (limite di pena non superiore nel minimo a tre anni) il fondamento applicativo dell'art. 131-*bis* Cp. In sede definitiva si è, dunque, operata un'ulteriore riduzione del *quantum* sanzionatorio rilevante per la disciplina in esame, nel solco di una scelta tutt'altro che casuale, giacché il medesimo è stato contestualmente adottato per ampliare l'istituto della procedibilità a querela: invero, l'art. 1 co. 15 lett. b della legge 134/2021 prevede la possibilità di estendere tale regime a reati contro la persona o contro il patrimonio puniti con pena edittale non superiore nel minimo a due anni[19].

A riprova del valore deflativo della modifica, la Relazione illustrativa elenca alcuni reati cui l'esimente è ora applicabile, quali il furto aggravato *ex* art. 625, co. 1, Cp, la ricettazione *ex* art. 648, co. 1, Cp, la falsità materiale del pubblico ufficiale in atti pubblici *ex* art. 476 co.1 Cp. Molti di essi rappresentano fatti di notevole diffusione che, pur richiedendo un dispendio di energie processuali, possono comunque concludersi con il riconoscimento di una particolare tenuità, seppur nelle forme della circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 4 Cp (danno patrimoniale di speciale tenuità): è questo il caso del furto in supermercato di generi alimentari del valore di pochi euro, aggravato per essere commesso su cose esposte alla pubblica fede, o con destrezza o con mezzo fraudolento, nonché quello relativo al furto di un cartello stradale arrugginito e in disuso, anch'esso aggravato per le stesse ragioni[20]. In aggiunta alle ipotesi previste dal legislatore riportiamo, a titolo esemplificativo, ulteriori casi che potranno rientrare nella nuova forbice edittale: la calunnia, la falsa testimonianza, il sequestro di persona, la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, la circonvenzione di incapace, nonché l'autoriciclaggio.

Restano invariati i parametri fissati dalla norma per la determinazione della sanzione detentiva cui subordinare la concessione dell'esimente: per vero, nel calcolo non devono essere conteggiati gli aumenti o le diminuzioni derivanti dalle circostanze, a meno che non si tratti di quelle che stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato ovvero ad effetto speciale. In questi casi, infatti, le circostanze si presentano maggiormente affini al significato espresso dalle fattispecie autonome di reato[21].

Si precisa, ancora, che l'art. 131-*bis* Cp è applicabile al tentativo, giacché il medesimo rappresenta una figura autonoma di reato, con una propria cornice sanzionatoria[22]: al fine di individuare quelle nuove fattispecie tentate che potranno beneficiare di siffatta clausola, per come modificata dal nuovo parametro, sarà necessario operare la diminuzione massima di pena (pari a due terzi) sul minimo edittale previsto per il reato consumato. Conseguentemente, in linea generale, l'esimente potrà applicarsi a quei delitti che prevedono una pena minima non superiore a sei anni.

Preme, infine, evidenziare un ultimo profilo deflativo – ulteriormente messo in luce dalla Relazione – sul piano dell'esecuzione penale. Invero, il maggior numero di procedimenti definiti *ex* art. 131-*bis*

---

[18] Come ben esprime la relazione al progetto Fiorella, il minimo edittale rappresenta «il *quantum* di pena pensato dal legislatore per le sottofattispecie bagatellari di ogni fattispecie di reato».

[19] Per un commento circa le modifiche arrecate dalla Riforma al regime della procedibilità a querela, v. B. Paterra, *Le modifiche al regime di procedibilità nella Riforma Cartabia*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 3.2.2023, *passim.*

[20] Cass. 2.2.2017, n. 23093, in *CEDCass.*, m. 269998. V. sul punto anche la Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150: «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», 511, ove è altresì riportato il caso del furto di una melanzana prelevata da un campo (Cass. 2.11.2017, n. 12823, in *DeJure*).

[21] Relazione allo schema di decreto legislativo 28 del 2015, par. 3.

[22] Circa i problemi applicativi di suddetta omissione legislativa, v. C. Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, Roma 2015, 38, nonché G. Amarelli, *Particolare tenuità del fatto (diritto penale*), in *Enc. Dir., Annali*, X, Milano 2017, 568 s.

Cp contribuirà alla riduzione delle condanne per pene detentive di breve durata, che rappresentavano quelle più frequentemente irrogate nel caso in cui il reato non potesse beneficiare della declaratoria di particolare tenuità in ragione del limite di pena massimo[23].

3. Le virtualità espansive della modifica appena trattata sono tuttavia depotenziate dall'introduzione di nuove ipotesi di reato che precludono la declaratoria *ex* art. 131-*bis* Cp. Già nell'originaria formulazione il legislatore si era dimostrato ostile ad un'incondizionata operatività del beneficio, avendo introdotto, al previgente secondo comma della disposizione[24], delle ipotesi al ricorrere delle quali l'offesa non può ritenersi tenue: tra essi *l'aver agito per motivi abietti o futili, aver agito con crudeltà (anche in danno di animali), l'aver adoperato sevizie o aver profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa, ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona*[25]. Queste ipotesi sono state, in realtà, assai criticate perché innanzitutto distoniche con l'impianto oggettivo che il legislatore intendeva conferire all'istituto, comprovato dal ruolo centrale assegnato alla "tenuità dell'offesa", unitamente all'assenza di qualsiasi riferimento espresso alla colpevolezza[26] (sul punto, v. *infra* par. 4). In particolare, i casi concernenti i motivi abietti o futili riguardano, principalmente, la soggettività dell'autore del reato, rimanendo pertanto estranei all'offesa come lesione del bene giuridico[27].
La Riforma, tuttavia, non solo lascia invariato il co. 2 dell'art. 131-*bis* Cp, ove tali ipotesi sono contenute, ma ne aggiunge ulteriori nel dichiarato intento di controbilanciare il generale ampliamento dell'esimente in esame[28].
In primo luogo, come si evince già dalla legge delega (art. 21 co. 1 lett. a, l. 27.9.2021, n. 134), la Riforma ha premura di evitare che la dichiarazione di particolare tenuità possa interessare i reati riconducibili alla "Convenzione di Instanbul"[29], sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, dall'Italia ratificata nel 2013. Nel dare attuazione alla

[23] Relazione illustrativa al decreto legislativo 10.10.2022, n. 150, cit., 511.
[24] Relazione dell'Ufficio del massimario sulle novità normative della "Riforma Cartabia", Roma 5.1.2023. La riforma ha lasciato nel comma secondo le ipotesi di carattere generale di esclusione dell'applicabilità dell'esimente, riferite a qualsiasi reato commesso in determinate condizioni, mentre ha spostato nel nuovo co. 3 ai nn. 1 e 2, specifici reati che già il secondo comma escludeva dal beneficio, ossia quei delitti commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero specifici delitti dei privati contro la P.A. perpetrati ai danni di ufficiali o agenti di P.S. o di P.G. nell'esercizio delle loro funzioni. Sul punto, v. altresì G. Martiello, *op. cit*, ove si nota l'apprezzabile razionalizzazione topografica del materiale normativo.
[25] A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis Cp*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., 24, molti degli elementi indicati ricalcano corrispondenti circostanze aggravanti comuni di cui all'art. 61 Cp: i motivi abietti o futili all'origine dell'azione sono rilevanti ai sensi dell'art. 61, co. 1, n.1; l'aver adoperato sevizie o agito con crudeltà è invece prevista dall'art. 61, co. 1, n. 4; infine, l'aver profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età, evoca il disposto del n. 5 dell'art. 61 c.p.
[26] Relazione allo schema di decreto legislativo 28 del 2015, par. 3. Nel trattare i due "sotto-criteri" della tenuità dell'offesa, ossia l'esiguità del danno e del pericolo e le modalità della condotta (da valutarsi secondo i parametri di cui all'art. 133 co. 1 Cp), la Relazione motiva l'assenza di qualsiasi riferimento espresso alla colpevolezza, con l'esigenza di «sganciare» per quanto possibile il giudizio di irrilevanza da accertamenti di tipo «psicologico-soggettivistico». R. Bartoli, *op. ult. cit.*, 665 nota come da simile prospettiva esuli una dimensione prettamente psicologica della colpevolezza. V. altresì C.F. Grosso, *op. cit.*, 517, secondo cui la previsione cerca di recuperare una certa considerazione della colpevolezza, desunta solamente dal fatto e non dalla persona. Invero, come precisa R. Borsari, *La classificazione tra (in)offensività e non punibilità*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 15.3.2016, 13 i criteri di cui al co. 1 art. 133 Cp, ossia l'intensità del dolo e il grado della colpa, dovranno essere assunti quale parametro della tenuità dell'offesa, senza poter essere impiegati in relazione all' "atteggiamento interiore" del colpevole. Per un accoglimento favorevole di siffatta soluzione v. A. Nisco, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di M. Baccari, K. La Regina ed E.M. Mancuso, Padova 2015, 203.
[27] A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 – bis Cp*, cit., 25; sul punto v. altresì R. Bartoli, *op. et loc. ult. cit.*, secondo cui i "motivi abietti e futili" farebbero riferimento alla colpevolezza mentre la "crudeltà anche in danno di animali" sarebbe da riferire alle modalità della condotta.
[28] Relazione illustrativa al decreto legislativo 10.10.2022, n. 150, cit., 517.
[29] Ci riferiamo alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 11.5.2011 e ratificata con legge 27.6.2013, n. 77.

direttiva, il legislatore delegato dimostra particolare ossequio per i principi di legalità e determinatezza, poiché, oltre a elencare le figure criminose rilevanti, specifica che le suddette debbano intendersi tanto nella forma consumata quanto in quella tentata[30] . L'intento – come riportato dallo stesso legislatore – consisterebbe nell'evitare un vago riferimento alla normativa pattizia, il quale sarebbe ambiguo e foriero di irragionevoli disparità di trattamento: la Relazione cita, a titolo esemplificativo, l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 131-*bis* Cp quando la vittima di una violenza sessuale è una donna e alla possibile applicazione della causa di non punibilità quando la vittima dello stesso reato è un uomo[31]. Tra i numerosi reati inclusi nella Convenzione riportiamo, senza pretese esaustive, i delitti di atti persecutori (art. 612-*bis* Cp), di lesioni personali (art. 582 Cp), la violenza sessuale (art. 609-*bis* Cp) nelle ipotesi tentata e in quella di "minore gravità" di cui (art. art. 609-*bis* Cp, ultimo comma), nonché il tentativo di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* Cp).
In secondo luogo, il legislatore "delegante" (al medesimo art. 21, co.1, lett. a, l. 134/2021) prevede che ulteriori cause di esclusione dell'esimente potranno essere ulteriormente individuate nei casi di "*evidenze empirico criminologiche o per ragioni di coerenza sistematica*". Una direttiva a dir poco laconica, e fondamentalmente in bianco, dal momento che a generiche valutazioni di "*opportunità*" si combinano altrettanto generiche "*evidenze empirico-criminologiche di coerenza sistematica*"[32].
Su queste basi, in definitiva e nel complesso ben poco prescrittive, il decreto legislativo ha introdotto nuove ipotesi preclusive del beneficio, contenute nell'art. 131- *bis* Cp, co. 3, n. 3 e 4; e non v'è dubbio che, in una selezione di questo genere, abbiano in definitiva pesato, più che pressanti e chiare ragioni sistematiche o valoriali, preoccupazioni rispetto alla speciale sensibilità della "opinione pubblica" per certe "categorie di reati" che generano un non meglio definito "allarme sociale".
Innanzitutto, come già anticipato, il legislatore esclude dall'applicazione dell'esimente quei reati che a suo dire sarebbero affini a quelli della "*Convenzione di Instanbul*"; tuttavia, molti di essi sembrano avere poco a che fare con la violenza domestica: si pensi, ad esempio, a quelli concernenti i delitti di corruzione di minorenne (art. 609-*quinquies* Cp), quelli di prostituzione minorile (art. 609-*bis* Cp), nella forma tentata di cui al primo comma e in quella consumata di cui al co. 2, nonché di adescamento di minorenni (art. 609-*undicies* Cp) ovvero dell'aborto di cui all'art. 19 legge 22.5.1978, n. 194.
Altri reati sono invece esclusi a causa della particolare gravità o del particolare allarme sociale, che rendono impellenti – secondo il legislatore – quelle "*evidenze empirico criminologiche e sistematiche"* cui la delega si riferisce. Tra essi annoveriamo i delitti in materia di stupefacenti (art. 73 d.P.R. 9.10.1990, n. 309[33]); i delitti contro la pubblica amministrazione di cui agli art. 314 ss., i delitti di incendio boschivo, il delitto di usura, estorsione, riciclaggio e reimpiego[34] . Con riferimento alle esclusioni appena indicate, ci preme evidenziare il depotenziamento del progetto deflattivo determinato dall'inserimento dei molteplici reati contro la pubblica amministrazione: invero, per molte di queste ipotesi sarebbe astrattamente applicabile l'attenuante di particolare tenuità, prevista all'art. 323-*bis* Cp, la quale ammette una diminuzione da un terzo a due terzi della pena per colui che, ad esempio, si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori. Configurandosi come circostanza attenuante ad effetto speciale, essa ben avrebbe potuto condurre ad una determinazione della pena minima non superiore a due anni, così da consentire una declaratoria di non punibilità *ex* art. 131-*bis* Cp[35].
Si segnalano, infine, ulteriori cause di esclusione dell'art. 131-*bis* Cp, relativi a reati previsti dal codice penale militare di pace e da una legge speciale. Il legislatore ha scelto di intervenire direttamente nelle disposizioni ove tali delitti sono collocati, giacché si tratta di modifiche settoriali che interessano disposizioni diverse dal codice penale "comune": essi sono il peculato militare (art.

[30] G. Martiello, *op. cit*., 9.
[31] Relazione illustrativa al decreto legislativo 10.10.2022, n. 150, cit., 514.
[32] D. Brunelli, *op. cit*., par. 1.
[33] Non sono tuttavia escluse le ipotesi previste al co. 5 della medesima fattispecie, alle quali continua così ad applicarsi l'art. 131-*bis* Cp.
[34] Relazione illustrativa al decreto legislativo 10.10.2022, n. 150, cit., 518.
[35] Con riferimento alla compatibilità tra art. 131-*bis* Cp e art. 323-*bis* Cp. v. Cass. 18.10.2016, in *CEDCass*., m. 268481.

215 Cpmp) e la collusione (art. 3 l. 9.12.1941, n. 13839) – puniti entrambi con pena pari nel minimo a due anni – nonché quello di rivolta (art. 174, co.1, Cpmp) che nella forma tentata (in particolare nelle ipotesi di cui al primo comma[36]) è punito nel minimo con un anno di reclusione[37].

4. Coerentemente con i principi ispiratori della Riforma, il legislatore ha inserito tra i criteri di cui all'art. 131-*bis* Cp, «*anche*» la condotta dell'autore *post delictum*, che concorrerà così – insieme a quelli già previsti al co. 1 (ossia la "tenuità del danno o del pericolo" e le "modalità della condotta", valutate ai sensi dell'art. 133 co. 1 Cp) – ad arricchire il significato del reato "bagatellare". L'attenzione riposta dal legislatore sul ravvedimento operoso del reo è tutt'altro che contingente e si ascrive ad un ormai consolidato e diffuso interesse politico-criminale per azioni riparative[38]: invero, l'universo penale è sempre più frequentemente costellato di norme c.d. "*premiali*", incentrate cioè sulla reintegrazione *ex post* del bene giuridico, in un primo tempo leso o posto in pericolo[39]. Si pensi, in particolare, a tutte quelle disposizioni accomunate dall'incoraggiamento verso condotte "riparatorie", tese a tutelare il bene giuridico nella forma di una salvaguardia *tardiva* e di tipo *restitutorio-risarcitorio*[40]. Tra di esse, basti qui menzionare quelle che hanno ampiamente interessato la legislazione complementare a tutela dei beni giuridici di carattere diffuso o collettivo - come la salute e sicurezza sul lavoro, l'ambiente, il paesaggio[41] - nonché quelle introdotte a seguito di interventi di 'parte generale', come l'art. 162-*ter* Cp.
In questo caso, però, la considerazione della condotta *post delictum* rappresenta una novità di non poco momento, poiché qualsivoglia scelta legislativa orientata alla considerazione del "postfatto" in seno alla disciplina del reato tenue non può che scontrarsi con un'inoppugnabile obiezione: l'estraneità logica e cronologica del primo rispetto al secondo. In effetti, come C.E. Paliero già metteva in luce, in una delle più approfondite e risalenti opere in tema di reato esiguo, la spontanea restaurazione o la minimizzazione *ex post* del bene leso da parte dell'autore non possono che esulare dal reato bagatellare. Invero, vedere in questi casi una sorta di *Tatbestand* complesso sarebbe una

[36] Il co. 1 dell'art. 174 Cpmp si riferisce, in particolare, ai militari che, riuniti in un numero di quattro o più (1) rifiutano, omettono o ritardano, mentre sono in servizio, di obbedire ad un ordine del loro superiore; (2) prendono arbitrariamente le armi e rifiutano, omettono o ritardano di obbedire all'ordine di deporle, intimato da un loro superiore; (3) abbandonandosi a eccessi o ad atti violenti, si rifiutano, omettono o ritardano di obbedire all'intimazione di disperdersi o di rientrare nell'ordine, fatta da un loro superiore.
[37] V. nuovamente Relazione illustrativa al decreto legislativo 10.10.2022, n. 150, cit., 518, ove si evidenzia, altresì, che è necessario sancire un'espressa esclusione di queste ipotesi, sul presupposto che l'art. 131-*bis* Cp si applica anche ai reati militari.
[38] *Ex multis*, v. C. Perini, *Primi ripensamenti del legislatore sull'art. 162 ter Cp: la conferma di una norma con valenza simbolica*, in www.lalegislazionepenale.eu 8.1.2018, *passim* ove l'Autrice evidenzia l'impossibilità di ricondurre l'art.162 *ter* Cp alle istanze di giustizia riparativa; C. Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in www.lalegislazionepenale.eu 13.11.2017. Per quanto concerne l'importanza assunta dalle condotte post delittuosi in dottrina si è addirittura postulata l'introduzione di una fattispecie di "delitto riparato", v. sul punto M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Giustizia Riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna 2015, 142 ss.
[39] C. Paliero, *op. cit.*, 131.
[40] C. Perini, *op. cit.*, 6.
[41] Per questi ambiti si pensi, all'oblazione processuale caratterizzante il settore dell'infortunistica sul lavoro (*ex* art. 24, co. 1, d.lgs. 19.12.1994, n. 758), ovvero all'osservanza dei progetti di bonifica, in grado di escludere la punibilità di condotte di inquinamento di cui al co. 1 dell'art. 257 TUA (e, più in generale, per la contravvenzioni ambientali contemplate da altre leggi per il medesimo evento); nonché, ancora, all'art. 181 comma 1 *quinquies* del codice dei beni culturali e del paesaggio, che conferisce rilievo al "ravvedimento operoso" dell'agente, il quale - prima della condanna - provveda alla remissione in pristino delle aree e degli immobili suddetti a vincoli paesaggistici, sui quali aveva precedentemente eseguito dei lavori in assenza di prescritta autorizzazione o in difformità da essa. Si pensi, inoltre, ai simili istituti previsti nel diritto penale minorile (art. art. 28 d. P. R. 448/1998, ove si prevede che il giudice possa «impartire le prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione» con la persona offesa), nel rito innanzi al giudice di pace, concernente l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie *ex* art. 35 d.lgs. 274/2000, nonché ai meccanismi del sistema della responsabilità degli enti, di cui agli artt. 12 e 17 d.lgs. 8.6.2001, n. 231,i quali, condizionano all'integrale risarcimento del danno e alla eliminazione delle conseguenze del reato, rispettivamente la riduzione delle sanzioni pecuniarie e la mancata applicazione delle sanzioni interdittive.

«forzatura sistematica», trattandosi di elevare la condotta riparatoria a "controvalore" successivo al fatto, in grado di degradarne il disvalore oggettivo e soggettivo[42].
Dunque, proprio in virtù di un così arduo inquadramento sistematico, pare opportuno interrogarsi, anzitutto, sul fondamento-politico criminale di questa scelta, giacché la considerazione della condotta riparativa inevitabilmente rievoca il ruolo dell'elemento soggettivo nella valutazione di un'offesa esigua[43]. Si tratterà, insomma, di cogliere la portata innovativa di simile inciso, al fine di trarne – eventualmente – una rinnovata *ratio* e differenti cadenze per il giudizio di "tenuità", rispetto all'impianto marcatamente oggettivo originariamente predisposto dal d.lgs. 28/2015[44], entro cui trovava collocazione, al più, una mera «colpevolezza per il fatto»[45]. Non a caso, infatti, il legislatore di allora richiamava il solo primo comma dell'art. 133 ai fini della valutazione dell'"*esiguità del danno o del pericolo*" e delle "*modalità della condotta"*: le ragioni risiedevano, appunto, nell'escludere i profili inerenti alla personalità del reo, tra cui si inserisce anche la «condotta contemporanea o susseguente al reato»[46].
Sennonché, è proprio lo stesso legislatore a complicare questa operazione ermeneutica: invero, come precisa nella Relazione illustrativa, il nuovo elemento non assurge a requisito autosufficiente, bensì rappresenta un «ulteriore criterio», che si aggiunge a quelli previsti dall'art. 133, co. 1 Cp, in virtù dei quali valutare l'"esiguità del danno e del pericolo" e le "modalità della condotta". Ancora una volta, dunque, l'art. 133, co. 2 Cp è oculatamente ignorato: le ragioni risiederebbero – come ulteriormente riportato – nel diverso significato assunto dal "*postfatto*" nelle due discipline: infatti, se come criterio commisurativo della pena, *ex* art. 133, co. 2, Cp, tale parametro è sintomatico della *capacità a delinquere del colpevole*, quando viene impiegato nel giudizio di tenuità *ex* art. 131-*bis* Cp, esso rappresenterebbe, invece, il grado di offesa arrecata al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice[47]. Si noti, infine, che il fondamento di tale interpretazione – a parere della Riforma–

[42] C. E. Paliero, *op. cit.*, 750.
[43] Con uno sguardo comparatistico, il problema si è posto anzitutto oltralpe, ove si sono diffusi tra i più significativi contributi alla teorizzazione del reato esiguo. In Germania, in particolare, si sono alternati due orientamenti che, nell'indagare il tema da una diversa prospettiva politico-criminale, finiscono per considerare una distinta concezione di "colpevolezza", e quindi assegnare un diverso ruolo alla condotta *post delictum*. Si citi, anzitutto, il noto "modello Krümpelmann" **(**Krümpelmann, *DieBagatelldelikte. Untersuchungen Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, 1966, 62, come riportato da C. E. Paliero, *op. cit*., 715 ss.**)** orientato ad un approccio sistematico-strutturale, teso cioè ad esaminare non il concetto di esiguità in sé, ma le componenti dell'esiguità stessa. In tal senso, solamente i tre principali elementi dell'illecito possono concorrere ad un giudizio di "esiguità", ossia il disvalore d'evento, il disvalore d'azione e il grado di colpevolezza. Quest'ultima, concordemente a siffatta prospettiva, è intesa come "colpevolezza per il fatto" (*Tatschuld*, non già *Taterschuld*), dalla quale pretermettere quelle componenti valorizzate in sede di commisurazione della pena, tra cui, per l'appunto, la condotta susseguente al reato. Tale modello è stato tuttavia superato da orientamenti di segno opposto, i quali si caratterizzano per un ricco 'catalogo' di indici di bagatellizzazione: in questa sede pare opportuno rilevare che essi considerano un più generale concetto di "disvalore soggettivo", entro il quale annoverare non soltanto i motivi dell'agente, ma anche il concorso di colpa della vittima nonché, per l'appunto, la condotta susseguente al reato. Così, nel diritto positivo tedesco già a partire dal 1924 vigono delle clausole generali di depenalizzazione, che espressamente richiedono un'«esigua colpevolezza», valutabile anche in base alla condotta *post delictum* realizzata dal colpevole (MeyeR-GossnER, in *Lowe-RosENBERG, Die Strafprozessordnung*, cit., Band II, sub § 153, nota 13, 194 e *SchorerT*, in AA.VV., *Karlsruher Kommentar*, cit., sub § 153, nota 31, 495, come riportato da C.E., *op. cit*., 728).
[44] Si ricordi, in particolare, la Relazione al d.lgs. 28/2015 secondo cui «l'indice-criterio della «modalità della condotta» si presta benissimo e del tutto naturalmente a una valutazione sia del grado della colpa, sul presupposto che la violazione delle regole cautelari concorre ad integrare il modo di manifestarsi della (tipicità della) condotta; sia dell'intensità del dolo, sul presupposto che assai spesso quest'ultima si riverbera e si traduce nell'adozione da parte dell'autore di determinate modalità esecutive della condotta».
[45] C.F. Grosso, *op. et loc. supra cit.*
[46] R. Borsari, *op. cit.*, 15; A. Nisco, *L'esclusione della punibilità*, cit., 206, che richiama le considerazioni sui rapporti tra artt. 133 Cp e 34 d. lgs. 274/2000 espresse da F. Sgubbi, *L'irrilevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, in *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, a cura di L. Picotti e G. Spangher, Milano 2002, 161 ss., ove si evidenzia che l' "intensità del dolo" o il "grado della colpa" contenuti nell'art. 133, co. 1, Cp sono chiamati a contribuire esclusivamente al giudizio sul disvalore dell'azione.
[47] Relazione illustrativa al decreto legislativo 10.10.2022, n. 150, cit., 512.

riposa su un incontrovertibile dato letterale, giacché la congiunzione "*anche*" apre l'inciso immediatamente successivo al rinvio che la legge opera all'art. 133, co. 1, Cp. Dunque, ciò che continua a rilevare per la dichiarazione di "tenuità" è ancora rappresentato da criteri "obiettivi" (*rectius* "tenuità dell'offesa"), con la differenza che essi saranno altresì valutati – oltre che in base agli indici contemplati dall'art. 133, co. 1 Cp – *anche* alla stregua del contegno assunto dall'autore dopo il compimento del reato. In definitiva, alla condotta *post delictum* è assegnato un ruolo meramente "confermativo", poiché potrà al più co-determinare la tenuità dell'offesa, ma non abilitare un giudizio di esiguità (sopravvenuta) di un reato connotato da un'offesa comunque non tenue[48].
Nihil sub sole novum? Così pare dall'esegesi della volontà del legislatore "storico". Eppure, nonostante l'interpretazione "autentica" testé annunciata, non è possibile distogliere l'attenzione verso una prassi diversa, per come disvelata da indirizzi dottrinali e giurisprudenziali che, convergendo verso un medesimo risultato – opposto, per vero, a quello perseguito del legislatore – sembrano poter illuminare l'esito applicativo di questo nuovo inciso.
Ci riferiamo, anzitutto, alle riflessioni di G. De Francesco[49] in tema di punibilità, ove si dischiude una prospettiva che chiaramente colloca il "postfatto" nel giudizio di esiguità. Per giungere a tali conclusioni, è opportuno ripercorrere, seppur sinteticamente, le premesse dell'indagine, volta a esplorare in una prospettiva sinottica quei legami che avvincono gli elementi del fatto agli scopi della pena[50]. In tal senso, il precetto penale fonda la pena come sua conseguenza, e questa, a sua volta, gli restituisce il proprio fondamento e significato qualificante, di guisa che gli elementi oggetto del primo dovranno essere valutati alla stregua delle finalità punitive sottese alla previsione normativa dell'illecito[51]. In tal senso, anche il concetto di "esiguità" dovrà essere riletto in chiave "*funzionale-teleologica*", giacché l'interprete, posto in concreto davanti a una condotta tenue, dovrà interrogarsi su quelle esigenze di prevenzione generale o speciale che avevano un tempo avallato, in astratto, la sua criminalizzazione[52]: dunque, adottando tale prospettiva, le condotte resipiscenti dell'autore possono influenzare il giudizio di tenuità, poiché – specialmente se realizzate in un tempo cronologicamente attiguo a quello dell'illecito – contribuiscono a moderare quelle istanze di prevenzione sottese alla stessa scelta di criminalizzazione[53]. Si consideri, ad esempio, il caso del soggetto che torni a riconsegnare la merce pochi minuti dopo averla sottratta. Ebbene, in tale circostanza, non soltanto potrebbe scemare il rimprovero penale per la stessa condotta, meglio "personalizzato" alla luce di valutazioni retrospettive, *ex post facto*, e non solo vien meno un'attuale e concreta esigenza di 'rieducazione' al rispetto del patrimonio altrui, ma altresì vacillano le stesse istanze di prevenzione generale poste a fondamento della irrogazione della pena; difficile, infatti, sostenere che un episodio del genere sia in grado di suscitare, nella collettività, un senso di insicurezza e allarme sociale, in rapporto alla salvaguardia dei beni patrimoniali, tale da ingenerare un atteggiamento di timore o diffusa riprovazione, e, dunque, una pretesa di punizione[54].
Detta prospettiva sembra, in effetti, spiegare quella radicata e indomita tendenza giurisprudenziale alla valorizzazione del "postfatto" al momento della valutazione di "esiguità", che non ha tardato a

[48] Sul punto, v. altresì G. Martiello, *op. cit.*, 10 ss.
[49] G. De Francesco, *Punibilità*, cit., 50 ss.; Id. *L'esiguità*, cit., 889 ss.
[50] Ancora, G. De Francesco, *Punibilità*, cit., 63, ove si evidenzia come la funzione della pena venga ad irradiarsi sulle 'sorti' del suo stesso oggetto di riferimento, cioè il reato, inducendo a valutarne spessore e consistenza in modo da 'preservare' la *ratio* della punibilità in guisa di relazione dialettica nella quale la predetta funzione ha (e deve avere) modo di manifestarsi.
[51] G. De Francesco, *op. ult. cit.*, 59 ss.; nonché Id., *L'esiguità*, cit., 891.
[52] Id., *Punibilità*, 72 ss.; Id., *L'esiguità*, cit., 892 mentre l'importanza della funzione special-preventiva permette, allorché incentrata su considerazioni inerenti al singolo autore, di conformare il rimprovero penale al canone di adeguata personalizzazione, la funzione general preventiva – qualora siano da essa estromesse mere tendenze dissuasive – riesce a orientare la valutazione del giudice ad una reale «percezione, a livello sociale, del senso e della portata delle alternative decisorie, valutate alla stregua di un atteggiamento di condivisione e consenso nei confronti elle scelte di volta in volta operate».
[53] G. De Francesco, *Punibilità*, cit., 72 ss.
[54] Id., *op. ult. cit.*, 75, 77.

palesarsi nell'immediatezza dell'entrata in vigore del d.lgs. 28/2015. Ci riferiamo, in primo luogo, ad alcune sentenze delle Corti di merito che, all'indomani del nuovo art. 131-*bis* Cp. hanno conferito rilievo alla condotta risarcitoria o riparatoria successiva al fatto reato; citiamo, a titolo esemplificativo, un caso concernente la materia tributaria, ove è stata concessa l'esimente di "particolare tenuità" per i reati di cui all'art. 10-*ter* d.lgs. 10.3.2000, n. 74, in virtù del successivo e integrale pagamento del debito[55]. Tali orientamenti hanno così reso necessario un intervento della Corte di Cassazione che, con aderenza alla formulazione letterale, ha chiarito che l'esiguità del disvalore deve essere ancorata ad un giudizio relativo all'entità del danno o del pericolo e alle modalità della condotta, da valutarsi esclusivamente ai sensi dell'art. 133, co. 1, Cp, con l'esclusione di qualsivoglia riferimento agli indici del co. 2, ivi inclusa la condotta «contemporanea o susseguente» al reato[56]. Tuttavia, neppure così incisive decisioni sono riuscite a scalfire una simile inclinazione: non può certamente sfuggire il "ritorno" del *post factum* nella recente sent. S.U. 27 gennaio 2022, n. 18891[57], che si è preoccupata di sancire la compatibilità della dichiarazione di tenuità *ex* art. 131-*bis* Cp con l'istituto del reato continuato (art. 81, co. 2, Cp). Dopo essersi dilungata sull'impossibilità di ricondurre l'ipotesi della continuazione all' abitualità del comportamento – la quale precluderebbe la concessione dell'esimente[58] – la Suprema Corte si concentra su quelle condizioni e quei presupposti cui subordinare il beneficio *ex* 131-*bis* Cp nel caso del reato continuato: ebbene, tra i vari indici, valutabili dal giudice caso per caso, figura alla lettera *h* «la rilevanza attribuibile ai *comportamenti successivi ai fatti*»[59].
Alla luce delle riflessioni di G. De Francesco, queste sentenze ben enucleano la necessità di apprezzare l'esiguità alla stregua di quelle complessive valutazioni in chiave preventiva che manifestano la propria influenza anche nel momento di irrogare la pena[60].
Pertanto, proprio in virtù di simili osservazioni, a nostro sommesso avviso – e consapevoli della difficoltà di formulare pronostici circa l'esito applicativo della norma – sembrano delinearsi scenari interpretativi diversi da quelli voluti dal legislatore, caratterizzati cioè da decisioni che, qualora l'offesa non possa considerarsi "strettamente" e oggettivamente tenue (ai sensi della "tenuità del

[55] G. Aliberti, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 16.12.2015, 7 (nonché Voce per "*Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016*", curata da G. Leo e F. Viganò, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2016), ove è riportata, oltre alla suddetta decisione (Trib. Foggia, 10.4.2015, n. 1670), un'altra dello stesso tenore, emanata dal Tribunale di Genova, 21.5.2015, in materia di infortuni sul lavoro.
[56] Cass., 2.12.2019, n. 660, in *CEDCass*., m. 278555-01.
[57] A. Aimi, *La causa di esclusione della punibilità della particolare tenuità del fatto è compatibile con il reato continuato*, nota a Cass. SU 27.1.2022 (dep. 12 maggio 2022), n. 18891, in *DPenCont* 2022, 154 ss.; nonché E. Banchi, *Reato continuato e declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Cass. pen*. 2022, 2573 ss.; M. E. Florio, *Particolare tenuità del fatto e continuazione: le Sezioni Unite fanno il punto sulla questione della compatibilità tra i due istituti*, in *Arch. pen*. 2022, *passim.* Tra le numerose sentenze di segno opposto, v. Cass. 20.3.2019, n. 18192 in *CEDCass*, m. 275955-01.
[58] La Corte dimostra, infatti, come il reato continuato non possa ascriversi ai casi di "comportamento abituale" considerati dall'art. 131-*bis* Cp, e cioè 1) il caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza; b) il caso in cui l'autore abbia commesso più reati della stessa indole; c) il caso in cui si tratta di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali o reiterate.
[59] Tra gli ulteriori indici, sono annoverati *a)* la natura e la gravità degli illeciti unificati; *b)* la tipologia dei beni giuridici lesi o posti in pericolo; *c)* l'entità delle disposizioni di legge violate; *d)* le finalità e le modalità esecutive delle condotte; *e)* le relative motivazioni e le conseguenze che ne sono derivate*; f)* l'arco temporale e il contesto in cui le diverse violazioni si collocano. L'Autore si interroga, infine, se fosse realmente necessaria l'introduzione di nuovi criteri di valutazione della particolare tenuità speciali per il reato continuato, oltretutto non pienamente coincidenti con quelli dettati dal co. 1 dell'art. 131-*bis* Cp.
[60] Nella sua riflessione, inoltre, G. De Francesco, *op. ult. cit*., 73 si sofferma poi sull'inevitabile interferenza tra i profili teleologici della sanzione penale, sul punto v. altresì G. De Vero, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen*. 2002, 450 s., secondo cui «le norme incriminatrici si rivolgono ad una generalità di soggetti, non tanto allo scopo di intimidire, ma piuttosto per sollecitare l'acquisizione da parte di tutti e di ciascuno della *personale* consapevolezza». V. altresì D. Brunelli, *op. cit*., par. 1 ove si evidenzia che i giudici tendono a valorizzare tale elemento poiché espressivo di un minor bisogno rieducativo e di una positiva inclinazione alla riparazione.

danno o pericolo" e "modalità della condotta"), non rinuncino a pronunciare la declaratoria *ex* art. 131-*bis* Cp *proprio* in considerazione della condotta susseguente al reato. Del resto, se, in giurisprudenza, non è stato difficile far leva sul "postfatto" quando espressamente ignorato dalla legge, non appare azzardato vaticinare un suo ancor più marcato impatto adesso che viene espressamente richiamato nel co. 1 dell'art. 133 Cp.
Infine, la Relazione di accompagnamento invita l'interprete a considerare il lasso temporale intercorrente tra la condotta *post delictum* e la commissione del reato. Tale profilo, a ben vedere, non è espressamente tipizzato dal novellato art. 131-*bis* Cp, ma viene valorizzato perché coerente con il ruolo che la Relazione stessa assegna all'azione riparatoria, strettamente connesso alla esiguità dell'offesa. In questa prospettiva, se detta esiguità è condizionata anche dalle modalità della condotta, l'azione riparatoria non potrà che avere come «necessario e fondamentale» termine di relazione il momento della commissione del fatto, di guisa che il giudice potrà senz'altro dare rilievo a una condotta posta in essere nell'"*immediatezza*" e nella "*prossimità*" del compimento dell'illecito. Viene altresì riportato, a titolo esemplificativo, un caso tratto dalla giurisprudenza, ove il colpevole, dopo aver cagionato delle lesioni personali dolose, si era subito preoccupato di accompagnare la persona offesa al pronto soccorso. Alla luce della nuova disciplina, prendendo per buona la lettura riduttiva assegnata dalla Relazione al postfatto, un simile ravvedimento potrà essere valorizzato in sede ermeneutica, purché si innesti su un'offesa già in grado di configurarsi come tenue: nel caso appena richiamato, la gravità delle lesioni (si trattava della rottura di uno zigomo e della mascella) non aveva allora permesso né comunque permetterebbe, anche a fronte della nuova formulazione, la declaratoria di non punibilità *ex* art. 131-*bis* Cp[61]. A nostro modesto avviso, un criterio di immediatezza così definito, non essendo espressamente previsto dalla legge, non può intendersi quale requisito indefettibile della condotta *post delictum* e non può rigidamente condizionare l'interpretazione del giudice; pur costituendo, senz'altro, un parametro significativo, nella prospettiva che qui prediligiamo soprattutto se utile a mettere in discussione la sussistenza di un'esigenza punitiva in concreto, e dunque, eventualmente, anche quando la gravità dell'offesa non sia di per sé tenue (v. *supra*).
L'ultimo elemento sul quale pare opportuno concentrarsi concerne la locuzione utilizzata, ossia la "*condotta susseguente al reato"*: invero, il legislatore non enuclea tassative tipologie di azioni in cui tale "postfatto" può estrinsecarsi ma, nel dichiarato intento di rendere discrezionale la valutazione del giudice, adotta una formulazione generica. Pertanto, il *post delictum* rilevante si arricchisce delle più variegate condotte riparatorie, come le restituzioni, il risarcimento del danno nonché la partecipazione a programmi di giustizia riparativa[62].

5. Per quanto concerne i profili di diritto intertemporale, la Riforma ritiene di non apportare una disciplina transitoria, che egualmente era mancata al momento dell'introduzione dell'art. 131-*bis* Cp: la sua configurazione come "*causa di non punibilità*" rende pacifica l'applicazione dell'art. 2 Cp, sicché – come riportato dalla Relazione – mentre le modifiche sfavorevoli, tese ad escludere la concessione dell'esimente (v. ipotesi di cui al par. 3) potranno valere solo per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge, quelle favorevoli potranno invece avere effetto retroattivo[63].
Rispetto a quest'ultime indicazioni, pare opportuno sottolineare che la disposizione di riferimento è il comma 4 dell'art. 2 Cp: conseguentemente, i mutamenti favorevoli, rappresentati dal limite edittale di due anni, ovvero dal rilievo della condotta successiva, potranno riguardare solo quei procedimenti non ancora conclusi con sentenza definitiva. La Riforma non apporta, dunque, un'*abolitio criminis* che, del resto, neppure aveva realizzato il d.lgs. 28/2015: tuttavia, al momento della sua entrata in vigore, tale soluzione era parsa tutt'altro che scontata, dal momento che alcuni orientamenti dottrinali

[61] Relazione illustrativa al decreto legislativo 10.10.2022, n. 150, cit., 513, ove si riporta la sentenza Cass. 2.12.2019, n. 660, in *CEDCass*., m. 278555-01.
[62] Come nota G. Martiello, *op. cit*., 13 queste condotte possono sovrapporsi a quelle proprie dell'art. 162-*ter* Cp, tanto più che il d.lgs. 150/2022 ha esteso il novero dei reati perseguibili a querela.
[63] Relazione illustrativa al decreto legislativo 10.10.2022, n. 150, cit., 518.

e giurisprudenziali avevano prospettato non solo l'applicazione dell'art. 131-*bis* Cp per i procedimenti in corso[64], ma altresì l'effetto abolitivo per quelli "passati" in giudicato[65].
Alla fine, però, è prevalso l'opposto orientamento, che ha correttamente inquadrato il fenomeno successorio nell'ambito dell'art. 2, co. 4, Cp, consacrato anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte[66]. Per vero, non è possibile configurare la causa di non punibilità *ex* art. 131-*bis* Cp quale *abolitio criminis*, poiché essa non elide la rilevanza penale del fatto, che rimane compreso nell'astratta previsione normativa[67]. Questa ipotesi trova quantomeno una conferma nel dettato dell'art. 615-*bis* Cpp che, nell'attribuire efficacia di giudicato alla sentenza penale irrevocabile di proscioglimento per particolare tenuità del fatto – quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso – nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del prosciolto e del responsabile civile che sia stato citato o intervenuto nel processo penale, evidenzia come il legislatore continui a ritenere il fatto penalmente illecito[68].

6. All'esito di questa indagine preme svolgere alcune considerazioni, seppur sintetiche, sulla nuova disciplina del reato "esiguo" nel quadro della "Riforma Cartabia": è opportuno, infatti, muovere da una prospettiva di sistema, cercando di evidenziare quelle sinergie sottese ai differenti nuclei tematici, inevitabilmente avvinti in un'azione legislativa di così ampio respiro.
Emerge, anzitutto, la pregevole scelta di riformare l'art. 131-*bis* Cp congiuntamente al sistema sanzionatorio penale, al processo penale, nonché assieme alla tanto attesa consacrazione in legge della giustizia riparativa[69]. Tale operazione conferisce all'istituto una profondità diversa da quella che aveva caratterizzato la sua introduzione, poiché esso viene ora a calarsi nel rinnovato territorio di una giustizia penale che sceglie, quantomeno nelle premesse, di staccarsi dalla «draconiana severità»[70] che lo ha per lungo tempo plasmato. Un simile obiettivo di sistema era rimasto inevaso con il d.lgs. 28/2015, con la conseguenza che il beneficio di cui all'art. 131-*bis* Cp, insistendo su un ordinamento che aveva come punto di riferimento la pena carceraria, veniva a configurarsi come sua mera "alternativa"[71]. Il legislatore sceglie, così, di allinearsi a quelle osservazioni dottrinali che, con straordinaria lungimiranza, già all'indomani dell'entrata in vigore del previgente art. 131-*bis* Cp, suggerivano di coniugare la disciplina della "tenuità" del fatto" con una riforma del sistema sanzionatorio penale[72].

---

[64] In tal senso, v. G. Spangher, *L'irrilevanza del fatto*, in *Dir. giust. min*. 2015, 20.
[65] In giurisprudenza, v. Linee-guida della Procura di Lanciano, 22 in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3.4.2015; in dottrina, invece, I. Russo, *Ancora sulla tenuità del fatto: la novella della sfinge*: in *Arch. pen.* 2015, 3 ss., ove si confronta l'esimente in esame con la non punibilità in materia di stupefacenti, nonché con la c.d. "depenalizzazione della colpa lieve medica". Con particolare riferimento a quest'ultimo settore, l'Autore evidenzia come il parziale effetto abolitivo, tale da giustificare un'efficacia retroattiva, sia stato confermato anche dalla Suprema Corte. Si veda, in particolare, Cass. 29.1.2013, n. 16327, (reperibile in www.dirittopenalecontemporaneo.it 11.4.2013), ove sono peraltro riportate le due sottofattispecie implicitamente derivate dalla modifica: la prima è quella caratterizzata da colpa grave, la quale conserva natura penale; la seconda, invece, è caratterizzata da colpa lieve, ed è quella divenuta penalmente irrilevante. Nello stesso senso, Cass. S.U. 27.9.2007, Magera, in *CEDCass*., m. 238197; Cass. S.U. 26.3.2003, Giordano, in *CEDCass*., m. 224607.
[66] V. sul punto, Cass. 8.4.2015, n. 15449, con nota di G. L. Gatta, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 22.5.2015.
[67] G. Alberti, *op. cit*., 12 s.
[68] A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 – bis Cp*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., 34 s.; nonché Id., *Art. 131-bis*, in *Codice penale commentato*[4], diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta 2015, I, 1959.
[69] V. da ultimo F. Palazzo, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, in www.lalegislazionepenale.eu 31.12.2022, *passim.*
[70] M. Chiavario, *op. cit.*, 263.
[71] R. Bartoli, *op. ult. cit.*, 660.
[72] V. in particolare M. Chiavario, *op. cit*., 259 ss., ove evidenzia, oltretutto, la mancata configurazione di procedure conciliative in alternativa al processo penale ovvero di obblighi alternativi alla sanzione quali condizioni cui subordinare la declaratoria di non punibilità. V. altresì, L. Eusebi, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. proc*. 2013 530.

Adottando, dunque, il medesimo punto di vista, cercheremo di analizzare – giocoforza per brevi cenni – l'impatto delle modifiche trattate che, se considerate isolatamente, sembrerebbero altrimenti perseguire solo timidamente il tanto desiderato risultato deflativo. A ben vedere, infatti, la carica impressa dagli elementi maggiormente innovativi viene subito depotenziata da interventi di segno opposto: tal è il caso dell'ampliamento della forbice edittale, immediatamente controbilanciato da nuove ipotesi preclusive del beneficio; nonché dell'inserimento della condotta susseguente al reato, relegata, almeno dal legislatore, ad una mera funzione 'esornativa'. Ebbene, simili interventi non possono essere indagati disgiuntamente da quelli apportati al codice di rito: in essi, infatti, è possibile scorgere rilevanti novità che, animate dal medesimo fine, dispiegheranno i propri effetti anche in punto applicazione dell'art. 131-*bis* Cp. Com'è noto, sin dal d.lgs. 28/2015 il legislatore ha ritenuto quanto mai opportuno coniugare la disciplina 'sostanziale' con quella 'processuale'[73], altrimenti l'accertamento di un fatto tenue, destinato a non essere punito, avrebbe creato un inutile dispendio di energie processuali[74]. È stato dunque predisposto un particolare *iter* che consente al giudice di pronunciare la non punibilità per particolare tenuità del fatto anche prima della sentenza dibattimentale. Si ricordi, sinteticamente, che la declaratoria può essere anzitutto richiesta dal p.m. nel corso delle *indagini preliminari*, (art. 411 Cpp); può ottenersi all'esito dell'udienza preliminare anche se non espressamente sancito, sul presupposto che la sentenza di non luogo a procedere possa riguardare «persona non punibile per qualsiasi causa» (art. 425 Cpp); infine, può intervenire con *sentenza predibattimentale* ai sensi del co. 1 *bis* art. 469 Cpp[75]. Su tale struttura, infatti, inciderà il nuovo criterio della "*ragionevole previsione di condanna*", destinato a informare, a partire dall'iscrizione della notizia di reato, l'intero procedimento penale, dal momento che esso rappresenta il nuovo parametro nella fase preliminare dinanzi al GIP/GUP, ai fini della valutazione dell'archiviazione *ex* art. 408 Cpp, ovvero con riguardo al non luogo a procedere *ex* art. 425 Cpp, come pure rispetto ai reati a citazione diretta attraverso l'introduzione di una nuova udienza predibattimentale *ex* art. 554-*ter* Cpp. L'ordinamento impone, dunque, di rinunciare ovvero interrompere l'azione penale quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini non consentano di

[73] Come evidenzia A. Marandola, *I "ragionevoli dubbi" sulla disciplina processuale della particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc*. 2015, 795 ss. il legislatore era intervenuto nonostante la legge delega al d.lgs. 28/2015 fosse stata parca sul punto, limitandosi a prevedere che l'istituto doveva essere introdotto «senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale dell'azione civile».

[74] *Ex multis*, v. R. Bartoli, *op. ult. cit.*, 669 s.; S. Quattrocolo, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, in *Processo penale e giustizia* 2015, 159 ss.; Id., *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., 97 ss.; M. Daniele, *L'archiviazione per tenuità del fatto fra velleità deflattive ed equilibrismi procedimentali*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., 40 ss. A. Nappi, *Tenuità del fatto: una causa di non punibilità che rende improcedibile l'azione penale*, in www.lalegislazionepenale.eu 25.6.2016, *passim;* P. Spagnolo, *Gli epiloghi processuali della "particolare tenuità" del fatto*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., 65 s.; R. Aprati, *op. cit.*, 1332; B. Lavarini, *Gli effetti extrapenali del giudicato "di tenuità"*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., 108 ss.

[75] R. Dies, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 13.9.2015, 12, nota 26; F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 8.7.2015, 25, ove si evidenzia che il giudice nella fase "predibattimentale" si trova di fronte ad un fascicolo vuoto ed è dunque verosimile che in tale sede la declaratoria assuma in questa sede una veste residuale; G. Aliberti, *op. cit.*, 9 ss., la quale nota che la declaratoria *ex* art. 131-*bis* Cp mentre non pone ostacoli nei giudizi di appello e di legittimità, ha sollevato alcune problematiche qualora pronunciata «in ogni stato e grado» *ex* art. 129 Cpp. Tale possibilità è stata, infine, confermata dalla giurisprudenza, v. recentemente Cass. 26.3.2019, n. 13219, in *DeJure*. Sul punto v. *ex multis* S. Quattrocolo, *op. ult. cit.*, 166 ss.; A. Nappi, *op. cit.*, 11; P. Spagnolo, *op. cit.*, 94 R. Aprati, *op. et loc. supra cit.*

formulare un esito ragionevolmente sfavorevole per l'indagato[76], così da consentire la prosecuzione di quei processi "non superflui" e "utili" perché funzionali alla sua condanna[77].
Ovviamente non siamo in grado di predire se il nuovo "filtro", che certo mira a temperare (così come altri interventi della riforma) le rigidità del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, riuscirà a raggiungere gli scopi prefissati[78]; eppure, esso si configura quantomai rilevante per l'istituto trattato, ove l'accertamento del reato tenue conduce semmai alla mancata irrogazione della sanzione penale. In conclusione, la nuova clausola ben potrà incidere sui procedimenti aventi oggetto fatti scarsamente offensivi ostacolandone l'arrivo in dibattimento, contribuendo sin da subito al risparmio di energie processuali, nonché evitando al reo, quando davvero non necessaria, quella "stigmatizzazione" che già gli deriva dal solo fatto di prolungare lo sviluppo del procedimento.

[76] Con riferimento alla natura diagnostica ovvero prognostica del giudizio, cfr. C. Naimoli, *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere, in Dir. pen. proc.* 2022, 831 s.*;* M. Bontempelli*, Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria, in Dir. pen. proc.* 2021, 1149, secondo cui il giudizio sarebbe di carattere prognostico più che diagnostico.
[77] V. recentemente, L. Pistorelli, *Riforma del processo penale: le direttive di intervento in materia di indagini preliminari e udienza preliminare,* in *Ilpenalista.it* 8.10.2021, 3. V. altresì D. Augusto, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, in *I dossier della bimestrale de il sistema del diritto penale. La Riforma Cartabia d.lgs. 10.10.2022. n. 150*, 30.12.2022, 42 ss. secondo cui è chiaro che la nuova regola di giudizio fissata nell'art. 425 Cpp sia speculare a quella prevista dall'art. 408 Cpp, dovendo infatti il giudice preliminare pronunciare sentenza di non doversi procedere laddove la piattaforma probatoria sottopostagli sia incompleta, perché, a sua volta, il pubblico ministero non sia riuscito a cogliere le lacune della attività investigativa, mancando di avanzare richiesta di archiviazione *ex* art. 408 Cpp. B. Piattoli, *Udienza predibattimentale nei procedimenti davanti al tribunale in composizione monocratica tra l'obiettivo di una più ordinata sequenza procedimentale e la funzione di tutela delle garanzie*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 5.1.2023, *passim*; M. Daniele*, L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio,* in *Sist. pen.* 2020, 131 ss.
[78] G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *www.sistemapenale.it* 15.10.2022, il quale enfatizza la scarsa efficacia della (previgente) udienza preliminare che, complessivamente, filtra poco più del 10% delle imputazioni per i processi nei quali è prevista e non incide peraltro in modo significativo sul tasso dei proscioglimenti in dibattimento.

L'OFFESA SCALARE ALL'AMBIENTE: CONTRAVVENZIONI, ECO-DELITTI, ECOCIDIO. SPUNTI COMPARATISTICI CON IL NUOVO REATO DI *MISE EN DANGER* AMBIENTALE

di Marina Poggi d'Angelo
(*Assegnista di ricerca in diritto penale, Università di Roma, La Sapienza*)

Lo scritto intende analizzare l'attuale modello di tutela penale dell'ambiente che, per i fatti maggiormente lesivi, è incentrato sui reati di danno e, in chiave comparatistica, evidenziarne le differenze rispetto alla protezione accordata dall'ordinamento francese, che ha optato per l'uso – ancora embrionale – del modello di illecito di mise en danger. Si intende inoltre esaminare la nuova fattispecie di "ecocidio" da inserire tra i crimini contro l'umanità, al fine di proporre un più efficiente sistema di protezione penale del macro-interesse ambiente, per cui sarebbe preferibile una tutela preventiva modulabile su diversi stadi di offesa.
The paper offers a critical analysis of the current model of criminal protection of the environment which, for the most damaging facts, focuses on damage offences and, from a comparative point of view, to highlight the differences compared to the protection granted by the French legal system, which has opted for the use – still embryonic – of the "mise en danger" offence model. It is also intended to refer to the new ecocide to be included among crimes against humanity, in order to propose a more efficient system of criminal protection of the environmental macro-interest, for which a preventive protection that can be modulated on different stages of offence would be preferable.

SOMMARIO: 1. La riscoperta dell'ambiente come bene finale: l'inserimento tra i principi fondamentali costituzionali. – 2. La Proposta di direttiva europea in materia ambientale: ampliamento del catalogo dei reati di pericolo e maggiore specificità delle condotte tipiche. – 3. La scala di graduazione offensiva all'ambiente: dalle contravvenzioni di pericolo astratto all'ecocidio. – 4. Gli eco-delitti in Italia. Il primato dell'illecito di danno nella nuova disciplina penale ambientale: si tratta davvero di tutela penale forte? – 4.1. La vaghezza del danno qualificato dalla significatività e dalla misurabilità nell'inquinamento ambientale. – 4.2. Il danno caratterizzato da "gigantismo" nel disastro ambientale. – 5. Spunti comparatistici per una rivisitazione in chiave anticipatoria. Il nuovo delitto di *mise en danger* ambientale in Francia. – 5.1. Alla radice delle novità legislative: la categoria generale di *mise en danger*. – 6. *L'affaire Lafarge*: l'accusa di *mise en danger* in capo ad una società capogruppo per i fatti commessi dalla filiale. – 7. Il c.d. ecocidio. La duplice dimensione: crimine contro l'umanità e delitto che aggrava altri reati ambientali commessi "intenzionalmente".

1. Nella discussione giuridica contemporanea si è profeticamente scritto che «l'umanità, con il suo dominio distruttivo sulla natura, sta così trasformandosi in una sorta di metastasi che avvolge il pianeta, mettendone a rischio, in tempi non lunghissimi, la stessa vivibilità»[1].
Sempre di più, e con forza maggiore, l'ambiente e la sua tutela appaiono al centro dell'attuale dibattito pubblico. Non solo da un punto di vista sociopolitico, legato soprattutto al più che percepibile cambiamento climatico in atto e alle sfide che l'umanità dovrà affrontare nel breve periodo per arrestarlo, ma anche giuridico, attraverso il rinnovato interesse da parte delle legislazioni costituzionali e penali sull'argomento.
Sul piano sociopolitico, la questione ambientale si trova attualmente "sotto i riflettori" poiché mai come prima le istanze provenienti da cittadini (per es. la "Convenzione cittadina per il clima" in

[1] L. Ferrajoli, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milano 2022, 29.

Francia[2]), da giovani studenti (vd. *Fridays for Future*[3]) e da associazioni e organizzazioni non governative hanno rotto il "tetto di cristallo" e sono giunte infine all'attenzione di Stati e Governi, come riscontrato anche alla COP27 conclusasi da poco a Sharm el-Sheikh.
Sul piano giuridico, poi, la crescente sensibilità per l'ambiente e le maggiori preoccupazioni per un futuro incerto, a cui ha dato un ulteriore scacco la pandemia sanitaria da Covid-19, hanno fornito un notevole impulso ad alcune proposte di modifiche legislative, tanto a livello nazionale quanto a quello eurounitario ed internazionale, volte tutte ad una protezione integrata ed efficace del bene ambiente.
A livello nazionale, l'Italia, dopo molti altri ordinamenti europei, ha finalmente provveduto a rafforzare la protezione ambientale, inserendo in Costituzione – oltre all'art. 117 Cost. che già citava l'ambiente con esclusiva finalità di ripartizione delle competenze – la tutela dell'ambiente inteso quale bene giuridico autonomo. Con la l.c. 11.2.2022 n. 1, entrata in vigore il 9.3.2022, sono stati infatti modificati gli articoli 9 e 41 della Costituzione: all'art. 9, il legislatore ha aggiunto un nuovo comma 3, il quale afferma che la Repubblica tutela – accanto al paesaggio e al patrimonio storico e artistico della nazione – l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni; all'art. 41, si prevede espressamente che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in modo da recare danno alla salute e all'ambiente, oltre che alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana[4].
La modifica dell'art. 9 Cost. incide, in particolare, su uno dei principi fondamentali enunciati dalla Costituzione e, per la prima volta, intende l'ambiente nella sua accezione più estesa e "sistemica": quale ambiente, ecosistema e biodiversità[5].
Si tratta di un inedito passaggio da una visione antropocentrica di tutela ambientale ad una idea ecocentrica: la prima vedeva nell'ambiente un mezzo funzionale alla tutela di altri interessi; la seconda, invece, considera l'ambiente un bene meritevole di una tutela a sé.
Prima del 2022 si riteneva che la nostra legislazione fosse incompatibile con la concezione ecocentrica[6] e che la tutela ambientale, inserita in un ampio sistema di bilanciamento di interessi, fosse di carattere antropocentrico. Questo è quello che emergeva dal previgente art. 41 Cost., il quale tutelava l'ambiente solo in quanto strumentale alla protezione della salute e del pieno sviluppo dell'uomo, in bilanciamento con altri interessi da cui dipende anche la conservazione e il progresso

[2] Si tratta di un gruppo composito di cittadini e cittadine francesi direttamente coinvolto nella preparazione della legge sulla lotta al cambiamento climatico. Le 149 proposte della Convenzione sono consultabili sul sito: *https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr*.
[3] Movimento di sciopero globale del clima guidato e organizzato da giovani studenti e studentesse, iniziato nell'agosto 2018. Cfr. *https://fridaysforfuture.org.*
[4] Sulla "costituzionalizzazione" dell'ambiente secondo la prospettiva teorica e culturale dei beni comuni, cfr. G. Rotolo, *Beni comuni come beni giuridici: una prospettiva critica*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 13.2.2023, 1 ss. Si vedano, altresì, le osservazioni di C. Ruga Riva, *L'ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?,* in *www.sistemapenale.it,* 16 febbraio 2023, il quale evidenzia che la promozione della tutela ambientale in prospettiva intergenerazionale di cui ai novellati artt. 9 e 41 Cost., posta come vincolo espresso all'iniziativa economica, dovrebbe condizionare il diritto penale anche nella conformazione dei reati di pericolo: invero, la più lunga scala temporale potrebbe essere apprezzata dal giudice penale nella valutazione del pericolo, nei limiti in cui siano possibili attendibili previsioni scientifiche anche di lungo raggio.
[5] Cfr. *Dossier n. 396/2021* del servizio studi del Senato, in *www.senato.it*.
[6] Si vedano M. Catenacci, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme a struttura sanzionatoria*, Padova 1996, 41 ss.; F. Giunta, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *RIDPP* 1997, 1106, il quale ritiene che la teoria ecocentrica può trasformare la tutela dei beni in tutela dell'ideologia ecologista e ridurre la tutela ambientale nei termini di bilanciamento con l'attività economica. In seguito, F. Giunta, *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, in *ED*, Annali II (t. II) 2008, 1153, propone un attenuamento della dialettica tra antropocentrismo ed ecocentrismo alla luce del principio di precauzione, correttamente inteso. Per G. De Santis, *Diritto penale dell'ambiente: un'ipotesi sistematica,* Milano 2012, 54-55, il limite della concezione ecocentrica risiede nella possibile lesione al principio di offensività dovuta alla tecnica della presunzione di pericolosità; mentre essa ha avuto il merito di rendere il bene ambiente "autonomo" rispetto ad altri beni c.d. "finali", quali la vita o l'integrità fisica. Cfr. L. Siracusa, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano 2007, 30 ss., la quale propone una concezione "ecocentrica moderata", che tuteli l'ambiente in sé senza sacrificare eccessivamente l'azione umana.

umano.
O ancora, esempio di quanto si sta affermando può essere dedotto dalla disciplina dettata dal c.d. TuAmb (d.lgs. 3.4.2006 n. 152) che «ha come obiettivo primario la promozione dei livelli di qualità umana, da realizzare attraverso la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni dell'ambiente e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali» (art. 2). In tale ottica, anche la tutela ambientale partecipa alla realizzazione, in quanto bene strumentale, alla tutela della qualità della vita, intesa quale bene finale[7].
Con l'inserimento della tutela ambientale tra i principi fondamentali della nostra Carta si è assistito ad un cambio di paradigma: l'ambiente, secondo la nuova visione ecocentrica, diventa un bene finale che necessita protezione "in sé"; nella sua dimensione globale e comune come sicurezza del pianeta, equilibrio della biosfera e sopravvivenza umana e delle altre specie.

2. Nel solco della nuova quotazione assunta dalle tematiche ambientali, anche il diritto penale è apparso uno strumento fondamentale e irrinunciabile per tentare di dare una protezione più efficace all'ambiente e di fornire un ulteriore arma per la lotta al cambiamento climatico[8]. È così che alcuni ordinamenti si stanno rimettendo in moto, rivendono le proprie legislazioni penali in materia.
Nell'ordinamento eurounitario, il 15.12.2021 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno licenziato una proposta di direttiva per la migliore protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, volta a sostituire la precedente direttiva in materia (2008/99/CE)[9], ritenuta carente ed inefficace a seguito della valutazione eseguita dalla Commissione dell'Unione europea[10].
La proposta, tra le numerose novità, prevede: a) l'ampliamento del catalogo dei reati ambientali previsto dalla dir. 2008/99/CE, con l'introduzione, ad esempio, delle fattispecie di commercio illegale di legname, di riciclaggio illegale di navi o di estrazione illegale di acqua; b) l'inasprimento delle sanzioni al fine di aumentarne l'effetto deterrente; c) la definizione di un livello minimo di pene, come per esempio la reclusione minima di 10 anni nel caso di morte o lesioni gravi; d) l'applicazione della disciplina del *Whistleblowing* (dir. 2019/1937/Ue) ai cittadini che segnalano i reati ambientali.
Più nel dettaglio, particolare attenzione viene accordata alla previsione di reati ambientali costruiti, dal punto di vista oggettivo, anche sul modello di illecito di pericolo e, dal lato soggettivo, su comportamenti posti in essere "intenzionalmente" o, in alcuni casi, per grave negligenza.
Quanto al profilo oggettivo, nell'ambito dell'Obiettivo 2 della proposta di direttiva, si è ritenuta necessaria, per reagire adeguatamente alle offese ambientali, la configurabilità sia di reati che richiedono la messa in pericolo sia di fattispecie integrate dalla causazione di un danno. Sebbene la vigente direttiva del 2008 si fondi su una combinazione di questi due modelli di illecito penale, la nuova proposta dovrà aggiungere nuove categorie di reati di messa in pericolo e specificare con maggiore precisione quale comportamento debba essere considerato penalmente rilevante. L'attenzione rivolta all'illecito di pericolo e ai comportamenti rischiosi consentirà di sanzionare

[7] Sulle categorie di beni giuridici "finali" ovvero "strumentali" si veda, ad esempio, A. Fiorella, *Reato in generale*, in *ED*, XXXVIII, 1988, 791-798. Cfr. inoltre nella manualistica, D. Pulitanò, *Diritto penale*[9], Torino 2021, 101 ss.
[8] In relazione al crescendo interessamento dell'Europa alla protezione ambientale, anche attraverso l'uso del diritto penale, cfr. G. Giudicelli-Delage, *Le droit pénal de l'environnement. L'exception européenne…*, in *RSC* 2005, 767 ss.
[9] Documento di Proposta di direttiva COM (2021) 851 final del 15.12.2021, consultabile in: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0851&from=EN*. Il 21.4.2022 si è chiusa la fase di invio di commenti per l'adozione da parte della Commissione europea.
[10] Documento di lavoro dei servizi della Commissione - Valutazione della dir. 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19.11.2008, sulla tutela penale dell'ambiente SWD (2020) 259 final del 28.10.2020, consultabile in: *https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/evaluation_-_swd2020259_-_part_1_0.pdf* (Prima parte) e *https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/evaluation_-_swd2020259_-_part_2.pdf* (Seconda parte). In particolare, sulle tappe del processo di riforma della dir. 2008/99/CE si veda L. Siracusa, *Prospettive di riforma della tutela penale dell'ambiente nel diritto europeo e sovranazionale*, in *LexAmb* 2021 (3), 10 ss. Sulle sfide che dovrà affrontare il legislatore europeo, soprattutto in relazione all'identificazione di ciò che costituisce un "reato ambientale" e ai confini tra illecito penale e amministrativo, vd. V. Mitsilegas-E. Fasoli-F. Giuffrida-M. Fitzmaurice, *The Legal Regulation of Environmental Crime. The International and European Dimension*, Leiden 2022, 164 ss.

efficacemente i casi in cui è difficile stabilire il danno effettivo o i casi in cui non si è verificato alcun danno. Pertanto, l'applicazione combinata di entrambe le opzioni può aumentare l'efficacia delle indagini e delle azioni penali in materia di criminalità ambientale.
Inoltre, tra le misure proposte è inserito l'obbligo di specificare cosa possa costituire un danno ambientale, predisponendo definizioni più precise di concetti poco chiari come i sintagmi di «danno rilevante» e «quantità trascurabile o non trascurabile»[11].
Sotto il profilo soggettivo, ai sensi del Considerando 7 della Proposta, l'azione illecita dovrebbe integrare un reato ambientale solo se compiuta intenzionalmente e, in alcuni casi, anche per grave negligenza, quando ad esempio provochi morte o lesioni gravi ovvero danni rilevanti o un rischio considerevole di danni rilevanti all'ambiente.
Infine, per quanto riguarda la causazione di decessi o lesioni gravi alle persone, se questi elementi non sono già costitutivi del reato, potrebbero essere considerati circostanze aggravanti. Analogamente il reato ambientale che causa danni rilevanti, irreversibili o duraturi a un intero ecosistema dovrebbe costituire una circostanza aggravante a causa della sua gravità, anche in casi comparabili all'ecocidio (Considerando 16).

3. In vista di una riforma organica del nostro sistema penale ambientale, anche in ragione della prossima emanazione della direttiva europea, nel proseguo del lavoro si procederà nel modo seguente.
In primo luogo, si vuole analizzare l'attuale modello di tutela fornito dall'ordinamento italiano a presidio del bene ambiente, nel quale, in versione preventiva, le contravvenzioni di pericolo astratto puniscono i comportamenti meno gravi in rapporto con la disciplina amministrativa sottostante; in versione repressiva, i delitti maggiormente lesivi per l'ambiente sono stati incentrati sul danno prodotto.
In secondo luogo, in chiave comparatistica, si desidera esaminare la diversa tutela penale ambientale nell'ordinamento francese, che ha optato per l'uso – ancora embrionale – del modello di illecito di *mise en danger*.
Infine, si intende accennare alla nuova fattispecie, dal significato bivalente, di "ecocidio": in un'accezione meno ampia, come forma aggravata di reati ambientali comuni qualora siano commessi "intenzionalmente"; in una versione più ampia, come crimine contro l'umanità di competenza della Corte Penale Internazionale dell'Aja.
Tale sintetica trattazione ha lo scopo di proporre, *de jure condendo*, un più efficiente modello di protezione penale del macro-interesse ambiente, connotato da un complesso di beni eterogenei ed evanescenti. Anche in relazione all'accresciuta attenzione e sensibilità registrata, sarebbe preferibile una tutela preventiva, in parte integrata anche dai pericoli che corrono gli esseri umani, modulabile su diversi stadi di offesa.
Nell'ambito della tutela ambientale, invero, il diritto penale si relaziona, da un lato, con le offese comuni e ordinarie che pongono in pericolo le singole matrici della biosfera (acqua, aria, suolo, sottosuolo); dall'altro lato, si interfaccia con i più gravi e straordinari danni e attentati all'equilibrio di interi ecosistemi, pericolosi in senso più ampio anche per la sicurezza del pianeta e la sopravvivenza dell'umanità.
In tale settore nevralgico, la priorità della tutela approntata dal diritto penale non può essere unicamente la mera accettazione della irreversibilità del danno causato, ma dovrebbe attestarsi ad un momento antecedente alla realizzazione della lesione all'ambiente, agendo su diversi stadi di rischio, fondati su diversi gradi di gravità offensiva in relazione alla probabilità di lesione all'ambiente.
Si tratta di costruire una tutela penale fondata su una scala di incriminazione progressiva, il cui primo gradino è costituito dalle contravvenzioni di pericolo astratto per le offese meno gravi alle singole

[11] L'art. 3, par. 3 e 4 della Proposta prevede una serie di indicatori sintomatici della rilevanza della lesione e del pericolo da tenere in considerazione. Nutre dei dubbi sulla natura di tali indici, se devono considerarsi indicatori meramente probatori della dannosità/pericolosità del fatto ovvero elementi costitutivi della fattispecie tipica, L. Siracusa, *Novità normative dall'Unione Europea in materia di tutela penale dell'ambiente*, in *www.giustiziainsieme.it*, 10.1.2023.

matrici ambientali, passando per i delitti fondati su un pericolo concreto di danno causato dolosamente, fino ad arrivare all'ecocidio per i gravi danni, totali o parziali, distruttivi di un intero ecosistema e della sopravvivenza di porzioni di umanità.
La scala di incriminazioni progressive al bene ambiente potrebbe essere strutturata nel modo seguente:
a) anticipazione della tutela allo stadio di pericolo astratto incentrata su fattispecie contravvenzionali, legate alla disciplina amministrativa sottostante (modello sanzionatorio puro), poste a tutela di una determinata componente ambientale (acqua, aria, suolo, sottosuolo) e di un certo assetto del territorio e del paesaggio;
b) anticipazione allo stadio di pericolo concreto incentrata su delitti dolosi, a struttura parzialmente sanzionatoria, che pongono concretamente in pericolo l'ambiente in un'accezione più ampia, comprendente i distinti ecosistemi e il loro equilibrio, la biodiversità, la flora e la fauna;
c) risposta penale mediante gravi delitti di pericolo concreto, allorquando le condotte criminose abbiano messo in pericolo, oltre all'ambiente, anche l'incolumità pubblica;
d) aggravamento di pena nel caso in cui le condotte criminose abbiano realizzato anche un danno: morte o lesioni personali ovvero lesione all'ambiente;
e) risposta penale alla catastrofe ambientale e umanitaria, su larga scala, mediante il "crimine contro l'umanità" dell'ecocidio, il cui l'impatto negativo assume al contempo i caratteri della "interspazialità"[12] e della "intertemporalità": interspaziale, perché si tratta di danni aventi ripercussioni transfrontaliere, che vanno al di là di uno specifico territorio delimitato; intertemporale, in quanto si tratta si impatti trans-generazionali, che avranno conseguenze negative anche per le generazioni future[13].

4. Nell'analizzare la prima questione relativa al nostro attuale modello di tutela penale ambientale, appare subito evidente come lo stesso abbia subito un'enorme trasformazione in tempi recenti. Come è noto, la l. 22.5.2015 n. 68 ha introdotto nel codice penale un nuovo Titolo VI-*bis* del Libro II dedicato ai "Delitti contro l'ambiente" ed ha al contempo ampliato il catalogo dei reati-presupposto integranti la responsabilità "da reato" degli enti di cui all'art. 25-*undecies* d.lgs. 8.6.2001 n. 231[14]. Finalità principale di siffatta novella normativa risiede nel dare risposta alle diverse istanze provenienti sia dalle istituzioni europee sia dall'ordinamento interno, ed in particolare dalla Corte costituzionale.
Dal versante eurounitario, il legislatore italiano ha risposto all'obbligo di conformarsi, anche se con

[12] In relazione alla nuova forma di *ius puniendi* che si proietta oltre le sovranità territoriali dei singoli Stati, cfr. A. Nieto Martín, *Global Criminal Law. Postnational Criminal Justice in the Twenty-First Century*, London 2022, *passim*.
[13] Cfr. H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino 2009, 177: «Potere e pericolo rendono evidente un dovere che mediante la solidarietà senza alternative nei confronti dell'ambiente si estende, prescindendo da ogni particolare consenso, dalla nostra specie alla totalità dell'essere». Secondo M. Delmas-Marty, *Una bussola dei possibili. Governance mondiale e umanesimo giuridico*, a cura di E. Fronza e C. Sotis, Bologna 2021, 38 ss. si tratta di generazioni che non incontreremo, nei cui confronti abbiamo un dovere di protezione che ci impegna senza reciprocità e ci impone di anticipare i rischi attraverso strumenti in primo luogo empirici, poi assiologici ed infine formali. Sulla tutela delle generazioni future si veda anche C. Roxin, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg 2010, 594 ss.
[14] In tema vd. P. Fimiani, *La tutela penale dell'ambiente. I reati e le sanzioni. Il sistema delle responsabilità. Le indagini, il processo e la difesa*, Milano 2022, 1085 ss.; A. Scarcella, *I reati ambientali*, in G. Lattanzi-P. Severino (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, I, Torino 2020, 561 ss. Osserva F. Consulich, *Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra diritto dell'Unione e pena nazionale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 27.7.2018, 22, che la responsabilità da reato ambientale dell'ente, pur nascendo come forma di *corresponsabilizzazione* dell'ente per il fatto illecito dell'organo, si trasforma in una responsabilità punitiva esclusiva per i fenomeni di inquinamento di lungo periodo di cui il soggetto persona fisica non può essere considerato realmente *autore*. In relazione all'impedimento pluripersonale nell'ambito del diritto ambientale cfr. A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa 2022, 217 ss. Sull'analisi criminologica della commissione dei reati ambientali da parte di imprese lecite o illecite cfr. V. Ruggiero-N. South, *Green Criminology and Dirty Collar Crime*, in *CritCrim* 2010, 1 ss.

notevole ritardo, alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2008/99/CE del 19.11.2008 che obbligava gli Stati membri a prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni penali in relazione a gravi violazioni delle disposizioni del diritto europeo in materia di tutela dell'ambiente[15]. Al Considerando 3, invero, si evidenziava l'insufficienza dei sistemi sanzionatori vigenti a garantire il pieno adempimento della normativa in materia di tutela dell'ambiente e si prospettava che tale osservanza potesse e dovesse essere rafforzata mediante la disponibilità di sanzioni penali, indice di una riprovazione sociale di natura qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarcitori di diritto civile.

Dal versante nazionale, la Corte costituzionale aveva auspicato l'introduzione di una fattispecie *ad hoc*, che potesse evitare la supplenza giudiziaria avvenuta nei più importanti processi in materia penale-ambientale (Porto Marghera, Eternit, Ilva, Porto Tolle ecc.). In questi ultimi, invero, si erano ricondotti, con gravi profili di problematicità in punto di determinatezza, i fatti maggiormente lesivi dell'ambiente al c.d. disastro innominato previsto dall'art. 434 Cp[16].

Ma la vera spinta propulsiva a tale riforma è stata data da una vicenda processuale che ha particolarmente scosso l'opinione pubblica. Infatti, la l. 68/2015 è intervenuta a pochi mesi di distanza dalla sentenza della Prima Sezione della Corte di cassazione sul caso Eternit, anche al fine di arginare i giustificati malumori prodotti dalla declaratoria di estinzione del reato di disastro doloso di cui all'art. 434 co. 2 Cp per intervenuta prescrizione[17].

Per i nuovi delitti ambientali codicistici, il legislatore ha optato per un modello di tutela "forte", incentrata su figure criminose di evento causalmente orientato e di danno al bene giuridico ambiente, la cui consumazione avviene con la vera e propria compromissione del bene[18]. Tale modello di tutela è possibile ritrovarlo, in particolare, nei nuovi delitti di inquinamento ambientale (art. 452-*bis* Cp), di disastro ambientale (art. 452-*quater* Cp) e di morte o lesioni come conseguenza di inquinamento ambientale (art. 452-*ter* Cp).

È stata, dunque, in parte abbandonata l'alternativa politico criminale consistente nella configurazione dei reati ambientali in illeciti di pericolo.

Prima della riforma del 2015, il diritto penale dell'ambiente, disciplinato organicamente dal TuAmb, era incentrato sul modello contravvenzionale e sull'anticipazione della punibilità alla soglia del pericolo astratto[19].

La scelta di non adottare, in tale ambito, un modello di tutela basato sulle categorie del pericolo concreto e del danno, bensì sulla categoria del reato di pericolo astratto, è stata sin dall'origine giustificata da una serie di ragioni di politica criminale.

La principale motivazione che si rinviene a favore della tecnica del pericolo astratto è legata al rango del bene da tutelare, ossia ad un bene c.d. superindividuale o di natura collettiva, come per l'appunto l'ambiente. Il carattere diffuso e collettivo del bene ambiente fa sì che la sua offesa, avendo la

---

[15] Un recepimento parziale si era già avuto con il d.lgs. 7.7.2011 n. 121, il quale si era limitato a dare attuazione solo alla parte riguardante specie animali e vegetali e siti protetti, introducendo nel codice penale due nuove norme incriminatrici: l'art. 727-*bis* (Uccisione, distruzione, cattura ecc. di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette) e l'art. 733-*bis* (Distruzione o deterioramento di habitat).

[16] Cfr. C. cost., 1.8.2008 n. 327, in *GCost* 2008, 3539 ss., con nota di F. Giunta, I *contorni del "disastro innominato" e l'ombra del "disastro ambientale" alla luce del principio di determinatezza*. Vasta la letteratura sulla supplenza giudiziaria in relazione all'applicazione del c.d. disastro innominato di cui all'art. 434 Cp nei casi di disastro ambientale. Si vedano, ad esempio, A. Natalini, *Reato di disastro "innominato": atti alla Consulta per indeterminatezza della fattispecie*, in *D&G*, 24.2.2007; L. Ramacci, *Il "disastro ambientale" nella giurisprudenza di legittimità*, in *A&S* 2012, 722 ss.; G. De Santis, *Diritto penale dell'ambiente: un'ipotesi sistematica*, Milano 2012, 166 ss.; R. Martini, *Il disastro ambientale tra diritto giurisprudenziale e principi di garanzia*, in *LP* 2008, 339 ss.; F. Castoldi, *Il "ritorno" del" disastro innominato" in materia ambientale*, in *RGiurAmb* 2008, 830 ss.; A. Gargani, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino 2005, 387 ss.

[17] Cass. 19.11.2014 n. 7941, in *CP* 2015, 2619 ss., con osservazioni di M. Poggi d'Angelo.

[18] Sui modelli causali relativi agli eventi dei delitti di inquinamento e disastro ambientale cfr. G. De Santis, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Roma 2017, 79 ss.

[19] V. sul tema M. Catenacci, *I reati in materia di ambiente*, in A. Fiorella (a cura di), *Questioni della parte speciale del diritto penale*, Torino 2019, 442 ss.

potenzialità di incidere su una pluralità indeterminata di posizioni individuali, si presti ad essere tipizzata più efficacemente in termini di pericolo, piuttosto che di danno[20]. Viceversa, se si ammettesse soltanto lo schema del reato di danno, la tutela penale di un bene giuridico "intangibile" verrebbe confinata ad ipotesi del tutto eccezionali, legate alla verificazione di una effettiva lesione e all'individuazione delle singole vittime del reato.

A rendere preferibile l'anticipazione della tutela, inoltre, vi sarebbero le insuperabili difficoltà legate alla prova del nesso di causalità tra la singola condotta e l'evento[21]. La lesione di un bene superindividuale come l'ambiente appare difficilmente realizzabile mediante un'unica condotta, bensì è piuttosto una pluralità di condotte che è capace di offendere il bene finale: la pericolosità di ogni singola condotta criminosa si aggiunge ad altre azioni analoghe, le quali, considerate nella loro serialità, acquistano «forza sinergica ulteriore»[22]. Dunque, l'offesa si presenta come il risultato di effetti connessi derivanti da diverse condotte, in relazione alle quali risulta difficile l'accertamento del nesso eziologico con l'evento finale[23].

Inoltre, il diritto penale ambientale, così come era congeniato prima dell'introduzione del Titolo VI-*bis* all'interno del codice penale, assumeva unicamente le vesti di un diritto penale "sanzionatorio puro" posto a presidio delle violazioni di disposizioni amministrative piuttosto che un diritto penale posto a tutela di beni giuridici[24].

In ambito ambientale, il diritto penale costruito in via accessoria (pura o parziale) rispetto al diritto amministrativo è un modello tuttora prevalente, ad esempio, nell'ordinamento inglese e, come si vedrà, anche in quello francese (ad eccezione del reato di terrorismo ambientale di cui all'art. 421-2 Cpén)[25]. In Germania, invece, nel 1980 si è optato per una criminalizzazione dei comportamenti

---

[20] Sul punto, si vedano F. Giunta, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, cit., 1118; F. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, cit., 474; G. Fiandaca, in G. Fiandaca – G. di Chiara, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli 2003, 146.

[21] Così G. Insolera, *Modello penalistico puro per la tutela dell'ambiente,* in *DPP* 1997, 738.

[22] Così G. De Santis, *Diritto penale dell'ambiente,* cit., 71; F. Giunta, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, cit., 1116; F. Giunta, *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, cit., 1154.

[23] Sul punto, tra gli altri, si veda S. Moccia, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., 368-369.

[24] In tema, da ultimo si veda A. Gargani, Jus in latenti. *Profili di incertezza nel diritto penale dell'ambiente*, in *Crim* 2019, 111 ss., il quale distingue tre tipologie di fattispecie incriminatrici ambientali, caratterizzate da un diverso grado di dipendenza dal diritto amministrativo: in primo luogo, la tutela di funzioni amministrative, incentrata su fattispecie contravvenzionali previste nel TuAmb; in secondo luogo, il paradigma penalistico puro, il quale ruota intorno alla tutela del bene ambientale a prescindere dal collegamento con provvedimenti amministrativi; e, infine, il modello parzialmente sanzionatorio, che si rispecchia nei c.d. eco-delitti, ovvero in forme di tutela diretta dei valori ambientali, subordinate alla previa valutazione di tollerabilità effettuata dalla P.A.

[25] Sui i modelli "sanzionatorio puro" e "parzialmente sanzionatorio" nel diritto penale ambientale, con interessanti spunti comparatistici, si veda A. Di Landro, *La responsabilità per l'attività autorizzata nei settori dell'ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela*, Torino 2018, 121 ss. In relazione all'ordinamento penal-ambientale in Francia, si vedano C. Ruga Riva, *La fattispecie di inquinamento ambientale: uno sguardo comparatistico*, in *LexAmb* 2018 (4), 15; F. Rousseau, *Tecnica ed etica nel diritto penale francese dell'ambiente*, in L. Cornacchia-N. Pisani (a cura di), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Bologna 2018, 723 ss.; M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Paris 2019, 1266 ss.; J. Lasserre Capdeville, *Le droit pénal de l'environnement: un droit encore à l'apparence redoutable et à l'efficacité douteuse*, in *Sauvegarde de l'environnement et droit pénal* (sous la direction de R. Nérac-Croisier), Paris 2005, 26 ss.; D. Guihal-T. Fossier-J.-H. Robert, *Droit répressif de l'environnement*, Paris 2021, *passim*; F. Bianco-A. Lucifora, *Environmental Criminal Law in France*, in A. Farmer-M. Faure-G.M. Vagliasindi, *Environmental Crime In Europe*, London 2017, 62; L. Siracusa, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano 2007, 102 ss.; in particolare, sulla tecnica del rinvio, A. Beziz-Ayache, *Environnement*, in *RépDrPenProc* 2018, § 34; quanto al Regno Unito, cfr. S. Bell-D. McGillivray-O. Pedersen-E. Lees-E. Stokes, *Environmental Law*, Oxford 2017, 269 ss.; E. Lees, *Interpreting Environmental Offences. The Need of Certainty*, London 2015, 34 ss.; E. Fischer-B. Lange-E. Scotford, *Environmental Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 2013, 311 ss.; infine, in relazione agli Stati Uniti, cfr. F. Mazzacuva, *La tutela penale dell'ambiente negli Stati Uniti d'America*, in L. Cornacchia-N. Pisani (a cura di), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Bologna 2018, 756 ss.; M. Clifford-T.D. Edwards, *Environmental Crime*, Burlington 2012, 149 ss.; 183 ss.; R.G. Burns-M.J. Lynch, *Environmental crime. A sourcebook*, El Paso 2004, 43 ss.

dannosi per l'ambiente separata rispetto al diritto penale amministrativo, ma solo dal punto di vista formale, con l'inserimento dei reati contro l'ambiente nel Codice penale. Si è parlato, a tal proposito, di una divergenza tra fattispecie penale e disciplina amministrativa[26], anche se la maggior parte dei reati ambientali continua ad avere una struttura puramente o parzialmente sanzionatoria, come ad esempio il § 324 StGB (inquinamento delle acque) e il § 326 par. 1 StGB (Gestione non autorizzata dei rifiuti) che richiedono, per la loro configurabilità, un'azione "non autorizzata"[27].
In tale ottica, la tutela assume una connotazione formale: si punisce l'inosservanza a precetti amministrativi, definiti per la risoluzione del conflitto di interessi, e non la realizzazione di fatti socialmente offensivi; si tutelano di conseguenza mere funzioni amministrative, ossia quelle attività di controllo e pianificazione delle pubbliche amministrazioni su determinati settori[28].
Espressione tipica della tutela di funzioni sono quelle figure di illeciti ambientali che incriminano l'esercizio di determinate attività senza autorizzazione amministrativa (per es. l'apertura di scarichi idrici o la gestione dei rifiuti in assenza dell'autorizzazione prescritta); il superamento di valori-soglia predeterminati dalla legge (per es. lo scarico di acque reflue industriali oltre i valori-limite tabellari) ovvero la mancata collaborazione con l'autorità amministrativa preposta ai controlli (per es. la mancata tenuta dei registri o il diniego di accesso ai luoghi)[29].
Il modello legale di tutela fin qui delineato ha come corollario l'assoluta prevalenza del modello contravvenzionale ed il fondamento di tale scelta è ravvisabile in diverse ragioni[30]. Storicamente, si è visto, che la disciplina penale ambientale è stata inserita nella legislazione complementare, seguendo un modello totalmente o parzialmente sanzionatorio, in conformità con una visione accessoria del diritto penale. Le fattispecie poste a tutela dell'ambiente nascono dunque come

[26] In argomento cfr. F. Saliger, *Umweltstrafrecht*, München 2020, § 9; Cfr. M. Kloepfer-H.P. Vierhaus, *Umweltstrafrecht*, München 2014, 3.

[27] Sulle tecniche di collegamento tra gli atti amministrativi e le fattispecie penali ambientali, cfr. R. Börner, *Umweltstrafrecht*, Berlin 2020, 169 ss.; K. Lienert, *Die Europäische Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*, Baden-Baden 2022, 26 ss. In generale, sulle origini del diritto ambientale in Germania vd. H. Sammüller-Gradl, *Die Zurechnungsproblematik als Effektivitätshindernis im Deutschen Umweltstrafrecht*, Berlin 2015, 19. In relazione ai reati ambientali commessi dai dirigenti d'impresa cfr. B. Weißer, *La responsabilità penale ambientale dei dirigenti d'impresa nel sistema tedesco*, in L. Cornacchia-N. Pisani (a cura di), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, cit., 739 ss.

[28] La letteratura riguardante la tutela di funzioni contrapposta alla tutela di beni giuridici è sorta in particolar modo nella materia ambientale ed è alquanto vasta. Si vedano, in particolare, T. Padovani-L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna 2006, 31 ss.; R. Bajno, *La tutela dell'ambiente nel diritto penale*, in *RTrimDPenEc* 1990, 341 ss.; S. Moccia, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *RIDPP* 1995, 343 ss.; M. Catenacci-G. Marconi (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino 2009, 289 ss.; T. Padovani, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzioni ed illecito amministrativo*, in *CP* 1987, 670 ss.; F. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *RIDPP* 1992, 453 ss.; A.L. Vergine, *Ambiente nel diritto penale (tutela dell')*, in *DigDPen* IX, Appendice 1995, 755 ss.; P. Patrono, *Il diritto penale dell'ambiente. Rilievi critici e linee di politica criminale*, in *RTrimDPenEc* 1996, 1147 ss. Per M. Catenacci, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 51 ss., l'idea che il diritto penale dell'ambiente tuteli non beni ma funzioni deve essere ridimensionata perché, in primo luogo, molte fattispecie incriminatrici di parte complementare sono predisposte a tutela arretrata degli ecosistemi naturali e, in secondo luogo, perché l'inosservanza di precetti amministrativi non sembra riconducibile alla necessità di garantire il corretto svolgimento dei compiti svolti dalle pubbliche amministrazioni. Nella letteratura tedesca, fondamentale sul tema, l'opera di W. Hassemer, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale. Aspetti giuridici*, in *DDelPen* 1984, 110 ss.

[29] Oltre alle ipotesi prese in esame in cui l'atto amministrativo concorre a specificare la condotta materiale del reato ovvero costituisce il presupposto negativo, all'interno delle singole fattispecie criminose, il provvedimento amministrativo può svolgere diversi ruoli. Un'analisi approfondita delle forme di rilevanza degli atti amministrativi nel sistema penale si rinviene in M. Gambardella, *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, in *EG* XIII, Aggiornamento 2005, 12 ss. Sulla rilevanza del mutamento della disposizione di fonte secondaria che integra la norma incriminatrice ai fini della successione delle leggi penali nel tempo *ex* art. 2 Cp vd. M. Gambardella, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Milano 2008, 264 ss.

[30] In argomento si vedano, C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 21 ss.; G. De Santis, *Diritto penale dell'ambiente,* cit., 69; C. Bernasconi, *Il reato ambientale, Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa 2008, 33 ss.; R. Zanotti, *Il ruolo della sanzione penale nella tutela dell'ambiente,* in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. dell'Anno e E. Picozza, Padova 2012, 387 ss.

violazioni di precetti amministrativi e non come aggressioni dirette ad un bene preesistente: non si incrimina chi inquina un fiume, ma chi scarica senza autorizzazione o chi immette sostanze inquinanti oltre certi valori-soglia. La figura contravvenzionale, in questi casi, appare più consona a sanzionare gli illeciti a contenuto preventivo-cautelare, nonché si accorda maggiormente alla natura di pericolo astratto. Essa risulta, altresì, più agile per l'accertamento dell'elemento soggettivo in ragione dell'art. 42 co. 4 Cp.
Il paradigma contravvenzionale, tuttavia, ha presentato alcune problematiche che in passato hanno reso inefficace la tutela penale dell'ambiente: innanzitutto, perché le contravvenzioni sono spesso punite con la sola pena dell'ammenda o con la pena alternativa dell'arresto, dunque pene particolarmente tenui ed oblabili, che favoriscono una monetizzazione del comportamento penalmente illecito; in secondo luogo, la lentezza dei processi e la complessità delle indagini hanno spesso comportato la conclusione dei processi con declaratorie di estinzione del reato ambientale per l'intervento della prescrizione che, come per tutte le contravvenzioni, è molto breve.
Il punto debole della configurazione dei reati ambientali come contravvenzioni e l'accresciuta sensibilizzazione nei confronti della tematica ambientale hanno dunque reso necessario introdurre una tutela penalistica "forte" volta a colpire più efficacemente e più severamente le condotte gravemente lesive dell'ambiente. Alla luce di ciò, il legislatore ha optato per la predisposizione di fattispecie delittuose imperniate sulla verificazione di un danno agli ecosistemi o alle matrici ambientali. Ma tale scelta pone alcuni dubbi: la protezione *ex post* può davvero qualificarsi come una tutela "forte", capace di proteggere adeguatamente il bene giuridico dell'ambiente e capace di "reggere" nel procedimento probatorio all'interno del giudizio penale?

4.1. Come anticipato, con la l. 68/2015 sono state introdotte, tra le altre disposizioni, le norme incriminatrici poste a tutela delle più gravi compromissioni all'ecosistema e alla biodiversità: inquinamento e disastro ambientale. Tali nuovi delitti ambientali segnano il superamento della visione di un diritto penale dell'ambiente posizionato in funzione ancillare rispetto al diritto amministrativo e segnano altresì il passaggio da una concezione antropocentrica, che vede nell'ambiente un mezzo strumentale alla tutela della salute dell'uomo, a quella ecocentrica, la quale considera l'ambiente un bene meritevole di tutela in sé[31].
L'inquinamento ambientale di cui all'art. 452-*bis* Cp punisce chi abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili di una matrice ambientale (acqua, aria, suolo e sottosuolo) ovvero di un ecosistema, della biodiversità, della flora o della fauna[32].
Si è abbandonato il modello contravvenzionale imperniato sul pericolo astratto per il bene ambiente per abbracciare un paradigma di tutela nuovo per il diritto penale ambientale fondato su un evento naturalistico di danno. Danno che, nel caso del "deterioramento", consiste in una riduzione della cosa che ne costituisce oggetto in uno stato tale da diminuirne in modo apprezzabile il valore o da impedirne anche parzialmente l'uso, ovvero da rendere necessaria, per il ripristino, una attività non agevole; nel caso della "compromissione", consiste invece in uno squilibrio funzionale che attiene alla relazione del bene aggredito con l'uomo e ai bisogni o interessi che il bene medesimo deve soddisfare[33].
Il danno prodotto deve possedere inoltre delle caratteristiche: occorre che sia, al contempo,

[31] Cfr. G. De Santis, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, cit., 47; 144. Anche in giurisprudenza si è affermato che il delitto di inquinamento ambientale di cui all'art. 452-*bis* Cp è un reato di danno che non tutela la salute pubblica, ma l'ambiente in quanto tale. Cfr. Cass. 19.9.2018 n. 50018, in *CP* 2019, 2897 ss., con nota di D. Zingales, *La fattispecie di inquinamento ambientale: la tutela dell'ambiente in chiave "ecocentrica" approntata dal codice penale.*
[32] Sul tema si veda C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 254 ss.
[33] Cass. 31.1.2017 n. 15865, in *RP* 2017, 765 ss., con nota di E. Fassi, *Brevi note sul delitto di inquinamento ambientale di cui all'art. 452 bis c.p. La Corte di Cassazione conferma l'estensione della interpretazione degli elementi costitutivi del reato già operata nel precedente arresto*. In applicazione del principio, la Suprema corte ha ritenuto l'evento di danno perfezionato nella ridotta utilizzazione di un corso d'acqua in conformità alla sua destinazione, quale diretta conseguenza della condotta di inquinamento. In dottrina, sui concetti di compromissione e deterioramento vd. P. Fimiani, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 129 ss.

significativo, ossia serio, tale da raggiungere una certa soglia offensiva da valutarsi in termini di durata, e non momentaneo e rimediabile, ossia superabile senza provvedimenti eccezionali o con mezzi non particolarmente onerosi; requisiti questi ultimi che caratterizzano il diverso e più grave delitto di disastro ambientale[34].

L'avverbio "abusivamente", che qualifica la modalità della condotta anche nella fattispecie di disastro ambientale, è stato sin da subito ritenuto uno dei nodi interpretativi più problematici[35]. È ormai pacifico che esso configura una clausola di illiceità speciale equivalente a "illecitamente", *contra ius*. La condotta criminosa integrante la fattispecie di cui all'art. 452-*bis* Cp è posta in essere, innanzitutto, in violazione di leggi e prescrizioni ambientali, ma la giurisprudenza ha seguito un'interpretazione più ampia, tale da ricomprendere anche la condotta eseguita in violazione di leggi statali o regionali – ancorché non strettamente pertinenti al settore ambientale – ovvero di prescrizioni amministrative[36]. Il requisito dell'abusività costituisce il limite del "rischio consentito", in linea con le richieste della dir. 2008/99/CE; limite tracciato dal legislatore quale punto di equilibrio tra l'attività industriale consentita e l'inquinamento ambientale reputato socialmente tollerabile.

Critiche rigorose sono state mosse dalla dottrina in relazione alla vaghezza dei termini utilizzati ("ecosistema", "compromissione e deterioramento significativi e misurabili", "abusivamente"), che contrassegnano la fattispecie come indeterminata e carente sotto il profilo della precisione, portando il giudice ad un'ampia discrezionalità di valutazione[37]. Si sono altresì sottolineati i relativi problemi di verificabilità empirica e le difficoltà di accertamento del nesso di causalità, per non tacere delle notevoli incertezze relative alla determinazione del *tempus commissi delicti*[38].

Siffatte critiche non sono state invece accolte dalla Corte di legittimità che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 452-*bis* Cp per contrasto con gli artt. 25 e 117 Cost., in relazione all'art. 7 Cedu, sotto il profilo dell'indeterminatezza dei parametri della significatività e della misurabilità, denunciati come vaghi e generici[39]. La Cassazione ha evidenziato che le espressioni utilizzate per descrivere il fatto sono sufficientemente univoche, sia per quanto riguarda gli eventi che rimandano ad un fatto di danneggiamento e per i quali la specificazione che devono essere "significativi" e "misurabili" esclude che vi rientrino quelli che non incidono apprezzabilmente sul bene protetto, sia per quanto attiene all'oggetto della condotta precisamente descritto ai nn. 1) e 2) della norma incriminatrice[40].

Tuttavia, sembra potersi affermare che la compromissione o il deterioramento realizzabili dalla condotta inquinante sono qualificati da aggettivi tutt'altro che specifici e predeterminati: la significatività e la misurabilità sono concetti eccessivamente evanescenti se non viene inserito un parametro di riferimento che determini, ad esempio, la durata della lesione, come è stato fatto nell'ordinamento francese, in cui è richiesto che gli effetti nocivi alla flora e alla fauna durino almeno

---

[34] C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 262-263.

[35] G. Amendola, *Delitti contro l'ambiente: arriva il disastro ambientale "abusivo"*, in *www.lexambiente.it*, 17.3.2015; M. Santoloci, *In Italia ci si ammala e si muore di "parametri". Disastri ambientali a norma di legge (da evitare con la nuova legge sui delitti ambientali)*, in *www.dirittoambiente.net*; C. Ruga Riva, *Ancora sul concetto di abusivamente: replica ad Amendola*, in *www.lexambiente.it*, 6.7.2015; M. Riccardi, *L'inquinamento ambientale: quando il deficit di precisione "compromette" il fatto tipico*, in *DPenCont* 2017, 106 ss.; C. Melzi d'Eril, *L'inquinamento ambientale a tre anni dall'entrata in vigore*, in *DPenCont* 2018, 38 ss.

[36] Cfr. Cass. 27.4.2018 n. 28732, in *CEDCass*, n. 273565-01. In senso conforme, v. Cass. 31.1.2017 n. 15865, *ivi*, n. 269491-01; Cass. 21.9.2016 n. 46170, *ivi*, n. 268060-01.

[37] C. Melzi d'Eril, *L'inquinamento ambientale*, in C. Ruga Riva (a cura di), *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, Torino 2017, 31 ss.; M. Riccardi, *L'inquinamento ambientale: quando il deficit di precisione "compromette" il fatto tipico*, in *DPenCont* 2017, 101 ss.

[38] Cfr. G. Rotolo, *"Riconoscibilità" del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, Torino 2018, 200 ss.; P. Patrono, *La tutela penale dell'ambiente: dal diritto penale del rischio al rischio di diritto penale*, in *RTrimDPenEc* 2017, 597 ss.

[39] Cfr. Cass. 30.1.2020 n. 9736, in *CEDCass*, n. 278405 – 01.

[40] Per una completa ricostruzione delle pronunce della giurisprudenza di legittimità degli ultimi sette anni in materia di inquinamento ambientale si veda A. H. Bell, *L'inquinamento ambientale al vaglio della cassazione. Quel che è stato detto e quel (tanto) che resta da dire sui confini applicativi dell'art. 452-bis. cod. pen.*, in *LexAmb* 2022 (1), 16 ss.

sette anni (come sarà affrontato più avanti, si veda il nuovo art. L. 173-3-1 *Code de l'environnement*). Inoltre, suscita particolari perplessità interpretative il requisito dell'eliminazione della situazione dannosa prodotta all'ecosistema – da considerarsi superabile nel reato di inquinamento ambientale e, al contrario, particolarmente onerosa nel disastro ambientale –, non essendo chiaro, in particolare, se esso abbia natura soggettiva, parametrata cioè alle potenzialità economiche del soggetto interessato, od oggettiva, riferita quindi all'intervento in sé.

4.2. Maggiori aspettative della riforma del 2015 risiedevano nell'introduzione della autonoma fattispecie di disastro ambientale, la quale avrebbe dovuto punire seriamente le gravi compromissioni all'ecosistema. Si sarebbe in tal modo superata l'interpretazione da anni portata avanti dalla giurisprudenza che faceva rientrare tali fatti nel c.d. disastro innominato ("altro disastro") *ex* art. 434 co. 2 Cp, il quale punisce la realizzazione del disastro, a differenza del co. 1 in cui l'evento offensivo è punito unicamente in via anticipata, ossia al verificarsi del pericolo per la pubblica incolumità[41].
Il nuovo art. 452-*quater* Cp incrimina, fuori dei casi previsti dall'art. 434 Cp, chiunque abusivamente cagiona un disastro ambientale, come alternativamente definito ai punti successivi, e segnatamente come l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema (n. 1), ovvero l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali (n. 2), oppure come l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo (n. 3)[42].
La definizione di disastro ambientale, dunque, si impernia su tre distinti eventi naturalistici: i primi due offendono l'ambiente in quanto tale (alterazione dell'ecosistema irreversibile o difficilmente reversibile)[43]; il terzo deve offendere anche l'incolumità pubblica, oltre naturalmente all'ambiente o ad una componente ambientale, così come ha avuto modo di affermare la Suprema corte[44].
Oltre ai citati problemi circa la prova del nesso causale tra una serialità di condotte che producono cumulativamente l'evento lesivo[45], l'introduzione di un modello delittuoso incentrato su di un evento di reale ed irreversibile (o difficilmente reversibile) compromissione delle componenti dell'ecosistema sembra affetto da problemi di "gigantismo". Invero, la descrizione di un tale macro-evento, sul piano politico criminale, rischia concretamente di relegare il diritto penale dell'ambiente ad un ruolo per lo più simbolico, privo di un'effettiva capacità di prevenzione,[46] e, sul piano fenomenico-naturalistico, l'avvenuto danneggiamento comporta costi ambientali e sociali

[41] Sul punto, per tutti, si veda A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica, Tomo I – Reati di comune pericolo mediante violenza*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro, Milano 2008, 468 ss.
[42] Sulle origini del nuovo disastro ambientale, v. C. Ruga Riva, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino 2015, 34 ss.; G. P. Accinni, *Disastro ambientale. (Dall'*horror vacui *all'*horror pleni), Milano 2018, 122; A. Bell-A. Valsecchi, *Il nuovo delitto di disastro: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in *DPenCont* 2015, 76; N. Pisani, *Il nuovo disastro ambientale*, in L. Cornacchia-N. Pisani (diretto da), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Bologna 2018, 112 ss.; R. Nitti, sub *art. 452*-quater *Cp*, in G. Lattanzi-E. Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, IV, II, Milano 2022, 818 ss.
[43] In una prima sentenza di merito sul disastro ambientale, i giudici hanno ritenuto irreversibile il danno alla fertilità dei suoli ripristinabile in ipotesi in 50-70 anni e quello di altri servizi ecosistemici calcolato in circa 80 anni (T. Pisa 17.9.2021 n. 1356, G.F, con nota di C. Ruga Riva, *La prima sentenza di merito sul disastro ambientale. Un inaspettato caso di incendio disastroso per l'ambiente*, in *LexAmb* 2022 (4), 2 ss.).
[44] Cfr. Cass. 18.6.2018 n. 29981, in *CP* 2019, 630, con nota di M. Poggi d'Angelo, *Il doppio evento (danno/pericolo) nel nuovo delitto di disastro ambientale-sanitario.*
[45] In generale, sulla serialità delle condotte criminose con effetti cumulativi, cfr. J. Silva Sánchez, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano 2004, 94 ss.; D. Pulitanò, voce *Offensività del reato (principio di)*, in *ED*, Annali VIII 2015, 675. In particolare, si veda P. Troncone, *La responsabilità penale per il contributo causale di tipo addizionale e per accumulo. Il caso paradigmatico del disastro ambientale*, in *RQDirAmb* 2022 (2), 298 ss., in relazione alla problematica dell'accertamento del nesso causale nelle vicende che mostrano una stratificazione progressiva di condotte, le quali, in tempi cronologicamente diversi, contribuiscono alla realizzazione dell'evento di irrimediabile compromissione delle matrici ambientali, come nel caso del nuovo art. 452-*quater* Cp.
[46] T. Padovani, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *GD* 2015 (32), 12; più recentemente, G. Rotolo, *"Riconoscibilità" del precetto penale,* cit., 198 ss.

difficilmente tollerabili[47].
Tali critiche non sembrano, invece, emergere dalle riflessioni svolte nella Relazione finale sulla verifica dell'attuazione della l. 68/2015 in materia di delitti contro l'ambiente, approvata in data 15.9.2022[48]. Ad opinione della Commissione, la legge sconterebbe di deficit normativi e organizzativi, ma prevede un impianto normativo adeguato ed efficace in una prospettiva di prevenzione generale dei reati ambientali. Pertanto, è emersa la visione della necessità di mantenere inalterato l'impianto della legge, limitando eventuali interventi a corollari regolativi su singoli e determinati aspetti. Inoltre, il nuovo sistema estintivo delle contravvenzioni ambientali mediante l'adempimento di prescrizioni[49], introdotto dalla l. 68/2015 all'interno del d.lgs. 156/2006 come titolo VI-*bis*, rilevandosi un importante elemento deflattivo del procedimento penale, soprattutto dopo le modifiche che risolvono la questione circa la destinazione delle somme versate dal contravventore,[50] consentirebbe in futuro una migliore e più efficace attenzione ai reati effettivamente più gravi.
Ciononostante, nel biennio 2018-2019 – escludendo la rilevanza negativa dell'emergenza epidemiologica sull'attività dei tribunali nel 2020 – la media annua di sentenze per i reati ambientali *ex* d.lgs. 152/2006 e l. 68/2015 può considerarsi complessivamente bassa: pari a 511, di cui 26 sentenze per imputazioni di inquinamento ambientale, con il 48% di condanne[51].
L'apparato normativo congeniato dal legislatore del 2015 si è tradotto non solo in fattispecie affette da vaghezza e sommarietà che rendono il fatto tipico indefinito, ma anche predisposizioni affette da "gigantismo" in cui macro-eventi talmente evanescenti ed imprecisi producono insuperabili difficoltà di accertamento del nesso di causalità[52].
5. Per le ragioni suesposte, sembrerebbe preferibile, da un lato, lasciare inalterato il sistema di contravvenzioni di pericolo astratto di cui al TuAmb, collegato alla sottesa disciplina amministrativa, in grado di regolamentare processi pericolosi per le matrici ambientali, bilanciandoli al contempo con altri interessi socialmente rilevanti; dall'altro, al fine di superare le difficoltà evidenziate, abbandonare il sistema di tutela caratterizzato da fattispecie penali di danno in favore di un modello di incriminazioni di pericolo concreto, maggiormente compatibile con le finalità preventive proprie di un diritto che ha ad oggetto un bene da salvaguardare con vigore e in modo imperituro.
Quest'ultima, in forma ancora embrionale, sembra la strada intrapresa dal vicino ordinamento francese, in cui si è introdotto un nuovo reato di pericolo per gli attentati gravi all'ambiente, anche se tale scelta non è stata presa con il coraggio e la chiarezza richieste per un evidente cambio di rotta, stante l'ambito ristretto dell'applicazione della nuova fattispecie e la sanzione penale molto esigua.
Nello specifico, in Francia è entrata recentemente in vigore la legge c.d. *Climat et résilience* sulla lotta contro il cambiamento climatico e il rinforzo della resilienza ai suoi effetti (Loi n° 2021-1104, del 22.8.2021, entrata in vigore il 24.8.2021).

---

[47] C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 19.
[48] Relazione finale della Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati, sulla verifica dell'attuazione della l. 68/2015 in materia di delitti contro l'ambiente. Cfr. *Documento n. 32* della XVIII Legislatura, in *www.senato.it.*
[49] Sul tema, cfr., M. Poggi d'Angelo, *La procedura estintiva ambientale: l'idea dell'inoffensività/non punibilità in ottica riparatoria e deflattiva*, in *LexAmb* 2022 (1), 37 ss.; P. Fimiani, *La tutela penale dell'ambiente,* cit., 1137 ss.; G. Amendola, *Diritto penale ambientale*, Pisa 2022, 218 ss.; V.B. Muscatiello, *L'entropia ambientale. Dal boia (improbabile) all'esattore (incerto)*, in *DPenCont* 21.10.2016; E. Napoletano, *Manuale di diritto penale ambientale*, Bologna 2021, 252 ss.; M. Telesca, *La tutela penale dell'ambiente. I profili problematici della Legge n. 68/2015*, Torino 2021, 199 ss.; M. Catenacci, *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà*, in *DPP* 2015, 1073 ss.
[50] Modifiche apportate con d.l. 30.4.2022 n. 36, convertito in l. 29.6.2022 n. 79 (c.d. Decreto PNRR 2). Si veda sul punto, in dottrina, G. Amarelli, *La procedura estintiva delle contravvenzioni ambientali: il controverso ambito di operatività, gli auspicati correttivi e le attese deluse dalla riforma Cartabia*, in *LexAmb* 2022 (4), 8 ss.
[51] Si veda, in proposito, il "*Monitoraggio* ex *Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152, Legge 6 febbraio 2014, n. 6, e Legge 22 maggio 2015, n. 68*" redatto dal Ministero della Giustizia e consultabile in: *www.giustizia.it*. Si vedano altresì i dati raccolti ed elaborati da Legambiente nel Rapporto: *Ecomafia 2021. Le storie e i numeri della criminalità ambientale in Italia*, Milano 2021, 36 ss.
[52] Sul punto, si vedano le osservazioni di A. Gargani, Jus in latenti. *Profili di incertezza nel diritto penale dell'ambiente*, in *Crim* 2019, 128.

Essa traduce una parte delle proposte formulate dalla "Convenzione cittadina per il clima" (CCC), al fine di ridurre le emissioni di gas a effetto serra di almeno il 40% entro il 2030 nel rispetto dell'obiettivo fissato dall'Unione europea.
Si introducono all'interno del *Code de l'environnement* alcune disposizioni penali, al fine di rafforzare l'apparato repressivo del diritto ambientale, punendo più efficacemente gli attentati al bene ambiente[53]. Tra le novità apportate dalla recente legge, come anticipato, è stato predisposto un nuovo delitto di *mise en danger* avente ad oggetto l'ambiente ed inserito all'articolo L. 173-3-1 del codice.
La nuova fattispecie punisce, con una sanzione pecuniaria di 250.000 euro e 3 anni di reclusione, chiunque, commettendo uno dei fatti previsti ai reati comuni di cui agli artt. L. 173-1 e L. 173-2 (relativi allo svolgimento di determinate attività a rischio per l'ambiente senza autorizzazione o in violazione di essa), espone la fauna, la flora o la qualità dell'acqua ad un rischio immediato di attentato grave e duraturo. Ai sensi della disposizione in esame, sono considerati duraturi gli attentati suscettibili di durare almeno sette anni. Sono punite anche le persone giuridiche.
Tale reato, dunque, punisce i soggetti responsabili delle condotte, già integranti i citati reati comuni, pericolose per l'ambiente, anche se il danno non si è verificato.
Nell'ambito del diritto penale ambientale già da tempo si era affermata la necessità del ricorso al modello normativo della *mise en danger*, il quale sembra particolarmente indicato per superare le difficoltà di applicazione pratica dei reati ambientali[54]. Il *Rapport Lepage* sulla *governance* ecologica consegnato al Ministro dell'Ecologia nel 2008 aveva già proposto la creazione di un delitto autonomo di *mise en danger d'autrui* nei casi di attentati all'ambiente con conseguenze sulla salute umana, da inserire all'interno del Codice penale[55]. Tuttavia, tale proposta rimase priva di seguito.
Si era proposto, altresì, di trasformare gli *écocrimes*, tanto quelli posti a tutela dell'ambiente quanto quelli che proteggono la persona in rapporto con l'ambiente, in reati di *mise en danger*. In questa ottica, il fatto di creare un pericolo per l'ambiente o di esporre altri ad un rischio di morte o lesioni gravi sarebbe sufficiente alla realizzazione dell'illecito, indipendentemente dalla realizzazione di un danno causato all'ambiente o alla salute umana. Il danno, se realizzato, avrebbe dovuto costituire semmai una circostanza aggravante dei reati contro l'ambiente o contro la persona. Al fine di fissare la soglia di pericolo a partire dalla quale gli illeciti di *mise en danger* sarebbero stati configurati, si è ritenuto opportuno esigere un grado sufficiente di gravità del danno temuto: per l'ambiente «un rischio di degradazione sostanziale degli ecosistemi»; per gli individui, «un rischio di causare la morte o gravi lesioni»[56]. Anche in relazione a tali proposte, non vi è stata tuttavia alcuna risposta.
Ad ogni modo, pur in presenza di siffatta lacuna, la giurisprudenza di legittimità francese aveva già iniziato a far ricorso alla fattispecie codicistica generale di *risques causés à autrui* per i più gravi fenomeni di contaminazione ambientale[57].
Al fine di comprendere meglio la novità legislativa prima tratteggiata, appare dunque utile

[53] In argomento, cfr. G. Beaussonie-M. Segonds, *Sauver l'environnement par le droit pénal?*, in *RSC* 2021, 873 ss.
[54] Cfr. V. Jaworski, *De nouvelles infractions de mise en danger de l'environnement pour un changement de paradigme juridique*, in *RJE* 2021 (46), 475 ss.; L. D'Ambrosio, *Vers un droit pénal commun de l'environnement: critères et technique d'incrimination*, in L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015, 98 ss.; L. Neyret-N. Reboul-Maupin (dir.), *Déclaration pour la protection juridique de l'environnement*, Paris 2009, 88; E. Monteiro, *Atteintes à l'environnement et infractions de mise en danger : vers une incrimination commune en Europe?*, in *RSC* 2005, 509.
[55] Il rapporto finale è consultabile su: *https://www.vie-publique.fr/rapport/29984-rapport-de-la-mission-confiee-corinne-lepage-sur-la-gouvernance-ecolog*.
[56] Art. 3, § 2 e art. 4, § 2 del Progetto di Convenzione sugli *Écocrimes*, consultabile su L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015, 270 ss.
[57] Cfr. M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Paris 2019,1270 ; D. Guihal-T. Fossier-J.-H. Robert, *Droit répressif de l'environnement*, cit., 132-133; 222-223. Secondo la giurisprudenza di legittimità, ad esempio, la fattispecie di *mise en danger* è applicabile: in caso di inquinamento industriale da cadmio e arsenio, posto che il rilascio costante di tali sostanze può comportare un rischio immediato (Crim. 30.10.2007 n° 06-89365, in *BullCrim* n° 26, in *https://www.courdecassation.fr*); in caso di un inceneritore di rifiuti che emetteva monossido di carbonio al di sopra della soglia regolamentare (Crim. 6.12.2016 n° 16-84350); in caso di una discarica clandestina di residui di amianto (Crim 17.12.2019 n° 18-86800).

ripercorrere a grandi linee la nascita del concetto di *mise en danger* e la sua applicazione nel diritto penale francese.

5.1. La nozione di *mise en danger* è una nozione antica del sistema penale francese[58], ma è stata riconosciuta nel diritto positivo soltanto nel 1992 (l. 22.7.1992 n. 92-683 e 92-684, entrate in vigore il 1.3.1994) con la promulgazione del nuovo codice penale, nel quale ha assunto due declinazioni diverse: un concetto di parte generale e un insieme di fattispecie di parte speciale del codice[59].
Nella prima declinazione, la *mise en danger* costituisce una nozione di diritto penale generale consistente in un criterio autonomo di imputazione soggettiva del reato. Si fonda sulla creazione di un rischio e corrisponde ad una terza forma di elemento psicologico rispetto al dolo e alla colpa, ritenuta dai redattori del nuovo codice una forma di dolo eventuale[60]. Essa figura all'articolo 121-3 – il quale tratteggia la suddivisione dei crimini e dei delitti tra intenzionali e non intenzionali – come *mise en danger délibérée de la personne d'autrui* e, nella sua versione attuale, stabilisce che: «[…], quando la legge lo prevede, vi è delitto nei casi di deliberata messa in pericolo della persona».
Il diritto penale di parte generale, dunque, considera la *mise en danger*, da intendersi come un comportamento suscettibile di provocare con alta probabilità un danno, un'ipotesi di *faute non intentionnelle* aggravata, propria di alcuni delitti, con la particolarità di differenziarsi dalla colpa ma senza raggiungere la vera e propria "intenzione"[61]. Appare chiaro, dunque, che il concetto giuridico *de mise en danger* non è stata utilizzato dal legislatore del 1992 in relazione alla struttura materiale del reato[62], ma unicamente in relazione all'elemento soggettivo: *l'élément moral*[63].
Nella sua seconda declinazione, l'istituto della *mise en danger* trova spazio nella parte speciale del codice penale francese, e segnatamente nel capitolo intitolato *mise en danger de la personne*, il quale raggruppa figure molte diverse tra loro (artt. dal 223-1 al 223-20): non solo circostanza aggravante dell'omicidio colposo o delle lesioni colpose (comuni e stradali) o anche del danneggiamento involontario in conseguenza di incendio o esplosione, ma soprattutto titolo autonomo di reato[64]. Nella parte speciale del codice, dunque, si ritrovano diverse incriminazioni rientranti nella categoria *de mise en danger*, considerate veri e propri "illeciti di prevenzione", dal momento che il legislatore punisce talune condotte prima che si realizzi un danno per l'integrità fisica o psichica altrui[65].
Non esiste una perfetta corrispondenza tra la *mise en danger délibérée de la personne d'autrui*, prevista dall'art. 121-3, e il capitolo della parte speciale del codice intitolato *mise en danger de la personne*, dal momento che quest'ultimo prevede un concetto di *mise en danger* molto più ampio

[58] Cfr. A. Chavanne, *Les infractions de mise en danger*, in *RIntDrPen* 1969, 125.
[59] Sull'introduzione della *mise en danger* cfr. G. Beaussonie, *Le rôle de la doctrine en droit pénal*, Paris 2006, 105. Tale nozione è stata modificata in seguito dalla l. 13.5.1996 n. 96-393. Cfr. F. Le Gunehec, *Premier aperçu de la loi n. 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence*, in *JCP* 1996, 1223; M.L. Rassat, *Du Code pénal en général et de l'article 121-3 en particulier (après la loi n. 96-393 du 13 mai 1996)*, in *DrPén* 1996, chronique, n. 28. Si veda, sulla differente declinazione del concetto di *mise en danger*, M. Venturoli, voce *Mise en danger délibérée de la personne d'autrui*, in *ED, Tematici* II 2021, 779 ss.
[60] V. B. Bouloc, *Droit pénal général*, Paris 2021, 274; A. Decocq, *Droit pénal général*, Malakoff 1971; R. Merle-A. Vitu, *Traité de droit criminel*[7] I, Paris 1997, n° 604. Si veda anche la "*Circulaire*" del 14.5.1993 di commento al nuovo codice penale e alle disposizioni di cui alla l. 16.12.1992 sull'entrata in vigore del codice, in *DirJourOff* 1993, 128. In tema cfr. J. Cedras, *Le dol éventuel : aux limites de l'intention*, in *RecDall* 1995, 18. *Contra*, v. M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, Paris 2017, 349.
[61] Cfr. voce *Mise en danger*, in *RépDrPénProcPén* 2007, § 3.
[62] Nella dottrina italiana, sul concetto di *mise en danger* nel nuovo codice penale francese si veda F. Curi, Tertium datur. *Dal* common law *al* civil law *per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano 2003, 111 ss.
[63] J.-Y. Maréchal, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, Paris 2003, 411 ss.; 488 ss.
[64] Si veda l'approfondimento di M. Venturoli, voce *Mise en danger délibérée de la personne d'autrui*, cit., 790 ss.
[65] Si tratta di sette ipotesi: « *les risques causés à autrui* » (artt. 223-1, 223-2); « *le délaissement d'une personne hors d'état de se protéger* » (artt. 223-3, 223-4); « *l'entrave aux mesures d'assistance et l'omission de porter secours* » (artt. dal 223-5 al 223-7-1); « *l'expérimentation sur la personne humaine* » (artt. 223-8, 223-9); « *l'interruption illégale de la grossesse* » (art. 223-10); « *la provocation au suicide* » (artt. dal 223-13 al 223-15-1); « *l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse* » (artt. dal 223-15-2 al 223-15).

rispetto a quello di diritto penale generale. Solo il reato *de risques causés à autrui* è legato al concetto di parte generale della non-intenzionalità di cui all'art. 121-3; mentre le altre fattispecie, pur qualificate come *de mise en danger*, sono tutte di natura intenzionale. Si è evidenziato che si tratta di una questione di politica criminale, piuttosto che di continuità logica rispetto alla disciplina delineata dall'art. 121-3 Cpén[66].

Nel capitolo III del Titolo II del codice penale francese sulla *mise en danger de la personne*, l'incriminazione più significativa appare sicuramente quella disciplinata all'articolo 223-1 rubricato *risques causés à autrui*, la quale punisce chi espone la vita o l'integrità fisica di un individuo ad un rischio specifico[67]. Si tratta di un reato volto a prevenire la commissione di omicidi o violenze involontarie gravi: la condotta pericolosa è punita prima che abbia potuto produrre l'evento dannoso[68].

Tale fattispecie costituisce un delitto complesso, poiché per la sua configurazione richiede la sussistenza di plurimi elementi materiali[69]. Deve preliminarmente sussistere una legge o un regolamento che imponga, in maniera precisa (*caractère particulier*), di prendere delle precauzioni (*obligation de prudence ou de sécurité*) ovvero di astenersi dal compiere determinate azioni. Si richiede, poi, una condotta *manifestement délibérée* di chi, violando una regola cautelare, ha esposto altri "in modo diretto" ad un pericolo "immediato" di morte o lesioni[70]. Pericolo da valutare in rapporto al danno che si sarebbe potuto creare e che invece non si è verificato: è solamente la condotta pericolosa che il legislatore punisce, non essendo necessario che l'assunzione del rischio abbia avuto una qualsiasi ripercussione nel mondo fenomenico. Infine, deve sussistere un nesso di causalità tra questi due elementi (violazione del regolamento o della legge ed esposizione al pericolo).

Il reato di cui all'art. 223-1 non può essere integrato dalla semplice violazione dello standard di sicurezza imposto, bensì è necessario per la sua consumazione che si verifichi il pericolo effettivo per gli altri, consistente nell'esposizione diretta della persona ad un rischio immediato di morte o lesioni gravi; pericolo che deve essere accertato in concreto dal giudice a seguito della valutazione delle circostanze realmente esistenti al momento del fatto, come confermato dalla Corte di cassazione[71].

---

[66] Cfr. voce *Mise en danger*, cit., § 5.

[67] L'art 223-1, Cpén punisce « *le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* ».

[68] V.E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Paris 2016, 88 ss.

[69] Y. Mayaud, *Le délit de risques causés à autrui, infraction complexe?*, in *RSC* 2001, 575.

[70] In relazione al significato del sintagma "esposizione al rischio" vd. M. Puech, *De la mise en danger d'autrui*, in *RecDall* 1994, 153. Il concetto di "immediatezza" del rischio richiede che non intercorra un periodo di tempo considerevole tra la condotta e il pericolo prodotto (N. Bargue, *La causalité immédiate en matérie de risque causés à autrui*, in *BullJSoc* 2017, 437 ss.). Sul punto, la Corte di cassazione, in una recente pronuncia relativa all'esposizione di amianto, ha ritenuto configurabile il secondo alinea dell'art. 223-1, ritenendo compatibile la *mise en danger* con la potenzialità di un danno verificabile anche in un futuro remoto. A parere della Corte, infatti, l'importante è che il rischio corso sia il risultato di una esposizione diretta e immediata, il frutto di una messa in pericolo contemporanea alla violazione dell'obbligo di sicurezza, contrassegno di una potenzialità dannosa presente. Si è sottolineata l'originalità di tale interpretazione della *mise en danger*: la repressione penale ha per obiettivo la condotta, non il danno arrecato, e dato che il primo contiene potenzialmente il secondo, è indifferente che le sue manifestazioni siano lente o rapide, che avvengano in un futuro vicino o lontano o che non si realizzino mai (Crim. 19.4.2017 n°16-80.695, in *BullCrim* 2017, n° 107, con nota di Y. Mayaud, *Les retombées pénales des poussières d'amiante, ou pour une application extrême du délit de risques causés à autrui*, in *RSC* 2017, 285-287).

[71] Per F. Curi, *op. cit.*, 143-144, ciò che rappresenterebbe un pericolo solo in astratto diventa rilevante alla luce delle circostanze concrete; solo questa soluzione è compatibile con la presunzione di innocenza ed in linea con l'intenzione del legislatore. Per M. Venturoli, voce *Mise en danger délibérée de la personne d'autrui*, cit., 793, il pericolo consiste nell'evento del reato. In giurisprudenza, in un caso di un automobilista che ha brutalmente accelerato, nel momento in cui una poliziotta teneva la sua portiera aperta per procedere alla verifica dei documenti del veicolo, la Corte di cassazione ha negato la colpevolezza dell'imputato sulla base del fatto che, malgrado la violenza intrinseca, un atto di resistenza ad un pubblico ufficiale non è in sé portatore di un rischio immediato di morte o di lesioni gravi, ma è solamente sulla base delle circostanze concrete che può stabilirsi se la potenzialità dannosa è tale da raggiungere il rischio richiesto (Crim. 12.1.2016 n° 14-86.503, in *BullCrim* 2016, n° 5, con nota di Y. Mayaud, *Un acte de rébellion ne vaut pas en soi mise en danger*, in *RSC* 2016, 72-73). Sempre in relazione all'accertamento in concreto dell'elemento materiale del reato, in

La giurisprudenza ha tentato di risolvere alcuni problemi interpretativi sorti in relazione alle difficoltà probatorie, al momento e alle circostanze concrete richieste per il suo accertamento[72]. È necessario dimostrare, in primo luogo, che l'agente abbia direttamente esposto altri al pericolo, vale a dire che il suo comportamento sia l'origine di quel pericolo; in secondo luogo, occorre verificare che da solo quel comportamento avrebbe potuto produrre quel determinato danno[73].
Il reato *de mise en danger* richiede, come anticipato, un profilo psicologico (*élément moral*) particolare: la *faute délibérée*, la quale consiste in qualcosa di più di una semplice imprudenza o negligenza, ma richiede meno della volontà di causare il risultato criminoso, come le lesioni o la morte altrui. Talvolta è stata qualificata come dolo eventuale (*dol éventuel*), ma a differenza di questo, la *faute délibérée* non richiede la volontà di raggiungere il risultato temuto o il danno, ma ciò che è volontaria è soltanto la condotta violativa della regola di diligenza o di prudenza[74]. Per la maggior parte della dottrina si tratta, dunque, di un'infrazione non intenzionale[75]. La giurisprudenza, viceversa, ha in passato considerato tale reato come *intentionnel*, ritenendo che fosse necessario provare che il soggetto agente avesse avuto la coscienza e volontà di porre altri in pericolo[76].
Un nodo interpretativo ha riguardato la natura dei reati di *mise en danger* e, più nello specifico, dell'infrazione di *risques causés à autrui*.
Si è detto che *le délit de risques causés à autrui* costituisce un'infrazione di prevenzione rivelatrice di una politica criminale ben precisa: non si attende, per far scattare la responsabilità penale, l'effettività di un danno legato a dati comportamenti "non intenzionali".
Senza dubbio, per parte della dottrina, si tratta di un reato formale, nella sua definizione classica, dal momento che il legislatore sanziona una condotta pericolosa indipendentemente dal fatto che ne derivi un danno tangibile[77]. In tal senso, il delitto di *mise en danger* è un reato formale che permette di punire le manifestazioni gravi di pericolo, indipendentemente da un danno fisico o psichico,

---

un'altra pronuncia, la corte di cassazione ha assolto dal delitto di *mise en danger* un automobilista che eccedeva i limiti di velocità di oltre 100 km/h, sulla base del fatto che sono le circostanze che accompagnano l'eccesso di velocità che devono caratterizzare il rischio reale causato dall'automobilista: tutti i dati, apprezzati in concreto, che permettono di affermare la sussistenza di una potenzialità diretta e immediata di morte o di lesioni gravi (Crim. 16.12.2015 n°15-80.916, in *BullCrim* 2015, n° 310, con nota di Y. Mayaud, *Excès de vitesse: pas de mise en danger sans un «comportement particulier »…*, in *RSC* 2015, 851-853). In dottrina, sulla necessità di un accertamento in concreto, vd. Y. Mayaud, *Risques causés à autrui*, in *RépDrPénProcPén* 2022, § 80-81, P. Bordessoule de Bellefeuille– M. Haas, *La mise en danger d'autrui*, in *RPénitDrPén* 1996, 293.

[72] S. Charpentier, *1994-2004: le délit de mise en danger en 100 jurisprudences*, in D. Thomas (sous la direction) *Le nouveau Code pénal dix ans après*, Paris 2005, 95 ss.

[73] V. E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Paris 2016, 92-93, il quale parla di doppio rapporto di causalità. Secondo M. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Paris 2018, 472, trattandosi di un danno che, per la ragione stessa dell'incriminazione, non si è realizzato, siamo in presenza di un *droit-fiction*. In un recente caso relativo all'esposizione ad un rischio diretto e immediato di morte o lesioni di alcuni lavoratori di una società di costruzione di batterie al alta tecnologia ("nickel-cadmio"), che richiedono l'utilizzo di materiale cancerogeno, si è affermato che il giudice deve, in primo luogo, accertare se i soggetti passivi sono stati esposti ad un rischio immediato di morte o di lesioni e, in secondo luogo, ricercare se le violazioni fossero rivelatrici di una violazione manifestamente deliberata de *l'obligation de securitè* (Crim. 13.11.2019 n° 18-82.719, *non publié au Bulletin*, con nota di Y. Mayaud, *De la condition préalable aux éléments constitutifs du délit de mise en danger: mode d'emploi pour le juge*, in *RSC* 2019, 805-808).

[74] Y. Mayaud, *Des risques causés à autrui. Applications et implications, ou de la naissance d'une jurisprudence*, in *RSC* 1995, 577; Id., *Risques causés à autrui*, cit., § 113, il quale specifica che trattandosi di reato formale per cui non è richiesto l'evento, è necessario parlare di «*volonté*» e non di «*intention*», giacché alla prima corrisponde la decisione di porre in essere la condotta; mentre al secondo il desiderio di raggiungere un determinato risultato. Così anche J. Chacornac, *Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger: les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles*, in *RSC* 2008, 852.

[75] Cfr. M. Rassat, *Droit pénal spécial*. *Infractions du Code pénal*, Paris 2018, 474.

[76] Crim. 9.3.1999, in *BullCrim* 1999 n° 34; Grenoble, 19.2.1999, in JCP 1999, II, 10171; Aix-en-Provence, 26.112001, in *DrPén* 2002, n°82.

[77] Così M. Rassat, *Droit pénal spécial*, cit., 475 ; Y. Mayaud, *Des risques causés à autrui. Applications et implications, ou de la naissance d'une jurisprudence*, in *RSC* 1995, 577 ; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, Paris 2018, 136; J. Leroy, *Droit pénal général*, Paris 2020, 204 ; T. Garé, *Droit pénal spécial. Personnes et biens*, Bruxelles 2022, 267 ; P. Conte, *Droit pénal spécial*, Paris 2019, 25.

differenziandosi di conseguenza dai reati materiali, nella cui definizione la legge include la realizzazione effettiva di un evento dannoso[78]. Si ritiene che debba comunque sussistere un doppio nesso causale, anche se solo virtuale: *la mise en danger* deve consistere in un fatto di esposizione diretta a un rischio immediato di morte o di lesioni gravi. Questo fa sì che il pericolo non deve essere un risultato solamente probabile, ma già inscritto nella condotta stessa sulla via della realizzazione del danno richiesto, anche se questo non si produce effettivamente[79].
Per un'altra parte della dottrina, invece, si tratterebbe di un reato-ostacolo poiché nessun risultato determinato deve essere preso in considerazione dal soggetto agente, ma si vuole prevenire la commissione di uno o più reati ulteriori che restano ancora indeterminati o poco determinati [80]. Nei delitti-ostacolo, infatti, il legislatore incrimina un'attitudine pericolosa, la semplice eventualità di un evento che turbi l'ordine sociale[81].
Importanti conseguenze derivano dalla qualificazione del reato quale illecito formale o delitto-ostacolo: se il delitto formale ha prodotto altresì un qualche danno, ciò non rileva ai fini della punibilità del soggetto agente, il quale risponderà di un solo delitto, *l'infraction formelle*; se, viceversa, l'autore di un delitto-ostacolo causa anche un danno quale conseguenza della sua condotta, egli sarà punito di un concorso formale di reati (*concours réel d'infractions*) come, ad esempio, guida in stato di ebbrezza e omicidio o lesioni volontarie[82]. In relazione a ciò, vi è da sottolineare tuttavia che la Corte di cassazione ha escluso il concorso fra il reato di *mise en danger d'autrui* e il delitto di lesioni involontarie aggravate, laddove si tratti di stessi fatti nei confronti di una pluralità di vittime[83].
Infine, secondo un autorevole autore, l'infrazione *de mise en danger* non sarebbe né materiale né formale, ma la si dovrebbe far rientrare in un'autonoma categoria nominata *infraction de risques*, la quale si differenzierebbe dai reati formali classici per la necessità di prendere in considerazione il risultato potenziale (*résultat virtuel*) laddove, invece, nei reati formali è sufficiente solamente l'integrazione della condotta[84].
Dopo aver trattato l'origine del concetto codicistico generale di *mise en danger* e dell'autonomo reato di *risques causés à autrui*, bisogna evidenziare che la creazione del recente illecito di *mise en danger* ambientale deriva dalla nuova veste assunta da tali categorie negli ultimi decenni. Da un lato, invero, il legislatore ha moltiplicato le infrazioni di *mise en danger*, con lo scopo di migliorare la protezione di alcuni valori sociali; dall'altro, la giurisprudenza di legittimità ha fatto ricorso al *délit de risques causés à autrui* in relazione ad ambiti diversi rispetto a quello per cui era stato originariamente pensato, rendendolo la principale norma incriminatrice fondata sulla *mise en danger*.
Il campo in cui è stata utilizzata maggiormente tale incriminazione è quello relativo alla circolazione stradale e agli incidenti sul lavoro, ma recentemente ha trovato spazio anche in ambiti inediti. Come

---

[78] Sulle differenze tra reati formali e reati materiali in Francia si vedano, Y. Mayaud, *Droit pénal général*[7], Paris 2021, 268; J. Leroy, *Droit pénal général*, cit., 204-205; M. Freij, *L'infraction formelle,* Paris 1975, *passim*; J.-Y. Maréchal, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, Paris 2003, 318 ss.; A.C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction penale*, Paris 1982, 28; P. Spitèri, *L'infraction formelle*, in *RSC* 1966, 497 ss. ; R. Merle-A. Vitu, *op. cit.*, 651; A. Prothais, *Tentative et attentat*, Paris 1985, 324 ss.; S. Keyman, *Le résultat pénal*, in *RSC* 1968, 781 ss.
[79] Crim. 7.1.2015 n° 12-86.653, in *BullCrim* 2015, n° 13, con nota di Y. Mayaud, *Mise en danger par défaillance d'un dispositif d'aération*, in *RSC* 2015, 89-91.
[80] Si vedano V.E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, cit., 88 ss.; C. Guery-G. Accomando, *Le délit de risque causé à autrui ou de la malencontre à l'article 223-1 du nouveau Code pénal*, in *RSC* 1994, 681 ; secondo R. Merle-A. Vitu, *op. cit.*, 769, si tratta di un delitto-ostacolo perché il reato non ha prodotto alcun danno. In generale, sulle differenze tra illeciti formali e delitti-ostacolo cfr. M. Wagner, *Les effets de l'infraction. Essai d'une théorie générale*, Paris 2011, 84 ss.; P. Bonfils-L. Grégoire, *Droit pénal spécial*, Paris 2022, 104.
[81] J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris 2002, 288-289.
[82] R. Merle-A. Vitu, *op. cit.*, 650; A. Decocq, *Droit pénal général*, Malakoff 1971, 183; E. Dreyer, *Droit pénal général*[6], Paris 2021, 642-643; M. Puech, *Droit pénal général*, Paris 1988, n° 603-604.
[83] Crim. 11.9.2001 n° 00-85.473, in *BullCrim* 2001, n°176, in *https://www.courdecassation.fr*. Da ultimo, un'importante sentenza della Corte di cassazione in formazione plenaria ha affermato il principio secondo il quale non si può ritenere che lo stesso fatto costituisca sia un reato o una contravvenzione sia una circostanza aggravante che accompagna un altro reato (Crim. 15.12.2021 n° 21-81.864, in *BullCrim* 2021, n° 12, in *https://www.courdecassation.fr*).
[84] J. Chacornac, *Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger*, cit., 868 ss.

visto, infatti, il delitto di cui all'art. 223-1 Cp ha trovato applicazione in materia ambientale (prima dell'introduzione di una fattispecie *ad hoc*) o ancora, in un primo momento dello stato d'urgenza sanitaria dovuto alla propagazione del Covid-19, in relazione all'inosservanza del confinamento per i positivi[85]; infine, persino in un recente caso di una società che ha messo in pericolo i propri lavoratori in Siria (c.d. *Affaire Lafarge*)[86].

L'aver utilizzato il modello paradigmatico della *mise en danger* nell'ambito del diritto penale ambientale sembra un passo in avanti nella tutela dell'ambiente. Invero si è passati da reati "formali" meramente sanzionatori della disciplina amministrativa – in cui si punisce attività poste in essere senza le autorizzazioni prescritte o di ostacolo alle funzioni di vigilanza amministrativa[87] – ad un illecito costruito anche sull'elemento del pericolo, da accertarsi in concreto, come ha avuto modo di evidenziare la *Chambre criminelle de la Cour de cassation*, e che non comporta eccessive difficoltà probatorie in giudizio.

Inoltre, si tratta della prima volta in cui una fattispecie di *mise en danger* è stata pensata per proteggere beni giuridici superindividuali e collettivi, come l'ambiente, e non soltanto in relazione alla persona intesa quale individuo, come dimostra la parte speciale del codice penale francese in cui un capitolo intero è consacrato alla *mise en danger de la personne*. E, prima di tale novità legislativa, risiedeva in ciò la grande differenza con il nostro ordinamento penale, in cui il pericolo è utilizzato invece per proteggere beni giuridici collettivi, quali l'incolumità e la salute pubblica, mentre l'offesa di beni individuali, che non sia qualificata dal pericolo per una pluralità indeterminata di soggetti, non assume rilevanza[88].

Tuttavia, la scelta francese avrebbe potuto essere maggiormente coraggiosa. Si è, invero, limitato il nuovo delitto di *mise en danger* ambientale ad una forma aggravata di due reati comuni, scartando la possibilità di configurare una figura più ampia che racchiudesse tutte le condotte che espongono l'ambiente ad un rischio immediato di attentato grave e duraturo.

Ad ogni modo, al fine di approntare una tutela integrata, effettiva e preventiva del bene ambiente, non pare ci siano dubbi che la strada da seguire dovrebbe essere quella della configurazione di reati di pericolo concreto – contenenti definizioni specifiche degli elementi inseriti – come in parte è accaduto in Francia con l'introduzione del delitto di *mise en danger*, rispetto alla scelta interna di configurare reati di evento punibili al verificarsi di un danno, come le fattispecie di inquinamento e disastro ambientale.

6. Per comprendere l'importanza della fattispecie generale di *mise en danger* si vuole sintetizzare una

---

[85] Sul tema si veda J.-B. Perrier, *Le droit pénal du danger*, in *RecDall* 2020, 937.

[86] Critica l'applicazione sempre più frequente della disposizione di *mise en danger* S. Jouniot, *Le phénomene "mise en danger d'autrui", retour sur une infraction pas si discrète*, in *AJP* 2021, 246 ss., in quanto non rimarrebbe all'interno dei suoi obiettivi di protezione della società e non rispetterebbe i principi fondamentali del diritto penale.

[87] Quanto alla prima categoria si faccia l'esempio dell'art. L. 173-1-I e II, -1° e 2°; quanto alla seconda categoria, l'art. L. 173-4.

[88] Cfr. M. Donini, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. Donini-D. Castronuovo (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza sul lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova 2007, 209. Come è noto, invece, nel nostro ordinamento penale il pericolo è utilizzato per proteggere beni giuridici collettivi (si vedano, ad esempio, i reati contro l'incolumità pubblica ovvero i reati contro l'ambiente). È tuttavia da sottolineare che in dottrina si è proposto, in prospettiva di riforma, l'introduzione di una categoria composita di illeciti – di pericolo personale e di pericolo individuale – a seconda che il soggetto sia determinato o indeterminato. Sebbene si ritengano comunque preferibili fattispecie specifiche che tipizzino condotte pericolose e non figure di portata generale come la fattispecie di *mise en danger de la personne d'autrui*, si propone un'emancipazione dal paradigma iper-pubblicistico di alcuni reati, a favore dell'incentramento sull'individuo inteso come persona o come esponente della collettività. Si veda, sul punto, A. Gargani, *Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 9.9.2020. In generale, si veda la "*Relazione finale*" dell'VIII gruppo di lavoro, coordinato dal prof. Massimo Donini, su "*Reati contro la salute privata e pubblica e contro l'incolumità privata e pubblica*", nell'ambito del progetto di ricerca sui "*Delitti contro la persona*" a cura dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale. La relazione è consultabile in: *https://www.aipdp.it/documenti/reati_contro_salute_privata_pubblica/Relazione_FINALE_VIII_Gruppo.pdf*.

ultima recente applicazione della stessa riguardante una vicenda, in cui si è riconosciuta l'imputazione del delitto in parola in capo sia a persone fisiche sia a persone giuridiche: il noto caso *Lafarge* [89].
Nel 2010 la società francese *Lafarge* ha costruito a Jalabiya nel nord della Siria, per un costo di molte centinaia di milioni di euro, un importante cementificio gestito da una società siriana *Lafarge Cement Syria* (LCS), filiale detenuta al 98% dalla società francese.
Dal 2012 al 2015, il sito è stato oggetto di combattimenti e occupazioni da parte di diversi gruppi armati terroristici, tra cui lo Stato islamico (Is). Da tale momento, il personale di nazionalità straniera è stato subito evacuato in Egitto, da dove ha diretto l'attività della fabbrica, mentre i lavoratori siriani hanno continuato il loro lavoro, con il rischio di estorsioni e rapimenti.
Al fine di limitare l'impatto negativo di tale situazione, la società LCS ha versato, mediante l'intermediazione di diverse persone, ingenti somme di denaro (circa tredici milioni di euro) alle differenti forze armate che hanno preso il controllo della Regione e capaci di compromettere l'attività della fabbrica, la quale è stata infine evacuata d'urgenza nel settembre 2014, prima che l'Isis ne prendesse il controllo.
Il 15.11.2016 le associazioni *Sherpa* e *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR), insieme a 11 impiegati siriani della società LCS, hanno sporto denuncia e si sono costituiti parte civile nel procedimento nei confronti del Presidente-Direttore generale e del Direttore della sicurezza della Lafarge, del Direttore generale della LCS, nonché della società-madre Lafarge, in qualità di persona giuridica, per i reati di finanziamento all'impresa terrorista, di concorso (*complicité*) in crimini di guerra e crimini contro l'umanità, di sfruttamento abusivo del lavoro e di *mise en danger de la vie d'autrui*.
In relazione a tale ultima fattispecie incriminatrice, i denuncianti si sono basati su una duplice constatazione:
a) che i dipendenti non avevano ricevuto una formazione adeguata in caso di attacco armato, contrariamente alle disposizioni degli articoli R. 4141-13 e seguenti del *Code du travail*;
b) che il documento unico di sicurezza, previsto dall'art. L. 4121-3 e dall'art. R. 4121-1 e seguenti, non era stato aggiornato in conseguenza dell'evoluzione delle operazioni militari sulla zona dove si trovava la fabbrica.
Con tali omissioni la Società e i datori di lavoro avrebbero messo il personale operativo in una situazione di pericolo grave di morte o di lesioni, soprattutto in relazione alle operazioni urgenti di evacuazione.
L'imputazione (*mise en examen*) della società per messa in pericolo della vita altrui è stata confermata dalla camera dell'istruzione (*chambre de l'instruction*).
In seguito, la Società, impugnando tale decisione, ha richiesto alla *Cour de cassation* di stabilire se i lavoratori dell'impresa straniera potessero essere considerati come dipendenti della società madre francese e, quindi, se si applicasse l'obbligo di sicurezza imposto al datore di lavoro dalla legge francese.
Pur riconoscendo il vincolo di subordinazione dei lavoratori siriani nei confronti della società francese e l'intervento permanente della casa madre nella gestione della società datrice di lavoro, la Suprema corte ha stabilito che non si poteva dedurre un obbligo di applicazione del Codice del lavoro francese.
La *Chambre criminelle* della *Cour de cassation* nel settembre 2021 ha rinviato la causa dinanzi alla camera dell'istruzione[90] e il 18.5.2022 la Corte d'appello di Parigi ha confermato l'imputazione in capo alla società cementificia Lafarge per le accuse di concorso in crimini contro l'umanità e di messa in pericolo della vita altrui in relazione alle attività in Siria tra il 2013 e il 2014[91].

[89] Cfr. Y. Mayaud, *L'affaire Lafarge dans sa dimension attentatoire aux personnes*, in *RSC* 2021, 827 ss.; C. Torrisi, Cour de cassation, *decisioni nn. 865, 866 e 868 del 7 settembre 2021, sulla c.d.* mise en examen *di una società francese per complicità in crimini di guerra e in crimini contro l'umanità (c.d.* affaire *Lafarge)*, in *www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni*, 16.9.2021.
[90] Crim. 7.9.2021 n°19-87.367, in *BullCrim* 2021, n°9, in *https://www.courdecassation.fr.*
[91] Cfr. *Confirmation de la mise en examen de Lafarge pour complicité de crimes contre l'humanité en Syrie*, in

Oltre all'innovativa strada aperta in relazione alla possibilità di concorrere in crimini contro l'umanità, *l'affaire Lafarge* appare un importante banco di prova anche in relazione al reato di *mise en danger*: sia nella sua dimensione di reato di "messa in pericolo" della vita delle persone sia nella dimensione di reato configurabile anche per una società capo gruppo.

7. All'apice della scala di incriminazioni progressive all'ambiente, come si è detto, il diritto penale, nel confrontarsi con le più grandi catastrofi ambientali e umanitarie, dovrebbe fornire una risposta punitiva seria e proporzionata alla vastità dei territori implicabili e alle conseguenze negative che potrebbero riverberarsi anche nei confronti delle generazioni future. In altre parole, dovrebbe prevedere e punire il crimine contro l'umanità dell'ecocidio.
Il sostantivo "ecocidio" è costituito dal prefisso "eco-", casa o habitat (dal greco antico *οἶκος*) e dal suffisso "-cidio", uccidere, distruggere (*caedere* in latino): letteralmente, la distruzione della casa e, in senso lato, la distruzione dell'ambiente comune in cui viviamo, il pianeta Terra.
Il termine ecocidio non è nuovo. Come è noto, fu utilizzato per la prima volta nel 1970, quando il biologo Arthur Galston durante la *Conference on War and National Responsability* tenutasi a Washington lo utilizzò per parlare dei danni ambientali causati dall'uso massivo e deliberato durante la guerra del Vietnam, da parte dell'esercito americano, di un esfoliante tossico, il c.d. *agent orange*.
Tale concetto ha assunto, in tempi recenti, una identità ambivalente: da un lato, fa parte del diritto penale internazionale, che lo vorrebbe definire quale crimine autonomo contro l'umanità di competenza della Corte Penale Internazionale dell'Aja (CPI)[92]; dall'altro, del diritto penale nazionale francese[93], che lo ha invece ricondotto ad un delitto che aggrava la pena prevista per alcuni reati ambientali, nei casi in cui la condotta lesiva dell'ambiente sia stata commessa "intenzionalmente".
Nell'ambito del diritto penale internazionale, gli attentati gravi all'ambiente sono previsti nello Statuto della Corte Penale Internazionale, solo se commessi in tempo di guerra e solo quando si tratta di un conflitto armato internazionale ai sensi dell'art. 8.2. b), iv), e non anche quelli commessi in tempo di pace[94].
Al fine di modificare lo *status quo*, si è fatta istanza da più parti, sia dal mondo associativo che da quello accademico, di introdurre – accanto ai crimini di guerra, contro l'umanità, il crimine di genocidio e quello di aggressione – un nuovo crimine internazionale di ecocidio[95].

---

www.business-humanrights.org/fr, 18.5.2022.

[92] È stata proposta alternativamente una competenza in capo ad una nuova istituzione come una Corte internazionale per l'ambiente vd. M. Gillett, *Prosecuting Environmental Harm before the International Criminal Court*, Cambridge 2022, *passim*; L. Neyret, *Réveiller l'écocide*, in *RSC* 2022, 767 ss.

[93] Altri paesi hanno introdotto nelle proprie legislazioni penali il delitto di ecocidio, inteso generalmente come distruzione massiccia del regno animale o vegetale, contaminazione dell'atmosfera o delle risorse idriche e altre azioni in grado di provocare una catastrofe ecologica: Russia (1996), Ucraina (2001), Bielorussia (1999), Moldavia (2002), Armenia (2003), Georgia (1999), Kazakistan (1997), Kirghizistan (1997) e Tagikistan (1998). Si veda, a tal proposito, *https://ecocidelaw.com/existing-ecocide-laws.*

[94] Sul punto, cfr. L. Neyret, *La transformation du crime contre l'humanité*, in M. Delmas-Marty-I. Fouchard-E. Fronza-L. Neyret, *Le crime contre l'humanité*, Paris 2018, 103 ss. Sul rafforzamento dell'internalizzazione della repressione penale in materia ambientale da parte degli Stati e delle ONG, si veda l'analisi di M. Boursier, *Droit pénal des affaires internationales. Compliance et mondialisation*, Paris 2020, 543 ss.

[95] Sul tema cfr. E. Fronza, *Sancire senza sanzionare? Problemi e prospettive del nuovo crimine internazionale di ecocidio*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 17.3.2021; A. Vallini, *Ecocidio: un giudice penale internazionale per i "crimini contro la Terra"? Introduzione*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 17.3.2021; A. Nieto Martín, Don't look up: *le risposte del diritto penale alla crisi climatica*, in *www.sistemapenale.it*, 7.10.2022; V. Jaworski, *De nouvelles infractions de mise en danger de l'environnement*, cit., 492 ss.; E. Fronza-N. Guillou, *Vers une définition du crime international d'écocide*, in L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide,* cit., 127 ss. Sulla proposta di legge in materia di ecocidio cfr. P. Higgins-D. Short-N. South, *Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide*, in *CrimLawSocCh* 2013, 251 ss. Da un punto di vista criminologico vd. R. White, *The Four Ways of Eco-global Criminology*, in *IJCrimJusSocDem* 2016, 8 ss., il quale afferma che per un approccio criminologico "eco-globale" è necessario analizzare i reati ambientali in una cornice internazionale in cui si fondano approcci sociali, politici, economici ed ecologici. Sul legame tra le multinazionali "*profit-making*", ossia le forme organizzative che dominano l'attuale capitalismo, e l'"ecocidio" cfr. D. Whyte, *Ecocide. Kill the corporation before it kills us*, Manchester 2020, *passim*.

Nel 2015, un gruppo di sedici giuristi internazionali ha lavorato per tre anni al fine proporre un sistema graduato ed efficace di protezione dell'ambiente da parte del diritto penale, formulando peraltro una definizione di ecocidio come «atto intenzionale commesso nell'ambito di un'azione generalizzata o sistematica e che attenta alla sicurezza del pianeta» (art. 2 del *Proget de convention contre l'écocide*)[96].
Vi è stata un'apertura anche in seno alla Corte Penale Internazionale che, con il *Policy Paper* dell'Ufficio del Procuratore del 15.9.2016 sulla selezione dei casi e delle priorità, ha ritenuto l'ambiente un possibile ambito delle attività della Corte[97].
In seguito, durante la diciottesima sessione dell'Assemblea degli Stati che hanno firmato lo Statuto di Roma tenutasi nel 2019, le Maldive e la Repubblica di Vanuatu (a cui si è inseguito aggregato il Belgio) hanno chiesto l'inclusione del crimine di ecocidio nello Statuto della CPI, evidenziando che quest'ultima possiede un compito da svolgere nella prevenzione delle catastrofi ambientali[98].
Anche il Parlamento europeo, nella sua ultima relazione annuale sui diritti umani, ha incoraggiato l'Unione europea e i suoi Stati membri a promuovere il riconoscimento dell'ecocidio quale reato internazionale ai sensi dello Statuto di Roma della CPI[99].
Infine, il 22.6.2022 un gruppo internazionale di esperti istituito dalla Fondazione *Stop Ecocide*, composto da dodici giuristi provenienti da diversi paesi, riconosciuti per la loro competenza in materia di diritto penale, diritto ambientale e diritto internazionale, ha pubblicato una proposta di emendamento allo Statuto della CPI, al fine di includervi all'art. 8-*ter* il crimine di ecocidio[100].
Si tratterebbe, dunque, di punire e perseguire le condotte criminali che realizzano danni gravi, estesi e duraturi all'ambiente (comprese le specie animali e vegetali e la salute della popolazione umana); condotte tali da deteriorare irrimediabilmente gli equilibri ecologici ovvero tali da minacciare la sopravvivenza dell'umanità. Tale crimine sarebbe elevato al rango dei crimini internazionali più gravi e acquisterebbe una dimensione al contempo "interspaziale" – avente una ripercussione globale, che va al di là dei confini di un singolo territorio – e "interspaziale", avente un impatto anche per le generazioni future.
Come anticipato, in un'accezione diversa, il reato di ecocidio ha assunto una posizione anche nell'ordinamento penale francese.
Il reato di ecocidio – anche sulla base delle spinte provenienti dalla "Convenzione cittadina per il clima" che ne aveva chiesto l'adozione – è stato finalmente sancito, ma non come fattispecie autonoma, bensì come norma che aggrava dei reati comuni previsti nel codice dell'ambiente: l'inquinamento dell'aria e dell'acqua (art. L. 231-1) e l'abbandono o la cattiva gestione dei rifiuti (art. L. 231-2).
In particolare, la legge c.d. *Climat et résilience*, entrata in vigore nell'agosto del 2021, ha introdotto

---

[96] Il progetto è consultabile, insieme a quello sugli eco-delitti, nella collettanea diretta da L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide*, cit., 285 ss.
[97] Office of the Prosecutor, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* 15.9.2016, https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case- Selection_Eng.pdf.
[98] Consultabili in: *https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/GD.MDV.3.12.pdf*; *https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/GD.VAN.2.12.pdf*; *https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/GD.BEL.14.12.pdf*.
[99] Relazione sui diritti umani e la democrazia nel mondo e sulla politica dell'Unione europea in materia – relazione annuale 2021 (2021/2181(INI)).
[100] Il crimine di ecocidio è stato definito, nel giugno 2021, come «atti illegali o arbitrari commessi nella consapevolezza di una sostanziale probabilità di causare un danno grave e diffuso o duraturo all'ambiente con tali atti. Ai sensi del primo paragrafo: a) "Arbitrari" significa con irresponsabile mancanza di riguardo per un danno che sarebbe chiaramente eccessivo rispetto ai benefici sociali ed economici previsti; b) "Grave" significa un danno che implica cambiamenti avversi molto significativi, distruzione o deterioramento di qualsiasi componente dell'ambiente, incluse le gravi ripercussioni sulla vita umana, o sulle risorse naturali, culturali o economiche; c) Diffuso" significa un danno che si estende oltre una limitata area geografica, valica i confini nazionali, o è patito da un intero ecosistema o specie, o da un gran numero di esseri umani; d) "Duraturo" significa un danno che è irreversibile o che non può essere sanato in maniera naturale in un periodo di tempo ragionevole; e) "Ambiente" significa la terra, la sua biosfera, criosfera, litosfera, idrosfera ed atmosfera, così come il cosmo». Definizione e commento al testo consultabile sul sito della Fondazione: *https://www.stopecocide.earth/legal-definition*.

un nuovo Titolo III nel Libro II del Codice dell'ambiente sui danni generali agli ambienti fisici, organizzandolo secondo una progressiva repressione criminale al cui apice risiede il c.d. ecocidio, inserito all'art. L. 231-3.
Il nuovo "delitto" di ecocidio, invero, rinvia ai nuovi reati disciplinati negli articoli precedenti, punendoli con una pena più grave – dieci anni di reclusione e una multa di 4,5 milioni di euro, che può essere aumentata fino a dieci volte il profitto derivante dalla commissione del reato – se vengono commessi intenzionalmente. Sono quindi la consapevolezza e la volontà di inquinare che, per entrambe le disposizioni, trasformano l'inquinamento (art. L. 231-1) in ecocidio, a cui si aggiunge, in relazione all'abbandono di rifiuti (art. L. 231-2), che tutti i danni causati alla salute, alla flora, alla fauna o alla qualità dell'aria, del suolo o dell'acqua devono essere gravi e duraturi (cioè durare almeno sette anni).
La dottrina ha sin da subito mostrato la propria delusione circa la configurazione scelta per l'ecocidio, delineato quale reato che rinvia ad altre fattispecie criminose piuttosto che fattispecie di reato autonoma e specifica, con gravi conseguenze in tema di rispetto dei principi di chiarezza e precisione della norma penale, nonché di accessibilità e prevedibilità.
Non solo. È stata altresì criticata l'opzione di renderlo un "semplice" delitto e non un crimine, ossia la più grave forma di reato punibile con la detenzione minima pari a 15 anni e massima pari all'ergastolo, in tal modo creando una pericolosa confusione e banalizzazione che pone l'ecocidio sullo stesso piano dei reati ambientali[101]. Come ha evidenziato la commissione giustizia del Senato, il termine ecocidio così inserito aumenta la confusione poiché, nella letteratura giuridica, l'ecocidio si riferisce a un crimine, che potrebbe essere riconosciuto a livello internazionale e non un termine per riferirsi a un reato riconosciuto dal diritto nazionale. Sembra, quindi, rispondere unicamente a fini politici, per dare l'impressione che il progetto di legge risponda alla proposta formulata dalla "Convenzione cittadina"[102].
Si tratta, a ben guardare, di una vera e propria "frode delle etichette" apporre il significante "ecocidio" a reati ambientali, pur gravi, ma che non riescono ad accedere alla pregnanza del relativo significato. In tal senso, appare poco condivisibile anche l'indicazione del Considerando 16 della Proposta della direttiva europea che considera ammissibile la comparazione tra l'ecocidio e la circostanza aggravante del danno rilevante, irreversibile e duraturo ad un intero ecosistema. Sarebbe bene invece lasciare il termine più appropriato di "ecocidio" alle macro-catastrofi ambientali e umanitarie, alla "distruzione della casa", la quale richiede un intervento globale e collettivo sul piano penale internazionale, tale da assicurare l'integrità dell'ambiente, la nostra permanenza e sicurezza sul pianeta, nonché quelle delle generazioni future.
In conclusione, ciò che si è fatto sinora non è ancora sufficiente.
L'urgenza della crisi ecologica in atto impone con maggior vigore ed urgenza un diritto penale ambientale innovativo che prenda in considerazione, a livello internazionale, il riconoscimento giuridico del crimine contro l'umanità dell'ecocidio e, a livello nazionale, oltre alle sanzioni per le lesioni solo potenziali, anche nuove incriminazioni incentrate su di un pericolo concretamente corso dall'ambiente o dalle sue componenti.
La realizzazione di una tutela penale ambientale "forte" si dovrebbe fondare su una scala di incriminazione progressiva, il cui primo gradino è costituito dalle contravvenzioni di pericolo astratto per le offese meno gravi alle singole matrici ambientali, passando per i delitti fondati su un pericolo concreto di danno causato dolosamente, alla stregua del nuovo modello di *mise en danger* francese, fino ad arrivare all'ecocidio per i gravi danni distruttivi di un intero ecosistema e della sopravvivenza di porzioni di umanità.
Al fine di creare poi una tutela integrata fra ambiente e salute collettiva, in caso di effettivo

[101] Sulla suddivisione dei reati in crimini, delitti e contravvenzioni si vedano, tra tutti, Y. Mayaud, *Droit pénal général*[7], cit., 364 ss.; E. Dreyer, *Droit pénal général*[6], cit., 188 ss.
[102] Cfr. M. Stéphane Le Rudulier, "*Avis"* n° 634 (2020-2021) sul progetto della *Loi climat* 26.5.2021, 10, disponibile in: *https://www.senat.fr/rap/a20-634/a20-634.html*.

danneggiamento ambientale o di morte e lesioni personali, si potrebbero prevedere delle circostanze aggravanti che accedono ai suddetti reati di pericolo concreto.
Giungere quando il danno si è già verificato non può più soddisfare la necessità di proteggere uno tra i beni giuridici ormai più importanti per la nostra sopravvivenza, nella “casa” che ci appartiene.

CALCULATE CRIMINAL LAW? CRITICITÀ NELL'USO DEGLI ALGORITMI DI PERICOLOSITÀ SOCIALE

di Mattia Di Florio
(Assegnista di ricerca in diritto penale, Università di Foggia)

Prendendo spunto dal "calculemus" di Leibniz, l'articolo indaga la possibile rilevanza del calcolo nel diritto penale, con particolare riferimento all'utilizzo di algoritmi predittivi della pericolosità sociale, evidenziandone gli aspetti problematici.
Taking a cue from Leibniz's "calculemus", the article investigates the possible relevance of calculus in criminal law, with particular reference to the use of predictive algorithms of social dangerousness, highlighting its problematic aspects.

SOMMARIO: 1. *Calcolo* e diritto penale. – 2. Algoritmi di pericolosità sociale. – 3. Criticità nell'uso di *predictive tools*: le possibili violazioni delle garanzie dell'imputato. – 4. Il rischio di una *Mechanical Jurisprudence*. – 5. L'opacità degli algoritmi. – 6. Algoritmi e *bias*. – 7. Conclusioni.

1. Alla fine del XVII secolo, il matematico, filosofo e giurista tedesco Gottfried Wilhem von Leibniz nutriva l'ambizione di formulare un algoritmo[1], cioè una procedura di calcolo[2], per formalizzare l'espressione del pensiero umano, il linguaggio naturale: «ciò fatto, quando nasceranno controversie, non vi sarà bisogno di disputare tra due filosofi più che tra due contabili: basterà infatti prendere in mano la penna, sedersi davanti all'abaco e (preso con sé, volendo, un amico) dirsi a vicenda: *calcoliamo (calculemus)!*»[3].
L'idea del *calculemus* continuò a essere oggetto di riflessione scientifica secoli dopo Leibniz[4].
Nel diritto penale, il *calculemus* evoca l'idea leibniziana di un giudice algoritmico che applica le regole del diritto per la decisione del caso concreto: è un'idea suggestiva che, però, va chiarita per

[1] 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 Toffalori, *Algoritmi*, Bologna 2015, 18-19).

[2] Nell'antichità, l'idea di un procedimento per il calcolo era tutt'altro che sconosciuta, ad esempio le "ricette" per effettuare calcoli impresse con segni cuneiformi su tavole babilonesi di quasi 4000 anni fa (cfr. *amplius* B. Codenotti, M. Leoncini, *La rivoluzione silenziosa. Le grandi idee dell'informatica alla base dell'era digitale*, Torino 2020, 7 ss.); inoltre, il *Crivello* del matematico alessandrino Eratostene (che per primo misurò il meridiano terrestre), per produrre la lista dei numeri primi, cioè dei numeri interi positivi divisibili solo per sé stessi e per 1, fino a un certo limite (cfr. *amplius* L. Russo, *La rivoluzione dimenticata. Il pensiero scientifico greco e la scienza moderna*, Milano 2021) (no virgola tra luogo di pubblicazione e anno, anche per le altre note).

[3] G.W. Leibniz, *De arte characteristica ad perficiendas scientias ratione nitentes*, trad it., *Sull'arte caratteristica, per praticare le scienze che si basano sulla ragione*, in *Scritti filosofici di Gottfried Wilhem Leibniz*, a cura di M. Mugnai, E. Pasini, Torino 2000, 213.
Leibniz aveva già creato in ambito matematico (indipendentemente da Newton) il calcolo differenziale e integrale per eseguire facilmente calcoli assai complicati, ma rimase convinto che qualcosa di simile potesse essere fatto anche per tutta la conoscenza umana (cfr. M. Davis, *Il calcolatore universale*, trad. it., Milano 2003, 18 ss.; M. Li Calzi, *La matematica dell'incertezza*, Bologna 2016, 57). Leibniz si ispirò non solo al filosofo inglese Thomas Hobbes che aveva concepito il ragionamento come un calcolo (v. *Scritti filosofici di Thomas Hobbes*, a cura di A. Negri, G. Paganini, Torino 2013), ma anche al filosofo, logico e mistico medievale Raimondo Lullo, che aveva immaginato di meccanizzare non solo i sillogismi aristotelici, ma l'intero linguaggio che è la combinazione di molte parti (es.: articoli, sostantivi aggettivi, verbi, preposizioni, etc.); la sua idea era di fare grandi ruote corrispondenti alle parti del linguaggio, disporre queste ruote in modo concentrico e, a seconda di come venivano girate, ottenere combinazioni meccaniche (v. *Raimondo Lullo. Arte breve*, a cura di M. Romano, Milano 2002).

[4] In argomento, v. *funditus* P. Odifreddi, *Le menzogne di Ulisse. L'avventura della logica da Parmenide ad Amartya Sen*, Milano 2004, 153, cui si rinvia anche per i necessari riferimenti bibliografici.

non essere fraintesa, se è vero, come osservava nella prima metà del secolo scorso, B.N. Cardoso, giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti, che «ancora non è stata scritta la tavola dei logaritmi per la formula di giustizia»[5].

In generale, il calcolo risulta "estraneo" al diritto penale che ha per oggetto, come scriveva Cesare Beccaria, i delitti e le pene[6]. Se, dunque, lo studioso del diritto penale, pur con qualche "variazione sul tema" (rispetto all'epoca di Beccaria) continua ad occuparsi dell'interpretazione (e dell'applicazione) della fattispecie incriminatrici, ci si potrebbe chiedere che rilevanza abbia il calcolo in tutto questo.

È vero che il codice penale impiega, in modo spesso "inconsapevole", concetti che sono oggetto di studio di discipline extra-penalistiche, come la probabilità (di commettere nuovi reati) nella pericolosità sociale generica (*ex* art. 203 Cp), e ciò è dovuto anche alla formazione largamente umanistica degli studiosi del diritto penale che contribuirono alla stesura del codice Rocco.

Sebbene il diritto penale, già nella seconda metà dell'800, si fosse aperto all'apporto dell'antropologia e della psichiatria applicata alla medicina con Cesare Lombroso e della sociologia criminale con Enrico Ferri[7], la prospettiva scientista rimase "ai margini" del dibattito penalistico, dove prevalsero la scuola classica e la terza scuola che avrebbe "preparato il terreno" al regime autoritario[8]. A questo si aggiungano anche le derive positiviste, in particolare il passaggio da un diritto penale del fatto a un diritto penale d'autore, che il Progetto Ferri (elaborato nel 1921 e mai approvato) rischiava di comportare, muovendo dalla prospettiva di far "ruotare" il diritto penale intorno al concetto generico di pericolosità sociale, in luogo della colpevolezza[9].

Per queste accennate ragioni, è plausibile ipotizzare che, all'epoca della redazione del codice Rocco, l'idea del *calculemus* fosse considerata come un *divertissement* confinato nel puro mondo delle idee, piuttosto che un'implicazione pratica per il diritto (penale).

La probabilità non è, ovviamente, l'unico esempio di concetti "inconsapevolmente" attinti da ambiti extra-penalistici: si pensi, ad esempio, al rapporto di causalità del reato che evoca un principio, in primo luogo scientifico, il principio di causalità, e le teorie penalistiche sul nesso causale sviluppate in dialogo con le scienze dure (come la causalità logico-scientifica di Federico Stella[10]); o ancora, alle evidenze neuroscientifiche, più recentemente addotte da altri studiosi del diritto penale per cercare di penetrare non solo l'imputabilità, ma anche l'elemento soggettivo della colpevolezza[11].

La temuta "contrapposizione" tra cultura umanistica e cultura scientifica[12] si è certamente affievolita nel tempo (come dimostrano gli esempi sopra citati), e ciò può indurre l'interprete del diritto penale odierno a considerare il *calculemus* di Leibniz non più un mero *divertissement* matematico, ma un possibile scenario per il diritto penale. L'idea del calcolo, alla base degli algoritmi predittivi, promette di essere di aiuto con particolare riferimento a quei concetti, come la pericolosità sociale, il cui accertamento è sempre stato lasciato esclusivamente alla "creatività giudiziale", data anche l'assenza di criteri soddisfacenti elaborati delle scienze criminologiche.

A differenza degli altri concetti sopra menzionati, la "misura" della probabilità (di commettere nuovi reati) del soggetto socialmente pericoloso continua a rimanere "insolubile" sul piano del diritto penale, nel senso che, in assenza di una precisa definizione legislativa, gli interpreti si sono affannati a individuare criteri per definirne l'accertamento. Questo sforzo, però, come vedremo, si è rivelato inutile, e anzi, ha finito per convincere gli stessi studiosi del diritto penale che solo la prognosi giudiziale può fornire un significato "in concreto" a tale concetto.

A questa conclusione ha probabilmente portato anche la natura "accessoria" della pericolosità sociale

---

[5] La citazione del giudice B.N. Cardoso è tratta da G. Canzio, *Intelligenza artificiale e processo penale*, in *CP* 2021, 799.
[6] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Livorno 1764.
[7] C. Lombroso, E. Ferri, R. Garofalo, G. Fioretti, *Polemica in difesa della scuola criminale positiva*, Bologna 1886.
[8] In argomento, v. *ampilus* A. Manna, *Corso di diritto penale*[5], Milano 2020, 5 ss.
[9] A. Manna, *Corso di diritto penale*[5], cit., 5 ss.
[10] Il riferimento è all'ormai classico F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano 1990.
[11] V. *ex multis* O. Di Giovine, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro)scienze?*, Torino 2019.
[12] In questo senso, si veda C.P. Snow, *Le due culture*, trad. it., Milano 2005.

rispetto al reato, e di conseguenza delle misure di sicurezza rispetto alla pena, come sembrerebbe evocare il famigerato sistema del "doppio binario"[13], la cui crisi coincide plausibilmente con la stessa nascita della nozione generica di pericolosità sociale[14].
Anche se oggi gli algoritmi alla base dell'intelligenza artificiale (IA)[15] sembrano costituire una "chiave di volta" dall'umanesimo al transumanesimo, ciò non significa una perdita di centralità del giudice-uomo[16], ma piuttosto un possibile potenziamento (*enhancement*), per cui gli interpreti del diritto continueranno a fare il loro lavoro[17], avendo a disposizione *tools* (ad esempio, nel *criminal law*, il *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions COMPAS*), in grado di rendere più oggettiva una decisione sui concetti di diritto penale. Insomma, un'IA "predittiva"[18], ma non "interpretativa", visto che gli stessi interpreti sono chiamati a valutarne le previsioni. Gli algoritmi "calcolano" scenari futuri di maggior o minore probabilità di pericolosità sociale, ma spetta agli interpreti "tradurre" tali previsioni in un quadro significativo e rispettoso delle garanzie dell'imputato.
L'aspetto problematico, quindi, riguarda l'utilizzo di algoritmi predittivi di pericolosità sociale. Se, da un lato, come vedremo, gli algoritmi predittivi possono fornire un calcolo accurato della probabilità di pericolosità sociale, dall'altro lato non mancano possibili "criticità" che potrebbero minare il potenziale effetto di "semplificatore" nel giudizio prognostico.
Gli algoritmi possono aiutare a risolvere il problema del calcolo della probabilità di pericolosità sociale, a condizione che le loro previsioni siano poi anche "interpretate" alla luce del principio di legalità delle misure di sicurezza (artt. 25 co. 3 Cost.). D'altra parte, le previsioni algoritmiche non possono essere il mezzo attraverso il quale giungere a conclusioni contrarie al principio di riserva di legge; altrimenti, si verificherebbe un paradosso, in quanto gli algoritmi predittivi mostrerebbero quella stessa ampia "discrezionalità" che viene spesso criticata nel giudizio prognostico di pericolosità sociale.
L'obiettivo di questo contributo è quello di evidenziare che il calcolo della probabilità della pericolosità sociale se, da un lato, può contribuire a risolvere "vecchi" problemi attinenti alla soggettività del "metro" di giudizio prognostico, dall'altro non esime gli interpreti dal rilevare le criticità che emergono dall'uso degli algoritmi predittivi e che spingono a un ridimensionamento del calcolo nel diritto penale.

2. La prognosi di pericolosità sociale costituisce da sempre l'esito di un giudizio "ineffabile" perché rimesso all'intuito del giudice sulla base di criteri generici (*ex* art. 133 Cp). La dottrina, ormai da lungo tempo, auspica la riformulazione della pericolosità sociale generica (*ex* art. 203 Cp)[19] in

[13] Sul "doppio binario" e la sua crisi, v. *funditus* M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino 2008.
[14] M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 107 ss.
[15] M. Boden, *L'intelligenza artificiale*, trad. it., Bologna 2019, 7 ss., osserva che l'IA studia come consentire ai computer (grazie agli algoritmi) di «fare i tipi di cose che le menti possono fare».
[16] Vale la pena di citare, tuttavia, il caso cinese della Procura del Popolo di Shangai Pudong, dove all'IA è affidato un ruolo importante nel processo decisionale, che consisterebbe – secondo le cronache locali – nel valutare con oltre il 97% di accuratezza le prove, le condizioni per un arresto e il grado di pericolosità sociale di un soggetto, per almeno otto dei reati più comuni a Shangai, attraverso l'addestramento di algoritmi su oltre 17000 casi tra il 2015 e il 2020 (v. S. Chen, *Chinese scientists develop AI "prosecutor" that can press its own charges*, in *www.scmp.com*, 26 dicembre 2021).
[17] Cfr. in questo senso U. Ruffolo, *Giustizia predittiva e machina sapiens come "avvocato generale" ed il primato del giudice umano: una proposta di interazione virtuosa*, in *XXVI lezioni di diritto dell'Intelligenza Artificiale*, a cura di U. Ruffolo, Torino 2021, 205 ss.; più di recente v. G. Pasceri, *La predittività delle decisioni*, Milano 2023.
[18] Cfr. G. Canzio, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in *www.sistemapenale.it*, 8 gennaio 2021.
[19] La vaghezza dei concetti giuridici (come, ad esempio, la pericolosità sociale, di cui come è noto, non esiste una definizione nell'art. 203 Cp), oltre alla volontà del legislatore di non fornire una nozione "a maglie strette", in contrasto con l'evoluzione del diritto penale, potrebbe riflettere una crisi della legge a fronte dello sviluppo esponenziale del ruolo degli organi giurisdizionali (in particolare delle Corti supreme): per un'indagine storica del rapporto tra legge e potere giudiziario, v. *funditus* G. Stella, *Crisi della legge e potere del giudice*, Milano 2020; cfr. nella filosofia del diritto, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 1989, 475 ss.; più di recente nella dottrina penalistica, v.

pericolosità sociale specifica (nella stessa direzione in cui il legislatore si è già mosso per i soggetti minorenni)[20], o la sostituzione della pericolosità sociale con il bisogno di cure (con particolare riferimento al reo affetto da disturbo mentale)[21], o ancora la riforma del processo penale in chiave bifasica, separando il momento della decisione da quello della determinazione della sanzione[22].
Tuttavia, le suddette elaborazioni, pur riconoscendo il tasso di incertezza che connota il giudizio prognostico di pericolosità sociale affidato al cosiddetto metodo intuitivo, di cui «la prassi celebra ogni giorno il trionfo»[23], non sembrano in grado di trovare un metodo scientifico più affidabile[24].
L'uso di algoritmi predittivi sarebbe in grado di consentire la formulazione di un giudizio prognostico, con un grado di affidabilità maggiore rispetto ai metodi tradizionalmente elaborati dalle scienze criminologiche[25]. Queste ultime, a fronte della «crisi profonda che investe sia il fondamento che la concreta praticabilità della pericolosità sociale»[26], hanno suggerito di affiancare al metodo intuitivo ulteriori criteri che si sono rivelati, però, inaffidabili per garantire un'esecuzione almeno uniforme delle prognosi di pericolosità, a causa dell'incompletezza della base prognostica (v. il metodo statistico), e di un "marcato soggettivismo" in contrasto con le esigenze di certezza (v. il metodo clinico)[27], o comunque di costi non indifferenti (v. il metodo combinato)[28].
Gli algoritmi predittivi di pericolosità sociale potrebbero fornire un modello predittivo basato sull'apprendimento dei dati relativi alla personalità del reo. L'utilità di questo modello risiederebbe nel maggior grado di accuratezza del calcolo della probabilità dell'imputato incensurato che ha commesso un fatto grave, o del reo, di commettere nuovi reati. In altre parole, gli algoritmi predittivi sarebbero capaci di arrivare a una misura più precisa di questa probabilità[29], invece di essere lasciata all'intuizione del giudice, «se non al suo incontrollabile *arbitrium*»[30], sulla base degli elementi indicati nell'art. 133 Cp che letti in chiave prognostica «non forniscono criteri precisi per delimitare la prognosi di pericolosità, in quanto richiamano una complessità di fattori molto ampia che impone di tener conto di elementi desunti dal fatto di reato commesso e dagli elementi inerenti alla personalità dell'autore»[31].

F. Palazzo, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *RIDPP* 2022, 975 ss.; A. Cadoppi, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli 2022, spec. 229 ss.

[20] V. *amplius* M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 186 ss.

[21] V. *amplius* A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino 1997; M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino 2007, spec. 200 ss.; M. Bertolino, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *AP* 2014, 2, 459 ss. Si veda anche, più di recente, A. Cabiale, *L'accertamento giudiziale della pericolosità sociale fra presente e futuro*, in *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, a cura di M. Pelissero, L. Scomparin, G. Torrente, Napoli 2022, 93 ss., dove si suggerisce, in particolare nei confronti dei potenziali destinatari delle REMS, di spostare in avanti la prognosi criminale, cioè solo dopo l'accertamento del fatto e non contestualmente, poiché solo allora ci sarebbero elementi certi su cui basarla.

[22] V. *amplius* A. Procaccino, *Pericolosità sociale (accertamento della)*, in *DigDPen.*, II, Torino 2005, 1051 ss.

[23] L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli 1984, 144.

[24] In questo senso v. M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 112; cfr. A. Martini, *Essere pericolosi*, Torino 2017, spec. 165, dove si osserva che «affidare il destino ad un'interpretazione del senso comune è però esercizio estremamente pericoloso quando entrano in gioco valori fondamentali; neppure condividendo l'affermazione di Calamandrei, per la quale "il giudice è il diritto fatto uomo", appare lecito accontentarsi della sola garanzia della natura giurisdizionale dell'accertamento».

[25] Sui metodi tradizionalmente elaborati dalle scienze criminologiche, v. G. Kaiser, *Criminologia*, trad. it., Milano 1985.

[26] In argomento, v. *funditus* M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *sub art. 203 Cp*, in *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano 2011, 469.

[27] In argomento v. *ex plurimis*, L. Fornari, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *RIDPP* 1993, 586; M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 110 ss.; Id., *sub art. 203 Cp*, in C*odice penale commentato*, a cura di E. Dolcini, G.L. Gatta, Milano 2021, 2608

[28] In questo senso, v, M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 112,

[29] In questo senso, cfr. A.M. Maugeri, *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra evidence based practices e tutela dei diritti fondamentali*, in *AP* 2021, 1, che, però, evidenzia anche i rischi connessi all'uso di algoritmi predittivi come discriminazioni, valutazioni generalizzanti e mancanza di trasparenza.

[30] Così F. Rocchi, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, Napoli 2020, 66.

[31] M. Pelissero, *sub art. 203 Cp*, in *Codice penale commentato*, cit., 2603-2604. Sulle plurime applicazioni del giudizio prognostico di pericolosità sociale, v. *amplius* F. Basile, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità*

Sul piano di teoria generale, l'utilizzo di un modello predittivo potrebbe attribuire maggiore consistenza scientifica alla categoria stessa della pericolosità sociale, considerato «il *deficit* di determinatezza nella formulazione del giudizio di pericolosità sociale (e conseguentemente nell'applicazione delle misure di sicurezza) che investe sia la base per la formulazione del giudizio di pericolosità (individuata in modo inadeguato nell'art. 133 Cp), sia i criteri per la formulazione (affidati all'intuizione del giudice), sia la determinazione dello stesso grado di possibilità rilevante»[32].
L'analisi predittiva sarebbe plausibilmente più accurata in quanto si concentrerebbe sui dati della personalità del reo (come i dati anagrafici, sensibili e giudiziari, ma anche quelli relativi alle comunicazioni elettroniche e i dati di geolocalizzazione), in grado di fornire informazioni preziose per calcolare la probabilità di pericolosità sociale.
Inoltre, l'utilizzo del modello predittivo non sembra contrastare con il divieto di perizia criminologica (ex art. 220 co. 2 Cpp), se si aderisce all'interpretazione dottrinale, rimasta minoritaria, secondo cui la clausola di salvezza della citata disposizione («salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza») si applicherebbe anche alla valutazione della pericolosità sociale[33].
Un'interpretazione, quest'ultima, che non è però condivisa da chi sostiene che proprio il divieto di perizia criminologico, superabile solo in presenza di patologie psichiche, «spiega perché l'accertamento della pericolosità si fondi sul metodo intuitivo, che solo apparentemente è diretto dai criteri indicati dall'art. 133 Cp, come varrebbe l'art. 203 Cp»[34].

3. Nella dottrina tedesca, Cristoph Burchard sostiene che l'IA potrebbe decretare la "fine del diritto penale", nel senso di segnare la scomparsa del diritto penale liberale e l'affermazione di un diritto penale securitario irragionevole per gli esseri umani[35], con il rischio di una compressione del principio di presunzione di innocenza[36]. Il diritto penale si concentra tipicamente su atti che sono stati attuati o la cui attuazione è almeno iniziata immediatamente: un atteggiamento contrario alla norma, finché non si concretizza in un'azione, rimane di solito impunito (*cogitationis poenam nemo patitur*); se la sfera dei pensieri dell'autore del reato fosse accessibile a una valutazione algoritmica automatizzata, la soglia della punibilità rischierebbe di abbassarsi minacciosamente[37].
Per evitare il possibile scenario sopra descritto, Lucia Sommerer propone due fondamentali raccomandazioni per i requisiti minimi degli algoritmi di *law enforcement*, e in particolare di "polizia predittiva" (*on the person-based predictive policing, PPP*)[38]. In primo luogo, l'imparzialità degli algoritmi di *PPP* deve essere garantita da una specifica ricerca di discriminazioni nel *data set* di "addestramento" già nella fase di sviluppo[39]; in secondo luogo, l'introduzione del "triangolo della trasparenza" che consiste nella registrazione pubblica obbligatoria di questi *tools*, nella tutela dei diritti soggettivi delle persone interessate, e nell'istituzione di un organismo di controllo statale[40].

---

sociale? Spunti di riflessione, con paricolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione, in *RIDPP* 2018, 644 ss.

[32] In questo senso v. M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *sub art. 203*, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 470 ss., cui si rinvia anche per i necessari riferimenti bibliografici.

[33] In questo senso v. ancora M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *sub art. 203*, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 469.

[34] M. Pelissero, *sub art. 203 Cp*, in *Codice penale commentato*, cit., 2608.

[35] Sulle implicazioni degli algoritmi di IA nel processo con particolare riferimento ai diritti umani, v. *ex multis*, J. Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, trad. it., Torino 2019, spec. 118 ss.

[36] C. Burchard, *Künstliche Intelligenz als Ende des Strafrechts? Zur algorithmischen Transformation der Gesellschaft*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics*, a cura di J.C. Schuhr, J. C. Joerden, Berlino 2019, 527 ss., trad. it., *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *RIDPP* 2019, 1909 ss.

[37] In questo senso, v. C. Thimm, T.C. Bächle, *Die Maschine: Freund oder Feind? Mensch und Technologie im digitalen Zeitalter*, Berlino 2019, 175.

[38] L.M. Sommerer, *Personenbezogenes Predictive Policing. Kriminalwissenschaftliche Untersuchung über die Automatisierung der Kriminalprognose*, Baden-Baden 2020, 343.

[39] L.M. Sommerer, *Personenbezogenes Predictive Policing*, cit., 345.

[40] L.M. Sommerer, *Personenbezogenes Predictive Policing*, cit., 348.

Imparzialità e trasparenza devono, a maggior ragione, essere salvaguardate in relazione al possibile utilizzo in ambito penale di algoritmi predittivi di pericolosità sociale, le cui valutazioni, se non opportunamente interpretate, potrebbero ledere le garanzie costituzionali del reo (artt. 27 co. 1 e 3 Cost.)[41]. Il rischio sarebbe quello di far prevalere la funzione di prevenzione speciale, nel senso originario di incapacitazione del soggetto pericoloso, anche in considerazione della mancanza di un "contrappeso" garantista, ossia della previsione di un limite massimo edittale e di un rapporto di proporzione della misura di sicurezza con la prognosi di pericolosità[42].
Questo atteggiamento di prudenza, rispettoso dei principi fondamentali di garanzia in materia penale[43], e al tempo stesso volto a "bilanciare" la funzione di prevenzione speciale delle misure di sicurezza ispirate al principio di pericolosità, non deve, però, indurre l'interprete a stigmatizzare l'IA applicata al diritto penale. Per questo motivo, non appare condivisibile la posizione assunta nella dottrina tedesca da Karsten Gaede, secondo il quale dovrebbe essere esplicitamente vietata la costruzione di sistemi autonomi di IA che mettano in pericolo le garanzie e i diritti fondamentali, e si richiede quindi una lungimiranza europea contro la dannosa prosecuzione della ricerca sull'IA[44]. Lungimiranza europea che, in linea di principio, non è mancata vista l'approvazione della Carta etica sull'uso dell'IA all'interno dei sistemi giudiziari da parte della Commissione per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa (*CEPEJ*)[45], la proposta della Commissione europea di regolamento sull'IA[46] e, infine, l'approvazione del Parlamento europeo di una risoluzione sull'uso trasparente dell'IA nel diritto penale[47].

4. Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, se gli algoritmi predittivi, anche se in ipotesi non lesivi dei diritti fondamentali degli imputati, non siano visti dai giudici come *tools* in qualche modo "indesiderabili" a causa del loro impatto sul potere discrezionale di valutare la pericolosità sociale: l'efficienza algoritmica potrebbe costituire un "cavallo di Troia" per fare breccia in una "sfera di dominio giudiziario". In effetti, tale "resistenza" all'uso degli algoritmi predittivi è evidenziata da una dottrina di *criminal law* che getta nuova luce sul ruolo duraturo della discrezionalità giudiziaria nel plasmare l'impatto sociale e politico delle tecnologie algoritmiche[48].

---

[41] Sull'impiego di algoritmi predittivi nella prognosi di pericolosità sociale in rapporto ai diritti fondamentali v. *amplius* A.M. Maugeri, *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale*, cit.; V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *Discrimen*, 15 maggio 2020; G. Ubertis, *Giustizia penale e nuove tecnologie*, in *DPenCont* 2020, 4, spec. 81 ss. Con particolare riferimento all'impiego di *risk assessment tools* tra Stati Uniti e Europa, v. M. Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 maggio 2019; P. Severino, *Intelligenza artificiale*, Roma 2022, spec., 77 ss. Cfr. nella dottrina di *criminal law*, M. Brenner et al., *Constitutional Dimensions of Predictive Algorithms in Criminal Justice*, in *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.*, 2020, 267 ss.; A. Nishi, *Privatizing sentencing: a delegation framework for recidivism risk assessment*, in *Colum. L. Rev.*, 119, 2019, 1671 ss., dove si sostiene che la natura privata di molti algoritmi di valutazione del rischio di recidiva rende i giudici incapaci di comprendere e applicare correttamente i loro risultati, portando a un maggiore affidamento sulle decisioni politiche degli sviluppatori privati; per questo motivo, i legislatori devono rafforzare gli statuti sulla valutazione del rischio di recidiva, aumentando la capacità dei giudici di comprendere e applicare i punteggi di rischio algoritmici.
[42] In senso critico, v. *ampilus* A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., 358, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.
[43] Cfr. N. Mazzacuva, *Alcune riflessioni su Intelligenza Artificiale e diritto penale sostanziale*, in *XXVI lezioni di diritto dell'Intelligenza Artificiale*, cit., 287 ss.
[44] K. Gaede, *Künstliche Intelligenz – Rechte und Strafen für Roboter? Plädoyer für eine Regulierung künstlicher Intelligenz jenseits ihrer reinen Anwendung*, Baden-Baden 2019, 81 ss.
[45] V. *amplius* S. Quattrocolo, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, *in LP* 18 dicembre 2018.
[46] V. *amplius* P. Troncone, *Il sistema dell'Intelligenza artificiale nella trama grammaticale del diritto penale. Dalla responsabilità umana alla responsabilità delle macchine pensanti: un inatteso return trip effect*, in *CP* 2022, 3287 ss.
[47] 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 *CP* 2022, 1180 ss.
[48] S. Brayne, A. Christin, *Technologies of Crime Prediction: The Reception of Algorithms in Policing and Criminal Courts*, in *Soc. Probl.*, 68, 2021, 608 ss. Cfr. R. Simmons, *Big Data and Procedural Justice: Legitimizing Algorithms in the Criminal Justice System*, in *Ohio St. J. Crim.*, 2018, 573 ss., dove si osserva che le tecnologie algoritmiche si

La discrezionalità giudiziaria sembrerebbe, tuttavia, correre il rischio di essere, in qualche misura, automatizzata con l'uso di algoritmi predittivi, come osservato dalla filosofa americana Dasha Pruss, secondo la quale i giudici statunitensi potrebbero affidarsi acriticamente a questi *tools*, dando vita a una *Mechanical Jurisprudence*[49]. L'automatizzazione delle sentenze sarebbe una conseguenza del fatto, secondo Dasha Pruss, che gli algoritmi non sono dinamici o interpretativi, ma forniscono la stessa previsione per quanto riguarda, ad esempio la pericolosità sociale e il rischio di recidiva, precludendo ai giudici la possibilità di reinterpretare dinamicamente le norme giuridiche quando cambia il contesto individuale, familiare e sociale dell'imputato[50]. Il rischio di una *Mechanical Jurisprudence* potrebbe, tuttavia, essere mitigato dal fatto che i recenti algoritmi di apprendimento automatico (*Machine Learning, ML*)[51], e di apprendimento profondo (*Deep Learning*, una sotto-tecnica di *ML*) sembrano, secondo alcuni esperti del settore, essere una "transizione" da un'IA *debole*, che si limita a simulare il pensiero umano, a un'IA di "livello umano" o "generale", con la capacità di "spiegare" le proprie previsioni agli agenti umani[52]. Secondo un'efficace espressione utilizzata in riferimento al *criminal justice*, l'IA sarebbe capace di ridurre il "rumore" (*Noise*), "un difetto del giudizio umano" (*A Flaw in Human Judgement*), derivante dalla mancanza di una verità oggettiva nel processo decisionale (a differenza delle scienze dure), che spesso finisce per tradursi in un'ampia discrezionalità giudiziaria[53].

5. Una preoccupazione ricorrente riguardo ai suddetti algoritmi di *ML* è che essi operano come *black boxes* ("scatole nere"), rendendo difficile identificare come e perché raggiungono particolari decisioni, raccomandazioni o predizioni[54].
Per illustrare il problema dell'opacità algoritmica è opportuno confrontare un *tool* di valutazione quantitativa del rischio (*quantitative risk assessment*) basato su un approccio statistico, come l'*Oxford Risk of Recidivism Tool* (*OxRec*), con uno fondato su *ML*, come il già citato *COMPAS*[55].
OxRec è un *tool* che aiuta a prevedere il rischio di recidiva in base a un'analisi statistica dei dati di oltre 47.000 detenuti rilasciati dal sistema carcerario svedese tra il 2001 e il 2009; utilizzando 14

diffonderanno nel sistema di *criminal law* se verranno accettate dall'opinione pubblica.

[49] D. Pruss, *Mechanical Jurisprudence and Domain Distortion: How Predictive Algorithms Warp the law*, in *Philos. Sci.*, 88(5), 2021, 1101 ss., secondo cui l'uso di algoritmi predittivi offuscherebbe anche la tradizionale distinzione di *criminal law* tra il dominio della determinazione della colpevolezza (*liability*) e quello della condanna (*sentencing*), poiché gli algoritmi predittivi prendono esplicitamente in considerazione le valutazioni di responsabilità future quando decidono le sentenze per le valutazioni di responsabilità attuali; l'uso di algoritmi per il processo decisionale giuridico di *criminal law* renderebbe necessariamente l'interpretazione giuridica un'impresa formalistica.

[50] D. Pruss, *Mechanical Jurisprudence and Domain Distortion*, cit., 1101.
Sulla fondamentale componente interpretativa nel *criminal law*, v. *funditus* R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (MA) 1986.

[51] Sugli algoritmi di *ML* v. *amplius* P. Domingos, *L'algoritmo definitivo*, trad. it., Torino 2015.
Secondo alcuni, il *ML* fa parte dell'informatica e/o della statistica e non dell'IA, ma, secondo altri, non ci sono confini netti in questi campi. In argomento, v. *amplius* M. Boden, *L'intelligenza artificiale*, cit., 47 ss., dove si osserva che il *ML* 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». Sugli algoritmi di *ML*, v. anche P. Crescenzi, L. Pagli, *Problemi, algoritmi e coding*, Bologna 2017.

[52] Sulla più recente denominazione di IA "di livello umano" o "generale", v. *amplius* S.J. Russell, P.Norvig, *Artificial Intelligence. A Modern Approach*[4], New York 2020, trad. it. *Intelligenza artificiale. Un approccio moderno*, I, a cura di F. Amigoni, Milano 2021. Cfr. A. Lieto, *Cognitive Design for Artificial Minds*, Londra 2021.

[53] V. *funditus* D. Kahneman, O. Sibony, C.R. Sunstein, *Noise. A Flaw in Human Judgment*, New York 2021.

[54] Cfr. *amplius* W.A. Mostowy, *Explaning Opaque AI Decisions, legally*, in *BTLJ*, 35, 2020, 1291 ss.

[55] Sul confronto tra *COMPAS* e *OxREC*, v. *amplius* G. van Dijck, *Predicting Recidivism Risk Meets AI Act*, in *EurJCrim.*, 28, 2022, 407 ss.

caratteristiche, che di solito possono essere ottenute senza problemi dai fascicoli, con *OxRec* viene calcolato un punteggio di rischio, che indica la probabilità di commettere un nuovo reato violento entro uno o due anni in valori percentuali[56]. Questo *tool* vanta un'affidabilità predittiva relativamente buona ed è stato validato anche nei Paesi Bassi[57]. Per l'assegnazione del punteggio non sono necessarie né valutazioni soggettive né procedure di test psicologici o interviste. Non è nemmeno richiesta una formazione precedente. Solo alcune caratteristiche richiedono una diagnosi più dettagliata o una valutazione da parte di un esperto (ad esempio, il consumo di alcol e droghe e la salute mentale della persona sottoposta al test), ma queste sono regolarmente già registrate nei fascicoli dei detenuti dopo precedenti diagnosi. Poiché lo strumento *on line* è programmato in modo tale che i risultati vengano visualizzati immediatamente e senza ritardi, è possibile verificare quali caratteristiche hanno una maggiore o minore influenza sulla valutazione del rischio modificando i singoli fattori[58].
COMPAS, invece, è un *software* che è stato utilizzato da alcuni tribunali statunitensi per valutare il rischio di recidiva[59]. La differenza con un approccio statistico è che l'IA comprende i modelli e addestra gli algoritmi da sola, mentre gli approcci statistici si basano su concetti matematici per trovare modelli nei dati definiti dal ricercatore[60].
COMPAS è stato progettato per essere ben calibrato: tutti gli individui a cui l'algoritmo assegna lo stesso punteggio dovrebbero avere approssimativamente la stessa probabilità di recidiva, indipendentemente dall'etnia. Ad esempio, tra tutte le persone a cui il modello assegna un punteggio di rischio di 7 su 10, il 60% dei bianchi e il 61% dei neri commette un reato. I progettisti sostengono quindi di aver raggiunto l'obiettivo di equità desiderato. D'altra parte, il *COMPAS* non raggiunge le pari opportunità: la percentuale di coloro che non hanno recidivato ma sono stati ingiustamente classificati come ad alto rischio è stata del 45% per i neri e del 23% per i bianchi[61].
La valutazione predittiva operata da *COMPAS* è stata criticata per la mancanza di testabilità e contestabilità, per l'utilizzo di dati aggregati di gruppo per valutare il rischio di recidiva, in violazione delle garanzie del *due process*[62]. Poiché il *software* è di proprietà privata, i dati e gli algoritmi non sono trasparenti, nemmeno per il giudice[63]. Questa opacità algoritmica[64] è stata affrontata nell'ormai

[56] V. H.E. Muller, *„Moneyball" in der Strafrechtspraxis?* , in *Für die Sache - Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive* 2019, 97 ss.
[57] S. Fazel et al., *Prediction of violent reoffendering in prisoners and individuals on probation: A Dutch validation study* (*OxRec*), in *Sci. Rep.*, 2019, 9:841.
[58] H.E. Muller, *„Moneyball" in der Strafrechtspraxis?* , cit.
[59] G. van Dijck, *Predicting Recidivism Risk Meets AI Act*, cit., 409.
[60] G. van Dijck, *Predicting Recidivism Risk Meets AI Act*, cit., 408.
[61] In questo senso, v. *amplius* S.J. Russell, P.Norvig, *Artificial Intelligence*, cit., dove si osserva che, come dimostrato nella letteratura scientifica (v. *funditus* J. Kleinberg et al., *Inherent trade-offs in the fair determination of risk scores*, in *arXiv*:1609.05807), è impossibile che un algoritmo sia al contempo ben calibrato e con pari opportunità: se le classi di base sono diverse, qualsiasi algoritmo ben calibrato non fornirà necessariamente pari opportunità e viceversa.
[62] In questo senso, v. C. McKay, *Predicting risk in criminal procedure: Actuarial tools, algorithms, AI and judicial decision-making*, in *Curr. Issues Crim.* 2020, 32(1), 22 ss.
[63] Cfr. per una spiegazione matematica dell'opacità algoritmica A. Vespignani, *L'algoritmo e l'oracolo*, Milano 2019, 37, dove si evidenzia che «la discussione sull'imparzialità algoritmica è un problema delicato che coinvolge aspetti teorici e matematici, e soprattutto la definizione del tipo di imparzialità più importante da proteggere a seconda dell'uso che si fa delle predizioni nei diversi contesti; la letteratura scientifica sull'argomento ha cominciato quindi a riflettere sul concetto di giustizia stessa, a come identificare ed eliminare classificatori ingiusti; problemi non semplici per via della segretezza e non trasparenza attorno agli algoritmi, in parte dettati da motivi di *copyright* e in parte da una reale incapacità di interpretare i meccanismi e i processi di apprendimento degli algoritmi stessi».
[64] Cfr. per una differente interpretazione, nella dottrina di *criminal law*, M. Selmi, *Algorithms, Discrimination and the Law*, in *Ohio St. L.J.*, 82, 2021, 611 ss., dove si osserva che la grande maggioranza degli algoritmi non sono *black-box*, ma procedure complicate con parti identificabili che assomigliano in gran parte a modelli statistici complessi, come le regressioni, che sono stati analizzati per decenni dalle Corti americane; v. anche A.M. Carlson, *The Need for Transparency in the Age of Predicting Sentencing Algorithms*, in *Iowa L. Rev.*, 2017, 303 ss.
Sull'opacità tecnologica dell'IA, con particolare riferimento al diritto penale, v. *funditus* O. Di Giovine, *Il judge-bot e le sequenze giuridiche in materia penale (Intelligenza Artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale*), in *CP*, 2020, 951 ss.;

noto caso *Loomis v. Wisconsin*[65] dove il ricorrente ha sostenuto di avere il diritto di essere condannato sulla base di informazioni accurate e che il fatto di non sapere come *COMPAS* avesse calcolato il suo punteggio di previsione violava questo diritto[66]. Se, da un lato, la Corte Suprema del Wisconsin ha respinto le argomentazioni di *Loomis*, affermando che la condanna non sarebbe stata diversa senza il *COMPAS*, dall'altro lato, ha lanciato diversi avvertimenti ai giudici, da cui traspare un certo scetticismo sull'accuratezza dell'algoritmo, in particolare per quanto riguarda i pregiudizi nei confronti degli imputati appartenenti a minoranze etniche[67]. In breve, l'uso di algoritmi predittivi nel sistema di *criminal justice* statunitense[68], costituisce solo un'informazione aggiuntiva, non l'unica base per il processo decisionale, e per questo motivo il *due process* non viene violato[69].

6. I *bias* algoritmici sono errori che possono derivare esplicitamente da *bias* cognitivi degli informatici che devono sviluppare l'algoritmo, o implicitamente dai dati utilizzati per "addestrare" gli algoritmi di *ML*[70]. In altre parole, il potenziale di *ML* comporta la possibilità di abusi, usi impropri e conseguenze indesiderate che ne compromettono l'equità[71].
È importante comprendere il passaggio "circolare" dai *bias* cognitivi, trappole conoscitive innescate da decisioni veloci (le cosiddette euristiche)[72], ai *bias* algoritmici che creano oggi le discriminazioni

---

I. Salvadori, *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, in *RIDPP* 2021, 83 ss. Cfr. M. Caterini, *Il giudice penale robot*, in *www.legislazionepenale.eu*), 19 dicembre 2020, dove si osserva che il giudice può sempre confutare alla luce del principio dell'"oltre il ragionevole dubbio" (*Beyond Any Reasonable Doubt* - BARD) quanto suggerisce il robot secondo la logica del "più probabile che non"; v. anche B. Occhiuzzi, *Algoritmi predittivi: alcune premesse metodologiche*, in *DPenCont*, 2019, 2, spec., 398-399, dove si osserva che «la parola del giudice rivela la propria appartenenza ad un linguaggio di tipo *valutativo* e *performativo*, ben lungi dall'essere limitato a risultanze computazionali e probabilistiche».

[65] Wisconsin Supreme Court, *State v. Loomis*, case 2015AP17-CR, 13 July 2016, in *Harvard L.R.*, 130, 2017, 1530 ss. I fatti in breve. Nel 2013 Loomis veniva 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 una precedente sparatoria nello Stato americano del Wisconsin. Loomis era successivamente processato e condannato dalla *Trial Court* a cinque anni di reclusione e successivi cinque anni di sorveglianza speciale, dopo che il giudice aveva esaminato anche l'alto rischio di recidiva, previsto dal *COMPAS* (sul caso Loomis v. *amplius* F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *DPU* 2019, 10, spec. 21 ss.; Id., *Intelligenza artificiale e diritto penale: qualche aggiornamento e qualche nuova riflessione*, in *Diritto penale e intelligenza artificiale. "Nuovi scenari"*, a cura di G. Balbi, F. De Simone, A. Esposito, S. Manacorda, Torino 2022, 12.

[66] Cfr. G. van Dijck, *Predicting Recidivism Risk Meets AI Act*, cit., 409, dove si evidenzia che, se applicato in modo appropriato, *COMPAS* può migliorare la valutazione, la ponderazione e l'applicazione delle altre prove da parte del giudice nella formulazione di un programma di condanna personalizzato.
Sul rilievo del diritto di contestare le previsioni algoritmiche, anche nel contesto giudiziario, v. *amplius* M. Kaminski, J.M. Urban, *The right to contest AI*, in *Col. L. Rev.*, 121, 2021, 1957 ss.

[67] Wisconsin Supreme Court, *State v. Loomis*, case 2015AP17-CR, 13 July 2016, cit.

[68] Nel sistema di *criminal justice* statunitense, l'uso di *tool* è diffuso già nella fase della custodia cautelare *ante* processo, come, ad esempio, il *PTRA* (*Pre Trial Risk Assessment*) e il *PSA* (*Public Safety Assessment*), v. *amplius* M. Hamilton, *Evaluating Algorithmic Risk Assessment*, in *NewCrimLRev*, 24, 2021, 156 ss.; S. Levmore, F. Fagan, *Competing Algorithms for Law: Sentencing, Admissions, and Employment*, in *U. Chi. L. Rev*., 88, 2021, 367 ss. Cfr. nella dottrina processual-penalistica, S. Quattrocolo, *La giustizia penale*, in *La politica dei dati. Il governo delle nuove tecnologie tra diritto, economia, società*, a cura di M. Durante, U. Pappagallo, Milano 2022, 338, dove si osserva che «a differenza della pericolosità sociale», dove non mancano elaborazioni delle scienze criminologiche (v. *supra* nel testo), «non esistono studi significativi circa parametri e criteri che determinino una significativa correlazione con il rischio di fuga e il rischio di inquinamento probatorio. Se […] la tradizione degli studi criminologici ha svolto, nel tempo, approfonditi e significativi studi empirici sul comportamento criminale, l'elaborazione di convincenti teorie circa l'attitudine di un soggetto alla fuga o alla subornazione dei testi (per esempio) pare lontana. Ciò, tuttavia, non ha impedito l'elaborazione di software di risk assessment per la fase cautelare, che soprattutto negli Stati Uniti stanno conoscendo un certo successo: il PTRA e il PSA».

[69] D. Pruss, *Mechanical Jurisprudence and Domain Distortion*, cit., 1105.

[70] J. Aurélie, *Nel paese degli algoritmi*, trad. it., Verona 2019.

[71] Per una dimostrazione informatica, v. *ex multis* S. Burocas, M. Hardt, A. Narayanan, *Fairness and Machine Learning. Limitations and Opportunities*, in *www.fairmlbook.org*, 2019.

[72] Sui *bias* cognitivi v. *funditus* D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, trad. it., Milano 2018, spec. 145 ss.

tecnologiche, meno tangibili, e di difficile comprensione, perché "annidate" nelle equazioni matematiche e nei codici informatici[73].

I *bias* cognitivi spesso finiscono per inficiare il ragionamento umano, come ad esempio, l'*automation bias* che si riferisce alla tendenza umana ad assegnare livelli più elevati di autorità e fiducia alle fonti automatizzate rispetto a quelle non automatizzate[74], oppure l'*hindsight bias,* che induce le persone a prevedere gli eventi del passato come più prevedibili di quanto fossero in realtà (distorsione del "senno di poi")[75].

Il fenomeno dei bias cognitivi nel settore giudiziario merita di essere chiarito. Uno studio del 2011 condotto da giuristi anglosassoni suggerisce che le sentenze possono essere influenzate da variabili estranee, come fattori psicologici, politici e sociali, che non dovrebbero avere alcuna influenza sulle decisioni giudiziarie; ciò rafforza il crescente numero di prove che indicano la suscettibilità dei giudici esperti ai *biases* psicologici[76]. È stato osservato che, nelle decisioni sequenziali di giudici di sorveglianza esperti, la percentuale di decisioni favorevoli scende gradualmente dal 65% a quasi zero all'interno della sessione decisionale e ritorna bruscamente al 65% dopo una pausa. Ciò sembra contraddire con una certa dose di realismo giuridico l'assunto formalista secondo cui le decisioni giudiziarie si basano esclusivamente sull'applicazione razionale delle leggi ai fatti[77].

Anche i *bias* algoritmici esistono e sono inevitabili, data la complessità dei processi di apprendimento che li amplificano[78]. Nel sistema di *criminal justice* sono stati evidenziati i possibili *bias* di algoritmi predittivi (come il più volte citato *COMPAS*)[79], con potenziali effetti discriminatori o comunque causa di disuguaglianze[80]. Ciò conferma che le valutazioni algoritmiche non sono necessariamente più eque di quelle umane[81].

---

[73] J. Aurélie, *Nel paese degli algoritmi*, cit., 40.

[74] Sull'*automation bias*, v. *amplius* A.L. Park, *Injustice Ex Machina: Predictive Algorithms in Criminal Sentencing." UCLA Law Rev.*, 19 febbraio 2019.

[75] Per un inquadramento dell'*hindsight bias* nella psicologia, v. *funditus* U. Hoffrage, R.F. Pohl, *Research on hindsight bias: A rich past, a productive present, and a challenging future*, in *Memory*, 11, 2003, 329 ss.
Sui *bias* cognitivi dei giudici, in particolare l'*hindsight bias*, v. *amplius* A. Forza, *La psicologia nel processo penale*[2], Milano 2018, spec. 422 ss.; S. Arcieri, *Bias cognitivi e decisione del giudice: un'indagine sperimentale*, in *DPU* 2019, 4, 83 ss.; v. anche O. Di Giovine, *Dilemmi morali e diritto penale*, cit., spec. 112 ss.

[76] V. *amplius* S. Danziger, J. Levav, L. Avnaim-Pesso, *Extraneous factors in judicial decisions*, in *PNAS*, 17, 2011, 6889 ss.

[77] S. Danziger, J. Levav, L. Avnaim-Pesso, *Extraneous factors in judicial decisions*, cit., 6889 ss.

[78] J. Aurélie, *Nel paese degli algoritmi*, cit., 155; M. Spielkamp, *Inspecting Algorithms for Bias*, in *MIT Technol. Rev.*, 2017, 120, 96 ss.; J. Ludwig, S. Mullainathan, *Fragile Algorithms and Fallible Decision-Makers: Lessons from the Justice System*, in *JEP*, 35, 2021, 71 ss.

[79] Per un'indagine giornalistica rigorosa sui possibili *bias* di *COMPAS* nei confronti degli individui afro-americani nel sistema di giustizia penale statunitense, v. J. Angwin, J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner, *Machine Bias*, in *www.propublica.org*, 23 maggio 2016.

[80] Sui potenziali *bias* di *COMPAS* nella dottrina di *criminal law*, v. *ex plurimis* S.B. Starr, *Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalisation of Discrimination*, in *SLR*, 66(4), 2014, 803 ss.; J. Dressel, H. Farid, *The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism*, in *Sci. Adv.*, 4(1), 2018. Più di recente, sui potenziali *bias* di *OxRec*, v. G. van Dijck, *Predicting Recidivism Risk Meets AI Act*, cit., spec., 417 ss.

[81] Cfr. nella dottrina penalistica O. Di Giovine, *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, Bologna 2022, 19-20 che, con riferimento al dibattito suscitato negli Stati Uniti dall'algoritmo COMPAS, osserva che «non si può esserne certi (un altro problema degli algoritmi – su cui però si sta lavorando – è che innescano processi non decodificabili, *black boxes*) e tuttavia è probabile che quella decisione si fosse basata su poco altro che sull'elaborazione di dati statistici oggettivi. Il tasso di recidiva è innegabilmente più alto tra le persone di colore, sebbene sia ovvio che ciò non dipende da loro, ma dalle condizioni ambientali e culturali sfavorevoli in cui gran parte di esse ancora vive. Sicché, già questo semplice esempio lascia intuire come la decisione migliore nel diritto potrebbe non essere quella assunta su base oggettiva e probabilistica. Né è un caso che il dibattito giuridico sul ricorso all'Intelligenza Artificiale assuma in modo pacifico la necessità di affiancare la macchina ad un giudice in carne e ossa, senza sostituirlo, e si imperni comunque sulla possibilità che le reti neurali simulino competenze più umane e meno econiche. Insomma, la possibilità di affidarsi a decisori esterni dovrebbe presupporre che l'architetto sia davvero in grado di rispondere *sempre* alla domanda su che cosa è giusto fare, ma non è chiaro se questo sia possibile». Cfr. F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: qualche aggiornamento e qualche nuova riflessione*, cit., 12, dove si osserva che «nessun algoritmo è "neutro"» poiché, «nel concepire l'architettura di un algoritmo, il programmatore fa delle scelte che, necessariamente

7. In conclusione, la "dittatura del calcolo"[82] (se non, più in generale, "l'irragionevole efficacia della matematica"[83]), potrebbe essere la *digital evidence*[84] per decisioni giudiziarie complesse, in materia di pericolosità sociale[85]: insomma, un utile strumento al servizio della capacità umana di produrre giustizia, piuttosto che rappresentare la temuta "fine del diritto penale"[86].
Esiste, tuttavia, un altro aspetto da considerare. Come ha osservato il noto psicologo tedesco Gerd Gigerenzer[87], le previsioni algoritmiche impiegate in svariati campi presentano un limite: sono affidabili in situazioni ben definite e stabili, in cui sono disponibili grandi quantità di dati (i cosiddetti *Big Data*)[88], ma, a differenza dell'intelligenza umana, non sono in grado di far fronte all'incertezza[89]. Questo limite degli algoritmi predittivi è ancora più marcato nel diritto penale dove le decisioni devono essere prese caso per caso, sulla base di pochissimi dati "filtrati" dall'interpretazione giudiziale, come ad esempio, la valutazione dei precedenti penali dell'imputato, da cui si può ricavare un giudizio di pericolosità sociale.
Resta da chiedersi se il giudice sarà in grado di interpretare le previsioni algoritmiche di pericolosità sociale e di individuare i suddetti profili problematici. È quindi necessario evitare due possibili scenari estremi: affidarsi agli algoritmi di IA come se fossero un oracolo, oppure non fidarsi affatto, e contestare il loro responso[90]. Un modo per evitare i suddetti scenari sarebbe quello di progettare sistemi che spieghino in contesti giudiziari come gli algoritmi arrivano alle loro conclusioni o previsioni, in modo da plasmare un'IA "spiegabile" (*EXplainable AI* o *XAI*)[91].
Un'IA "spiegabile" potrebbe contribuire a rendere più trasparente una previsione di pericolosità sociale[92], fornendo il tipo di spiegazioni di cui gli esseri umani hanno bisogno per rendere intellegibili

influenzano il "risultato" dell'operazione computazionale».
[82] V. *amplius*, P. Zellini, *La dittatura del calcolo*, Milano 2018.
[83] Cfr. E.P. Wigner, *L'irragionevole efficacia della matematica nelle scienze naturali*[4], trad. it., Milano 2017.
[84] Per un inquadramento del possibile rilievo dell'IA come *digital evidence* nel processo penale, da valutare alla luce delle coordinate tracciate dalla Suprema Corte statunitense nella nota sentenza *Daubert*, del 1993, e sostanzialmente condivise, se non arricchite, dalla Corte di Cassazione italiana, *Cozzini*, del 2010, si rinvia a G. Canzio, *Intelligenza artificiale e processo penale*, cit., 801 ss.
[85] Nel senso che l'IA costituisca un valido ausilio, ma non un sostituto del giudice, v. M. Amisano, *Prevedere -e non predire- attraverso gli algoritmi e le loro insidie*, in *AP* 2022, 2. Sulla prognosi postuma e possibile ricorso ad algoritmi predittivi, v. *funditus* D. Perrone, *La prognosi postuma tre distorsioni cognitive e software predittivi*, Torino 2021.
[86] In questo senso v. *funditus* A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, trad. it., Bologna 2021, spec. 261 ss.; v. anche C. Castelli, D. Piana, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Rimini 2019.
[87] G. Gigerenzer, *Klick. Wie wir in einer digitalen Welt die Kontrolle behalten und die richtigen Entscheidungen treffen*, Monaco 2021, 57.
[88] Sulla rilevanza dei *Big Data* per gli algoritmi predittivi, con particolare riferimento all'Industria 4.0 e all'*automotive*, v. *funditus*, *Robotics, Autonomics and the Law. Legal issues arising from the AUTONOMICS for Industry 4.0 Technology Programme of the German Federal Ministry for Economic Affairs and Energy*, a cura di E. Hilgendorf, U. Seidel, Baden-Baden 2017.
[89] G. Gigerenzer, *Klick*, cit., 57.
[90] Come ha scritto il filosofo Maurizio Ferraris, «se il governo è algoritmico, non è governo, poiché l'algoritmo non ha obiettivi; se è davvero governo, l'algoritmo segue l'umano così come le intendenze seguono il generale» (M. Ferraris, *Documanità. Filosofia del mondo nuovo*, Bari 2021, 71); cfr. M. Durante, *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società, sapere*, Milano 2019.
[91] A. Deeks, *The judicial demand for explainable artificial intelligence*, in *Colum. L. Rev*., 119, 2019, 1828 ss., dove si osserva che gli informatici continuano a sviluppare nuove forme di *XAI*: alcuni modelli di *ML* sono costruiti per essere intrinsecamente spiegabili, ma come risultato questi modelli sono spesso meno complessi e tendono a essere meno accurati nelle loro previsioni; un'altra serie di modelli non sono intrinsecamente spiegabili. Per quest'ultimi modelli, gli informatici hanno adottato due approcci di base: un primo tipo (il cosiddetto approccio esogeno) non spiega effettivamente il funzionamento interno (cioè il ragionamento) dell'algoritmo di *ML*, ma cerca piuttosto di fornire informazioni rilevanti all'utente o al soggetto dell'algoritmo su come funziona il modello utilizzando metodi estrinseci e ortogonali; un secondo tipo di approccio tenta effettivamente di spiegare o replicare il ragionamento del modello e talvolta viene definito approccio "scompositivo". V. anche più di recente, J. Dirutigliano, *Trasparenza e spiegabilità degli algoritmi*, in *La politica dei dati. Il governo delle nuove tecnologie tra diritto, economia, società*, cit., 281 ss.
[92] Per un'analisi critica della *XAI*, v. *amplius* S.J. Russell, P. Norvig, *Artificial Intelligence*, cit., dove si osserva che una spiegazione non implica necessariamente una maggior accuratezza della decisione algoritmica.

le strategie decisionali sottostanti utilizzate dagli algoritmi[93], soddisfacendo così «il diritto alla spiegazione che opera come valvola di sicurezza e possibile limite al processo di costruzione di una società dell'automazione integrale»[94].

Esiste tuttavia una differenza fondamentale nel ragionamento causale tra gli algoritmi di IA e l'intelligenza umana, evidenziata dalla metafora della scala a tre gradini dell'informatico e filosofo ebreo-americano Judea Pearl: il gradino più basso è quello dell'osservazione, che consiste nella ricerca di regolarità nel mondo, in cui ci si chiede come cambia ciò che si sa su Y se si osserva X; sul secondo gradino, si passa dall'osservare al fare, e ci si chiede cosa accadrebbe a Y se si facesse X; sul terzo gradino, entra in gioco l'argomentazione controfattuale, e si immagina retrospettivamente cosa sarebbe accaduto a Y eliminando mentalmente X. Gli algoritmi di IA si trovano sul gradino più basso di questa "scala", mentre il terzo gradino è proprio dell'intelligenza umana[95].

Un'IA "spiegabile" potrebbe quindi rendere più oggettiva una decisione giudiziaria, in particolare un giudizio prognostico di pericolosità sociale. Questo, tuttavia, non significa che la soluzione (ammesso che esista) dei "vecchi" problemi che affliggono la prognosi di pericolosità sociale non apra nuovi problemi che gli agenti umani dovranno esaminare. Per quanto paradossale, non si può escludere che anche un'IA non sia in grado di "spiegare" il modello di ragionamento umano alla base di una prognosi di pericolosità sociale, mettendo così in dubbio la riconducibilità delle operazioni mentali a un procedimento di calcolo (anche se questo non significa che sia un problema assolutamente insolubile)[96].

Un giorno le macchine riusciranno a risolvere tutti i problemi, ma mai nessuna di esse potrà porne uno[97].

[93] Cfr. nel campo tra IA e neuroscienze computazionali, *amplius* A. Lieto, *Cognitive Design for Artificial Minds*, cit., 100 ss.

[94] In questo senso filosofico, v. M. Durante, *I gradi dell'automazione: diritto, fiducia e riflessività*, in U*topie dell'automazione completa*, a cura di M. Balistreri, P. Marrone, Milano 2022, 115.

[95] J. Pearl, D. Mackenzie, *The Book of Why: The New Science of Cause and Effect*, New York 2018.

[96] Vale la pena di notare che il problema della riconducibilità del ragionamento umano a calcolo ha origine nelle scienze dure (cfr. amplius P. Odifreddi, *Pillole matematiche. I numeri tra umanesimo e scienza*, Milano 2022, 246 ss.). Nel XX secolo, il grande matematico tedesco David Hilbert era alla ricerca di un algoritmo per l'*Entscheidungsproblem* (il problema della decisione) che riducesse tutto il ragionamento deduttivo umano a calcolo. Lo stesso Hilbert, l'8 settembre 1930, tenne a Königsberg (l'odierna Kaliningrad in Russia), un famoso discorso su *Conoscenza della natura e logica* che si concludeva con il motto *wir müssen wissen, wir werden wissen* ("dobbiamo sapere, e sapremo"). Le ultime parole di quel discorso furono incise sulla tomba di Hilbert a Gottinga. Paradossalmente Hilbert aveva pronunciato queste parole proprio il giorno dopo e nello stesso luogo in cui il famoso logico austriaco Kurt Gödel aveva annunciato il suo famoso teorema di incompletezza, che dimostra l'inesistenza di una formalizzazione completa della matematica, anche se ciò non significa che esistano problemi assolutamente insolubili, anzi lo stesso Gödel pensava che non ci fossero (P. Odifreddi, *Pillole matematiche. I numeri tra umanesimo e scienza*, cit., 91 ss.). L'*Entscheidungsproblem* fu comunque risolto negativamente dal famoso matematico inglese Alan Turing, indipendentemente dal matematico statunitense Alonzo Church, riferendosi al problema della fermata della cosiddetta macchina di Turing (v. A. Turing, *On computable Numbers, with an application to the Entscheindungsproblem*, in *Proc. Lond. Math. Soc.*, 1936, 42, 230 ss.).

[97] Così Albert Einstein, probabilmente il più importante fisico del Novecento.

SOVRANITA' PENALE E RAPPORTI TRA CORTI NELL'EPOCA DEL COSTITUZIONALISMO MULTILIVELLO[1]

di Jacopo Della Valentina
(*Dottorando di ricerca in diritto penale, Università di Ferrara*)

Il presente contributo si propone di analizzare la portata attuale del concetto di 'sovranità penale' verificando se, nell'odierno sistema multilivello, esso conservi ancora una propria autonomia concettuale. A tale scopo, lo scritto si focalizza sulla mutevole configurazione delle relazioni esistenti tra Corte costituzionale, Corte EDU e Corte di Giustizia: in particolare, le vicende esaminate permetteranno di porre in luce come, a partire da un rapporto profondamente conflittuale, si stia di recente transitando verso un rinnovato paradigma di interazione virtuosa tra le Corti, capace – in ultimo – di conferire alla nozione di 'sovranità' una rinnovata vivacità concettuale.
The paper aims to analyze the meaning of 'criminal law sovereignty' by verifying whether, in the current 'multilevel' system, it still retains its own conceptual autonomy. To this end, the contribution focuses on the changing configuration of the relationships between the Constitutional Court, the ECtHR and the European Court of Justice: in particular, the analysed cases will allow to point out how, starting from a deeply conflicting relationship, we are recently moving towards a renewed paradigm of interaction between the Courts, capable - ultimately - of ensure the notion of 'sovereignty' a new conceptual vivacity.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La duplice dimensione della sovranità penale. – 3. Stimolazioni sovranazionali e 'sottrazioni' di sovranità. – 3.1. Nel diritto dell'Unione Europea. – 3.2. Nel sistema della Cedu: in particolare, l'introduzione del Prot. 16. – 4. Le reazioni 'autarchiche' della Corte costituzionale. – 4.1. Le frizioni con il diritto UE: controlimiti e doppia pregiudizialità come 'schemi ricorrenti' di un dialogo problematico. – 4.2. Le frizioni con la Corte EDU: tra margine di apprezzamento e diritto consolidato. – 5. Mutamenti di paradigma nella prospettiva del 'metacostituzionalismo'. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Una tra le più vistose ricadute del "diabolico intreccio"[2] tra diritto costituzionale, penale, internazionale ed europeo scaturisce dalla eterogeneità contenutistica che ha interessato taluni concetti di fondo dell'ordinamento, rispetto ai quali – avendo nel tempo assunto molteplici sfumature e accezioni – si è rivelato sempre più difficile racchiuderne il significato all'interno di un'unica definizione. Ciò vale, addirittura, per le nozioni che fondano la stessa giuridicità positiva: basti pensare al concetto di "Stato" che, collocato sul crinale tra Storia, società e diritto, si mostra di volta in volta variabile a seconda del contesto di riferimento[3]. A tale graduale processo non sembrerebbe

[1] Il presente contributo trae spunto dall'intervento al panel "*Poliedricità e adattabilità della sovranità penale*" (16 settembre 2022, conferenza ICON-S Italia – *Il futuro dello Stato*), tenuto insieme al Dott. Roberto D'Andrea (Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa) e alla Dott.ssa Federica Montanaro (Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa) e presieduto dal Prof. Alberto Di Martino.

[2] Così A. Bernardi, *Il difficile rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli 2016, 14.

[3] Tale considerazione trae ispirazione da un passaggio della *lectio magistralis* tenuta dal Prof. Sabino Cassese in apertura della conferenza ICON-S Italia – *Il futuro dello Stato*, Bologna, 16-17 settembre 2022. Più specificamente, la valenza polisemica del concetto di 'Stato' – il cui studio scientifico trova origini risalenti, venendo analizzata già nel corso del Cinquecento in opere come il *Principe* di Machiavelli e il trattato *De la république* di Bodin – presenterebbe sfumature differenziate a seconda del punto di vista di volta in volta assunto dall'osservatore e – soprattutto – di due variabili decisive quali l'epoca storica di riferimento (dal tempo antico alla Storia contemporanea) e la disciplina scientifica con cui ci si voglia approcciare alla materia (scienze giuridiche, scienze filosofiche, storia delle dottrine politiche, scienze sociologiche). Sul tema v., per tutti, N. Bobbio, *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Torino 1995,

essersi sottratto neppure il concetto di "sovranità", al punto che in dottrina[4] non sono mancate posizioni scettiche in merito alla 'definibilità' di simili lemmi.
Con riguardo al sistema penale, i descritti mutamenti di senso appaiono la conseguenza di un fenomeno ancor più generale. Ci si riferisce, in particolare, al progressivo consolidamento di un ordinamento multilivello, governato da fonti eterogenee per provenienza e finalità[5] e contraddistinto da un approccio *flou*[6] nelle relazioni tra dimensione nazionale e sovranazionale. In tale contesto ha assunto crescente rilievo – come noto – la evoluzione nei rapporti tra legislatore e giudice, da un lato; tra giudici nazionali e sovranazionali, d'altro lato: dinamiche sfuggenti ma riconducibili, in ultimo, al "solco ripetutamente arato"[7] - e ciononostante privo di un punto di approdo - della legalità penale.
Se è pur vero che – nel descritto contesto di crisi della legalità – ogni definizione rischia di apparire riduttiva[8], ciononostante non si deve desistere dal tentativo di tratteggiare la portata attuale del concetto di sovranità penale. Al contrario, tale analisi – se correttamente condotta – potrebbe costituire una utile chiave di lettura dei fluidi scenari del diritto penale europeo[9].
A seguire, l'intento è quello di isolare la nozione di 'sovranità penale-costituzionale'[10], vagliandone la persistente validità nell'ordinamento penale, attualmente caratterizzato da una innovativa e articolata interazione tra Corte costituzionale, Corte EDU e Corte di Giustizia dell'Unione, per indicare la quale si è fatto riferimento al concetto di 'metacostituzionalismo'[11]. Come si vedrà, la prospettiva prescelta ben si presta alla predetta funzione chiarificatrice, interessando le complesse interazioni tra gli attori sulla scena del sistema penale. Una volta debitamente circoscritto il campo di indagine entro il quale ci si intende muovere (§ 2), si tratterà di 'leggere' la sovranità penale attraverso l'analisi delle relazioni – dal 'dialogo' alla 'guerra'[12] – tra le Corti (§§ 3 e 4), soffermandosi – in particolare – sulla evoluzione dell'atteggiamento che traspare dalle più recenti decisioni della Consulta, nel segno – ci sembra – di un rinnovato paradigma di sovranità condivisa (§ 5); verranno infine formulate talune riflessioni di chiusura (§ 6), al fine di saggiare se, nell'ordinamento penale odierno, la nozione di 'sovranità penale' possa ancora dirsi attuale.

---

in particolare 43 ss.

[4] Cfr., per tutti, E. Chiti, A. Di Martino, G. Palombella, *L'era dell'interlegalità*, Bologna 2022, *passim*.

[5] Da intendersi in un'accezione ampia, suscettibile di ricomprendere anche la giurisprudenza, alla quale deve essere pacificamente riconosciuto un ruolo quantomeno 'con-formativo': sul punto, v. F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *www.sistemapenale.it,* 19.1.2021, 8, 12, 18. Sulla possibilità di assegnare alla giurisprudenza un ruolo di fonte, ancorché non nel senso 'istituzionale' del termine, bensì come fonte 'di cognizione', all'interno di un ordinamento multilivello a più legalità v. A. Di Martino, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, Pisa 2014, 1, 119 ss.

[6] Chiaro il riferimento a M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Parigi 1986, trad. it. a cura di A. Bernardi, F. Palazzo, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano 1992.

[7] Cfr. A. Bernardi, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Napoli 2019, 4.

[8] Nell'attuale ordinamento multilivello, trovare un ordine di fondo appare compito arduo: "troppi diritti; troppi giudici; troppe complicazioni". In questi rassegnati termini, cfr. G.M. Flick, *I diritti fondamentali e il* multilevel*: delusioni e speranze*, in *www.rivistaAIC.it* 2019, 2, 166 s.

[9] Sulla natura fluida e mutevole del diritto penale comunitario e, più in generale, europeo, v. per tutti A. Bernardi, *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario* 1999, *passim*.

[10] Sia concessa la suddetta locuzione al fine di denotare la nozione di sovranità che verrà meglio declinata *infra*, § 2.

[11] Così R. Bartoli, *I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale*, in *www.sistemapenale.it*, 14.4.2022.

[12] Sul punto v., diffusamente, G. Raimondi, *Corte di Strasburgo e Stati: dialoghi non sempre facili. Intervista a cura di Diletta Tega*, in *Quad. cost.* 2014, XXXIV, 2; F. Viganò, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14.7.2014 e in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, a cura di S. Sonelli, Torino 2015, 207-251; nonché, più di recente, G. Lattanzi, *Il dialogo tra la Corte di Strasburgo e le Corti italiane. A margine di un recente incontro di studio tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 26.2.2019 e, da ultimo, R. Bin, *È scoppiata la terza 'guerra tra le Corti'? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *www.federalismi.it*, 18.11.2020.

2. In via preliminare, una doverosa precisazione: costituzionalmente inteso, il concetto di sovranità potrebbe essere osservato da una prospettiva – alternativamente – 'verticale' o 'trasversale'.
Quanto alla dimensione 'verticale', ci si riferisce alle dinamiche che, con geometrie variabili a seconda dell'ordinamento considerato, connotano i rapporti tra poteri dello Stato (intesi secondo la classica concezione 'montesquieuiana'). Così concepita, la sovranità concorrerebbe a delineare l'assetto politico-istituzionale di cui si dota ciascun ordinamento[13], sulla base delle attribuzioni rispettivamente distribuite tra potere legislativo, esecutivo e giudiziario. Scenari – come noto – su cui si è ormai da tempo imposto il tema della c.d. 'crisi della legalità'[14], con la concorrente espansione del diritto giurisprudenziale[15]. Fenomeno riguardo al quale, nonostante la diversità di letture, un dato appare difficilmente contestabile: l'importanza rivestita dalla giurisprudenza-fonte – perlomeno in una accezione 'conformativa'[16] – nell'adozione di soluzioni ermeneutiche decisive per lo sviluppo

[13] Nello stesso senso, cfr. R. Bartoli, *op. cit*., 4, il quale valorizzerebbe una dimensione 'positiva' della sovranità, poggiante su di una razionale organizzazione e separazione dei poteri, necessaria per la piena realizzazione del concetto di democrazia in uno Stato moderno nonché, pur nella consapevolezza della difficoltà di attribuire definizioni esaustive alla sovranità, A. Bernardi, *La sovranità penale,* cit., 8, secondo cui il diritto penale ne costituirebbe una delle massime espressioni.

[14] Tema ormai dibattutissimo, per cui si rinvia, *ex plurimis*, a E. Amodio, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *RIDPP* 2004, 432 ss.; A. Bernardi *et al*., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano 2008; P. Costa, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 2007, 36, 1 ss.; C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, Napoli 2012, *passim*; Id., *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in *DPP* 2013, 411 ss.; E. Dolcini, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *RIDPP* 2004, 50 ss.; G. Fiandaca, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale,* in *FI* 2000, V, 137, ora in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova 2002, 3 ss.; C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano 2010; Id., *Riserva di legge e obblighi europei di armonizzazione*, in *www.Treccani.it*, *Libro dell'anno del diritto 2014*; M. Nobili, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, 204; T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *IP* 1999, 527 ss.; F. Palazzo, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino 1999, 230 ss.; Id., *Legalità fra* law in the books *e* law in action, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.1.2016; Id., *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio «fondamentale»*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 2007, 36, 2, 1279-1329. Lo specifico tema relativo alla possibilità di identificare un equivalente funzionale alla riserva di legge è approfondito in *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Crim* 2011, 77 ss., con nota introduttiva di F. Giunta e contributi di G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, 79 ss.; A. Gargani, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, 99 ss.; C.F. Grosso, *Il fascino discreto della conservazione*, 125 ss.; per ulteriori dibattiti sul tema, cfr. *Il punto su… La legge del giudice penale. A proposito di fonti e interpretazione*, in *Crim* 2012, 261-327, con scritti di R. Bricchetti, *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza,* 261-266; O. Di Giovine, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale,* 267-284; G. Insolera, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'«epoca dei giudici»,* 285-298; S. Moccia, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto,* 299-304; N. Zanon, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale,* 315-327; nonché in Id., *Tavola rotonda. Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*, con nota introduttiva di C. De Maglie, in *Crim* 2013, 205-269. Più di recente, cfr. gli scritti in AA.VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali. Atti del Convegno dell'AIPDP – Napoli, 7-8 novembre 2014*, Napoli 2016.

[15] *Rectius*: il tema della crisi della legalità non costituirebbe altro che l'ultimo capitolo del più fallace dei miti, 'forse utile in pristine epoche d'ingenuo progresso, dannoso però nella stagione della scienza', vale a dire quello della completezza della legge e del ruolo puramente dichiarativo della interpretazione giurisprudenziale: v. A. Di Martino, *Una legalità per due?,* cit., 110 s.

[16] Cfr. *supra*, nt. 5.

dell'ordinamento penale[17], soprattutto in materia di diritti fondamentali[18], il cui livello di tutela costituisce il metro della evoluzione di ciascun sistema giuridico.
Si assisterebbe, in altri termini, ad una riconfigurazione dei rapporti tra poteri dello Stato, al cui vertice si pone una rinnovata figura di Giudice, vero "eroe culturale" in grado di far dialogare interessi e principii concorrenti all'interno del nuovo ordine giuridico[19].
Sulla descritta accezione 'verticale' (la quale non costituirà oggetto della presente trattazione) si innesta il tema della c.d. dimensione 'orizzontale' della sovranità, inteso all'individuazione di chi, all'interno del vettore giurisprudenziale, abbia acquisito una posizione sostanzialmente egemone. Allo stato, la questione non ha ancora trovato una soluzione univoca, al contrario caratterizzandosi per alterne prese di posizione che vedono protagoniste ora la Corte costituzionale, ora la Corte EDU, ora la Corte di Giustizia dell'Unione europea[20].
Poche le tessere 'certe' di un così complesso mosaico[21]. Tra queste, appare però incontrovertibile il progressivo 'arretramento' della Consulta nel confronto con le Corti sovranazionali sul piano della tutela dei diritti fondamentali. Sviluppo riconducibile ad una molteplicità di fattori e tuttavia indotto, in ultimo, dalla crescente rilevanza delle Carte dei diritti[22] che, contribuendo ad una graduale riconfigurazione dei rapporti tra Corti, hanno determinato autentiche (dapprima 'tacite' e isolate[23] e poi, con il tempo, sempre più esplicitamente denunciate[24]) cessioni di sovranità. Riservando al seguito dell'esposizione la più compiuta analisi della predetta erosione di sovranità, va sin da ora evidenziato come, da un lato, la diffusa tendenza della Corte di Strasburgo a porsi quale Corte costituzionale europea[25], vieppiù generalizzando la portata delle proprie pronunce in presenza di riscontrati

[17] Non è infrequente che la giurisprudenza della Suprema Corte, specie se riunita nella sua massima composizione, abbia emesso pronunce suscettibili di determinare un esplicito ampliamento dell'area del penalmente rilevante. Emblematici sono i casi del tentativo di rapina impropria (Cass. S.U. 12.9.2012 n. 34952, in *CP* 2013, 1, 52 ss.); del duplice intervento sulla fattispecie di accesso abusivo a sistemi informatici (Cass. S.U. 27.10.2011 n. 4694, in *RP* 2012, 7-8, 766 ss.; Cass. S.U. 8.9.2017 n. 41210, in *RP* 2017, 11, 960); della graduale estensione applicativa – almeno secondo parte della dottrina (cfr. R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in *www.sistemapenale.it*, 28.6.2022) – del delitto di pornografia minorile, di cui all'art. 600 *ter* Cp (su cui, da ultimo, è intervenuta Cass. S.U. 9.2.2022 n. 4616 in *RP* 2022, 6, 564 ss.).
[18] Basti pensare, a riguardo, alle interpretazioni *in malam partem* diffuse in giurisprudenza in merito all'applicazione retroattiva delle modifiche all'art. 4 *bis* Op introdotte ad opera della legge 3/2019, c.d. *Spazzacorrotti*, sul delicato settore dei benefici penitenziari, tematiche su cui è intervenuta la stessa Corte costituzionale, con sent. 32/2020, per la quale v. *infra*, § 5.
[19] Così M. Vogliotti, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2.11.2016, 8 s.
[20] Sul complesso intreccio derivante dal triangolo tra Costituzione, Carta e Cedu, nonché – in parallelo – tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia dell'Unione e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, v. *ex multis* M. Giorgianni, *Il rapporto fra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel dialogo fra le Corti europee e nazionali: il problema dell'interpretazione dei diritti umani*, in *www.dirittocomparati.it*, 17.7.2014; A. Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *www.rivistaAIC.it*, 8.11.2013, 5 ss.;
[21] Cfr. A. Di Martino, *Dalla regola per il caso al caso della regola*, in *L'era dell'interlegalità*, a cura di E. Chiti, A. Di Martino, G. Palombella, Bologna 2022, in particolare 65 s.
[22] Sul punto, cfr. S. Manacorda, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale* "à la carte"*?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17.5.2013, 1-3.
[23] Per esempio, le prime, tacite, erosioni di sovranità potrebbero individuarsi in alcune norme di diritto internazionale consuetudinario che, come tali, sfuggono al controllo dei parlamenti nazionali e che tuttavia risultano cogenti all'interno di ciascuno Stato, determinando una evoluzione del diritto penale vivente di uno Stato in assenza di contribuzione da parte degli organi dello Stato medesimo. Peraltro, siffatti scenari non costituiscono che ipotesi isolate, discendendone che – in genere – non suscitano reazioni aventi a oggetto presunte sottrazioni di sovranità; sul punto, v. *amplius*, A. Bernardi, *La sovranità penale*, cit., 39 ss.
[24] L'effettivo e manifesto 'svuotamento' del concetto di sovranità penale nazionale si aggraverà progressivamente e proporzionalmente all'acquisto di rilevanza delle Carte dei diritti rispetto all'ordinamento interno, come si analizzerà *infra*, § 3.
[25] Sulla tendenza della Corte EDU ad autorappresentarsi quale Corte costituzionale europea, v. A. Bernardi, *op. ult. cit.*, 81 s.; A. Osti, *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost.* 2017, 4, 858 ss.: nell'attività ermeneutica della Corte EDU può riconoscersi un forte attivismo giudiziario, favorito – come è stato osservato – dalla maggiore ampiezza delle norme della Cedu rispetto ai principii

malfunzionamenti sistemici[26]; d'altro lato, le finalità extragiuridiche, quando non politico-economiche[27], perseguite dalla Corte di Lussemburgo abbiano determinato un significativo depotenziamento del controllo accentrato di costituzionalità[28] - specie in tema di diritti fondamentali - conseguendone un paradigma di sovranità forzatamente condivisa.
Proprio da questa – spesso problematica[29] – convivenza[30] tra le Corti appare dunque utile proseguire.

3. Plurimi sono i fattori che – originati tra Strasburgo e Lussemburgo – hanno contribuito al descritto 'decentramento' della Corte costituzionale[31], suscitandone frequenti reazioni di diffidenza – quando non di franca opposizione – nei confronti di una dimensione sovranazionale sempre più percepita come opprimente.
In via di esemplificazione (e, necessariamente, per cenni), merita rammentarne taluni, avendo cura di distinguere tra contesto 'eurounitario' e 'convenzionale'.

3.1. Quanto al primo, viene anzitutto in rilievo il sensibile incremento di fattispecie dotate di effetti diretti. Il meccanismo è noto: la tendenza a riconoscere natura *self-executing* ad un numero crescente di disposizioni (anche contenute all'interno della Carta di Nizza e, pertanto, sul piano dei diritti fondamentali[32]) ha incoraggiato il Giudice comune ad avvalersi vieppiù diffusamente dello strumento della disapplicazione (previo eventuale esperimento di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia), essendo al contempo sempre meno propenso a richiedere l'intervento della Corte costituzionale[33] (da ciò derivando, in molteplici occasioni, criticabili effetti *in malam partem* in capo ai singoli consociati[34]).

costituzionali, da un lato; dalla diversità nella cultura giuridica dei giudici della Corte rispetto agli ordinamenti delle Alte Parti condannate sottoposte a giudizio, dall'altro lato.

[26] Espressione ricorrente nelle decisioni della stessa Corte EDU: cfr., a titolo di esempio, C. eur., 8.1.2013, *Torreggiani c. Italia*, §§ 86 ss.

[27] Nella descritta prospettiva, si assisterebbe ad un graduale svuotamento del contenuto dei diritti fondamentali, dovuto alla intrinseca attitudine dei medesimi a 'perdere la loro dimensione giuridica', perché snaturati da concorrenti elementi extragiuridici a carattere prettamente politico: sul tema, si rinvia ad A. Bernardi, *Il difficile rapporto*, cit., 51.

[28] Sul progressivo declino del giudizio incidentale e sul graduale depotenziamento del ruolo della Corte costituzionale v., diffusamente, V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019, 8-48.

[29] Eppure, come si vedrà, imprescindibile per lo sviluppo – benché talora burrascoso – dei diritti fondamentali che, specie in materia penale, non trovano adeguata rappresentazione nel circuito politico, non essendovi alcuno disposto a farsene strenuo promotore. Da ciò derivandone la necessità di uno *strong judicial review* talora idoneo a temperare i rischi derivanti da un'applicazione cieca del principio democratico, solo in quanto tale: sul punto, cfr. *amplius* N. Recchia, *Ruolo e legittimazione delle Corti dei diritti in materia penale*, in *DPenCont* 2018, 4, 10 ss.

[30] A riguardo, non si può fare a meno di richiamare la vivace immagine che descrive le tre Corti come tre lottatori di sumo che combattono sul ring della tutela dei diritti fondamentali per non venire marginalizzate dallo stesso, riconducibile ad A. Bernardi, *op. ult. cit*., 18.

[31] Fenomeno che non è certo limitato alla sola Corte costituzionale italiana, estendendosi invece ad altre Corti che, in risposta, oppongono diverse forme di 'resistenza' al riconoscimento delle pronunce di Strasburgo: sul tema, cfr. A. Osti, *L'implementazione*, cit., spec. 855.

[32] L'esempio più recente della suesposta tendenza può rinvenirsi in C.G.UE, GS, 8.3.2022, C-205/20, *NE*, in cui è stata esplicitamente riconosciuto l'effetto diretto e, di conseguenza, la diretta applicabilità del principio di proporzionalità di cui all'art. 49, § 3 Carta. Sul punto, cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *www.sistemapenale.it*, 26.4.2022; M.G. Brancati, *La pena proporzionata: viaggio tra legalità ed equità a partire della sentenza C-205/20*, in *AP*, 2022, 2.

[33] Sul punto v., diffusamente, R.G. Conti, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto UE*, in *www.questionegiustizia.it*, 22.10.2018.

[34] L'incontrastata affermazione del primato del diritto Ue, suscettibile di essere applicato anche se produttivo di effetti *in malam partem* a carico dei consociati, non costituisce certo un fenomeno limitato al solo caso *Taricco*. Al contrario, si contano esempi ben più risalenti, a partire dal filone giurisprudenziale chiamato a decidere se disapplicare o meno la normativa interna sulla nozione di 'rifiuti', alla luce delle decisioni della Corte di Giustizia (*Tombesi* e *Niselli*) che riconoscevano effetti diretti alla contrastante disciplina eurounitaria. Analoghi gli sviluppi del caso *Trinca*, relativo alla disapplicazione (poi effettivamente attuata) della normativa italiana più favorevole, che introduceva un limite quantitativo

Peraltro, neppure può passare sotto silenzio come la descritta tendenza 'espansiva' della disapplicazione abbia talora promosso istanze di un riconoscimento riflesso del fenomeno anche con riferimento alla dimensione 'convenzionale'. A riguardo, è nota la prassi di certa giurisprudenza di legittimità e di merito[35] di attribuire effetti parimenti diretti a disposizioni della Cedu che riproducano il contenuto di fattispecie di diritto dell'Unione dotate, per l'appunto, di diretta applicabilità[36]. Fenomeno che – peraltro – trova condivisione in quella parte della dottrina favorevole a riconoscere effetti diretti della Convenzione (benché soltanto) nelle ipotesi di autentiche *lacunae legis* che affliggano il diritto interno[37], a tal fine valorizzando la 'norma-passerella' di cui all'art. 52, § 3 della Carta[38].
Evidenti le conseguenze: innegabilmente, le descritte spinte di matrice 'eurounitaria' (ma altresì, seppur indirettamente, convenzionale) convergono verso la progressiva riduzione del controllo accentrato di costituzionalità quale prerogativa della Consulta, al contrario favorendo un modello condiviso[39]. Stagliandosi – sullo sfondo di tale mutamento – la figura del giudice comune come rapsodo[40] capace di dialogare dinamicamente e contestualmente con le tre Corti.

3.2.- Sul piano 'convenzionale', la Corte di Strasburgo ha assunto crescente consapevolezza della idoneità delle proprie pronunce ad assicurare la miglior tutela dei diritti fondamentali. Paradigmatico – in tal senso – l'amplissimo filone giurisprudenziale in cui vengono elaborate le così dette 'nozioni autonome'[41]: da quella di 'accusa' a quella d''illecito penale', da quella di 'legge' a quella di 'pena'[42]. Sull'onda del carattere naturalmente evolutivo della propria giurisprudenza – per vero, dapprincipio forse non preveduto, né prevedibile dagli Stati contraenti[43] – i giudici alsaziani hanno conferito

alla rilevanza penale della pesca di novellame, in diretto contrasto con il corrispondente Regolamento dell'Unione. Più di recente, simili problematiche sono sorte (e continueranno a sorgere) con riguardo al caos normativo di diritto interno in materia di concessioni demaniali, difficilmente coordinabile con alcuni principii sanciti dalla direttiva *Bolkestein*. Per ulteriori approfondimenti sui contrasti tra legalità penale e disapplicazione con effetti *in malam partem*, si rinvia a C. Sotis, *Il poker, il ping-pong e l'alpinismo. Gli effetti riflessi nei tre volti del penalista europeo*, in *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, a cura di C. Grandi, Pisa 2021, 23 ss.

[35] Sul tema, v. A. Ruggeri, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in *www.dirittocomparati.it*, 8.10.2013; più di recente, con riferimento al noto caso *Padula*, cfr. A. Cardone, *La diretta applicabilità della CEDU nella giurisprudenza comune tra (apparenti) ritorni al passato e nuove dimensioni problematiche*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2022, 1, 65 ss.

[36] Ormai da tempo, autorevole Dottrina costituzionalistica prospetta la possibilità di una applicazione diretta (ancorché non generalizzata) di disposizioni della Cedu in una serie di ipotesi tra cui figurerebbero, in particolare, la sostanziale equivalenza tra norma convenzionale e norma eurounitaria dotata di effetti diretti nonché – soprattutto – le *lacunae legis* dell'ordinamento, legittimamente colmabili da idonee disposizioni contenute nella Convenzione. A riguardo, cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. Ruggeri, *La Corte costituzionale "equilibrista", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in *Diritto pubblico comparato e europeo* 2011, 4, § 5.

[37] Ancora, v. F. Viganò, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati*, in *DPenCont* 2014, 2, in particolare 170 ss.; V. Sciarabba, *Il ruolo della CEDU. Tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Frosinone 2019, 50 ss.

[38] Premesso che, da un lato, ai sensi dell'art. 51 della Carta di Nizza le norme della stessa trovano applicazione rispetto agli Stati membri limitatamente alle materie interessate dal diritto UE, peraltro potendo assumere effetti diretti, come già evidenziato al paragrafo precedente; che, d'altro canto, la portata delle suddette norme è identica a quella delle corrispondenti disposizioni della Cedu, arricchite dell'*acquis* della Corte di Strasburgo, ai sensi del citato art. 52, § 3 della Carta; nell'ambito di applicazione del diritto UE il giudice ordinario potrà avvalersi dello strumento della disapplicazione delle norme interne in caso di contrasto con la Cedu.

[39] Cfr. V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, cit., 8.

[40] Così V. Manes, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra 'diritto giurisprudenziale' e 'legge' ([Osservazione a] Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230)*, in *GCos* 2012, 3478.

[41] Sulla *interprétation autonome* delle disposizioni della Cedu come tendenza opposta alla concezione del legislatore come *dominus* esclusivo delle qualificazioni giuridiche, nonché per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017, 1 s. e *passim*.

[42] V. altresì A. Bernardi, *La sovranità penale*, cit., 55.

[43] A. Bernardi, *op. ult. cit.*, 53 s.

valenza 'universale' al tenore delle proprie decisioni, predicandone l'efficacia *erga omnes* anche nei confronti di Stati non direttamente coinvolti nelle vicende oggetto delle medesime. Parallelamente, all'ampliamento della platea dei destinatari ha fatto da contrappunto una tendenza generalizzatrice dei contenuti della sentenza, poi teorizzata – financo espressamente positivizzata all'art. 61 Reg. proc. Corte EDU – nelle note sentenze pilota[44]. Il consolidamento di tali aspetti strutturali delle sue decisioni avrebbe dunque permesso alla Corte EDU di assumere i tratti di una 'Corte costituzionale europea'[45], provocando in molti Stati membri (e nelle relative Corti costituzionali) reazioni di insofferenza, sovente sfociate in aperta resistenza giurisdizionale[46].
Restando nel contesto 'convenzionale', va peraltro osservato che alla valorizzazione di un paradigma di sovranità condivisa in materia di diritti fondamentali potrebbe contribuire – quantomeno in potenza, non essendone ancora conoscibili gli effetti[47] – il "rinvio pregiudiziale alla Corte EDU"[48] di

[44] A partire dal caso *Broniowski c. Polonia*, la Corte EDU ha inaugurato un nuovo *typus* di pronunce che, riscontrando sistematiche violazioni della Cedu negli ordinamenti degli Stati parte, si esprimono allo scopo di fornire una *regula juris* generale e idonea a evitare future e analoghe condanne degli Stati membri, purché si adeguino adottando le misure che, sovente, vengono suggerite dalla Corte all'interno della stessa decisione. Sul tema, cfr. G. Repetto, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *www.questionegiustizia.it*, 2019, 1, 10 ss.

[45] Negli stessi termini A. Bernardi, *op. ult. cit.*, 59; A. Osti, *op. cit*., 858.

[46] Invero, non sempre la resistenza mostrata dagli Stati membri si è appalesata per mezzo degli organi giurisdizionali, talora traducendosi in reazioni di carattere politico. Più specificamente, la Dottrina che ha studiato il suddetto fenomeno ha ricondotto le varie forme di reazione essenzialmente a tre modelli fondamentali, che trovano il proprio paradigma – rispettivamente – nei casi del Regno Unito, della Russia e, appunto, dell'Italia. Quanto al Regno Unito, si è parlato di una diffusa resistenza politica, innescata a seguito della nota sentenza *Hirst*, con cui la Corte EDU condannava lo Stato per violazione dell'art. 3 Prot. 1 Cedu sul delicato tema del divieto di voto generalizzato nei confronti dei detenuti. Alla condanna – che ravvisava un difetto strutturale nel sistema – seguiva l'adozione di un documento ufficiale del governo ove veniva ribadita la concezione britannica sul diritto di voto, di fatto rigettando quanto statuito dai giudici alsaziani. Ancor più rigida, tanto da assumere i tratti di una resistenza istituzionalizzata, la reazione della Russia: in tal caso le aperte critiche mosse dalla Corte costituzionale russa alla vincolatività tendenzialmente generalizzante delle sentenze di Strasburgo si fondavano su di una novella legislativa del 2010, con cui era stata espressamente introdotta la possibilità per la Corte di sindacare le predette decisioni. Più attenuato, ma ugualmente efficace, il modello di disobbedienza funzionale coniato dalla Consulta, che verrà ora trattato nel testo. Per un'ampia ricostruzione dei diversi modelli di resistenza degli Stati nei confronti delle sentenze della Corte EDU, v. A. Osti, *op. cit*., in particolare 860 ss.

[47] Come noto, la ratifica del Protocollo 16 è sfumata nell'estate del 2020 e, allo stato, non 'pendono' d.d.l. volti a discuterne in Parlamento l'entrata in vigore. Si rammenti che la ratifica del Prot. 16 era inizialmente accorpata a quella del Prot. 15 in un unico d.d.l. (C. 1124); sennonché, la difficoltà di sciogliere alcuni nodi interpretativi in merito al Prot. 16, unitamente alla necessità di velocizzare la procedura con riguardo al Prot. 15, la cui ratifica era obbligatoria, determinavano lo stralcio dell'art. 3 (relativo, appunto, al Prot. 16) con momentaneo (si auspica) accantonamento della tematica. Numerosi gli studi che, in dottrina, hanno preso in esame i connotati e i potenziali effetti derivanti dall'eventuale adesione dello Stato italiano al Prot. 16, nonché le problematiche successive allo stralcio del medesimo. Tra questi, si segnalano R.G. Conti, *Chi ha paura del Protocollo 16 – e perché?*, in *www.sistemapenale.it*, 27.12.2019; E. Crivelli, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Rivista AIC* 2021, 2, 50 ss.; M. Luciani, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU, Appunti per l'audizione innanzi la 2^ Commissione – Giustizia della Camera dei Deputati (26 novembre 2019)*, in *www.sistemapenale.it*, 27.11.2019; M.S. Mori, *Il bivio dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: alcune riflessioni*, in *www.diritticomparati.it*, 4.10.2021; O. Pollicino, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2.4.2014; A. Ruggeri, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2021, 1, 213 ss.; più di recente e con specifico riguardo alle criticità derivanti dalla sinora mancata ratifica del Protocollo 16 da parte dell'Italia, v. altresì E. Crivelli, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 Cedu al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, Torino 2022; C. Grieco, *Il Protocollo n. 16 Allegato alla CEDU e la funzione consultiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo anche alla luce della futura e ancora incerta ratifica italiana*, in *Cuadernos de derecho transnacional* 2022, 14, 1; con specifico riguardo al rapporto con il concetto di 'sovranità' cfr., infine, E. Lamarque, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, in *www.giustiziainsieme.it*, 18.11.2020.

[48] In questi termini M. Lipari, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *www.federalismi.it*, 6.2.2019, 5.

cui al Prot. 16 allegato alla Convenzione. A fronte di opinioni diametralmente divergenti[49], tale istituto – allo stato – rappresenta una effettiva incognita[50] nel percorso di implementazione dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU.

Da un lato, esso potrebbe infatti segnare una svolta per il futuro del dialogo tra le Corti: se suscettibile di funzionare alla stregua del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TrFUE[51] - pur senza ereditarne il valore vincolante e, al contrario, rimanendo un momento di mero dialogo tra giudici[52] - potrebbe incoraggiare un equilibrato confronto tra giurisdizioni, attualizzando una dialettica sinora soltanto indiretta.

All'opposto, si contano altresì le posizioni scettiche di coloro che, tanto qualora il rinvio venisse riservato ad un'Alta Giurisdizione diversa dalla Consulta, quanto laddove potesse essere attivato anche da quest'ultima, riconoscono in tale strumento la definitiva conferma della erosione della sovranità penale costituzionale[53]. Nella prima ipotesi, in quanto il Prot. 16 non farebbe che approfondire la tendenza a *bypassare* il controllo accentrato di costituzionalità, forzando interpretazioni convenzionalmente conformi; nella seconda ipotesi, in quanto un responso della Corte EDU non vincolante, ma dal quale è arduo discostarsi[54], equivarrebbe ad una forma di 'sudditanza' della Consulta nei confronti dei giudici strasburghesi.

Nella perdurante incertezza sull'*an* e sul *quomodo* della ratifica, nonché sui potenziali effetti dispiegabili nei rapporti tra le Corti, un dato appare evidente: il Prot. 16 favorisce intrinsecamente la tendenza alla 'condivisione', come tale postulando una sovranità comune che appare contrastante con il paradigma monistico che sino a una decina di anni orsono veniva gelosamente custodito dalla Corte costituzionale.

---

[49] Per una esaustiva ricognizione delle diverse posizioni sposate dalla dottrina nel senso, rispettivamente, dell'accoglimento o della critica del Prot. 16, cfr. R.G. Conti, *op. ult. cit*., 2 ss., nonché E. Crivelli, *Il contrastato recepimento*, cit., 65 ss.

[50] Pur essendo stato ratificato dagli altri Stati parte della Cedu, ad oggi ancora sporadico è l'impiego del predetto strumento, tant'è che si contano – allo stato attuale – rare ipotesi di "rinvio pregiudiziale alla Corte EDU". Il primo caso risale all'ottobre 2018, quando la Corte di Cassazione francese ha sospeso un procedimento al fine di richiedere delucidazioni in merito al rifiuto di trascrivere nei registri dello stato civile un atto di nascita riguardante un bambino nato all'estero da maternità surrogata che designi come madre quella non biologica e come padre quello biologico. Successivamente, del Prot. 16 ha usufruito la Corte costituzionale armena, chiedendo ai giudici strasburghesi chiarimenti sulla nozione di "legge" rilevante ai sensi dell'art. 7 Cedu, al fine di decidere della legittimità costituzionale dell'art. 300.1 del Codice penale armeno. Sul punto, si rinvia *amplius* a F. Vitarelli, *Il nuovo meccanismo del Protocollo 16: un "rinvio pregiudiziale convenzionale" per rafforzare il dialogo con la Corte EDU?*, in *www.sistemapenale.it*, 18.11.2019. Per una ricognizione aggiornata delle richieste di parere consultivo pervenute alla Corte EDU v. C. Grieco, *op. cit.*, 332, nt. 108.

[51] Peraltro, a riguardo si segnala la tendenza recente della Corte costituzionale ad avvalersi direttamente del predetto strumento, in tal modo sfruttando un canale diretto di comunicazione con la Corte di Giustizia. Anticipando le conclusioni, tale innovativo impiego del rinvio pregiudiziale costituisce uno dei plurimi indici sintomatici del mutato atteggiamento della Consulta nei rapporti 'sovranazionali' con le altre Corti dei diritti. Esempi 'celebri' dell'azionamento del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale si rinvengono C. cost., 10.5.2019 n. 117, in materia di diritto al silenzio; C. cost., 18.11.2021 nn. 216 e 217, in materia di mandato d'arresto europeo.

[52] In realtà, il punto è fortemente controverso e, al momento, irrisolto, dopo lo stralcio del Prot. 16 dal d.d.l. che ne prevedeva la ratifica unitamente al Prot. 15. In particolare, non è chiaro se la Corte costituzionale possa considerarsi Alta Giurisdizione – o le sia in ogni caso concesso di avvalersi della procedura *de qua* – o meno. Le incertezze derivano, in particolare, dalla insoddisfacente formulazione dell'art. 3 d.d.l. C. 1124 (in epoca anteriore allo stralcio): infatti, se il co. 1 individuava esplicitamente la Alte Giurisdizioni deputate ad attivare il meccanismo di parere consultivo alla Corte EDU senza menzionare la Corte costituzionale (comparivano invece la Suprema Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti e il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana), il co. 3 – frutto di un successivo emendamento – riconosceva alla Consulta la facoltà di "*provvedere con proprio regolamento sull'applicazione del Protocollo di cui al comma 1*", dando luogo a dibattiti e perplessità riguardo ai 'rapporti interni' tra Corte costituzionale e attivazione del Protocollo 16.

[53] Per tali posizioni, cfr. i riferimenti contenuti in E. Crivelli, *op. ult. cit*., 65, nt. 55.

[54] Cionondimeno, non può non rilevarsi come nel caso sollevato dalla Corte di Cassazione francese quest'ultima, dopo avere ricevuto il parere della Grande Camera, sia pervenuta ad una soluzione che, pur discostandosi da quella inizialmente prospettata, neppure aderiva pianamente al parere reso dalla Grande Camera, superandone il contenuto e così dimostrando di tenerlo in considerazione ma, al contempo, di potersi altresì allontanare dal medesimo.

4. I citati esempi – benché evidentemente non esaustivi – rivelano il progressivo decentramento della Corte costituzionale dalla scena della tutela e implementazione dei diritti fondamentali[55]. Decentramento che – tuttavia – la stessa non ha accettato passivamente. La Consulta, infatti, ha innescato stridenti frizioni con il contesto sovranazionale, adottando contromisure intese a reinvestirla delle originarie prerogative sovrane.
Volendo 'sistematizzare' le reazioni 'autarchiche'[56] attuate dalla Corte costituzionale nel corso dell'ultimo decennio, possono riconoscersi alcuni paradigmi ricorrenti di "disobbedienza funzionale"[57] (diversamente connotati eppure) accomunati dall'intento di contrastare i continui 'attacchi' al suo ruolo di suprema custode dei diritti, tanto sul piano 'eurounitario', quanto su quello convenzionale. Ai fini presenti, sarà sufficiente menzionarne i principali.

4.1. Si è in precedenza osservato[58] come i profili di disallineamento tra Corte costituzionale e dimensione eurounitaria originino dalla *vis* espansiva degli effetti diretti del diritto dell'Unione che, notoriamente, si connota per la capacità ipertrofica di interessare sempre più settori dell'ordinamento[59], corrispondendo a istanze di natura (talora dichiaratamente) extragiuridica.
Obiettivo sovente perseguito con l'ausilio di tecniche di armonizzazione, ma altrettanto frequentemente grazie alla modalità 'indiretta' di espansione del diritto UE, ossia mediante il riconoscimento di effetti diretti in capo alle norme europee. Con la logica conseguenza che, all'infittirsi del dialogo tra Corte di Giustizia e giudice comune, il canale di confronto tra quest'ultimo e la Corte costituzionale viene relegato in secondo piano. Per tale ragione, le descritte dinamiche avrebbero innescato frequenti 'scambi di battute' tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia, nei quali è agevole rilevare alcune costanti, quasi degli 'schemi ricorrenti' di dialogo a distanza: in particolare, (i) a statuizioni dei Giudici del Kirchberg volte a riconoscere il primato incondizionato delle norme UE, (ii) la Consulta ribatte con toni di forte contrapposizione, talora prospettando l'impiego di contromisure al punto che, spesso, (iii) la Corte di Giustizia rivede quantomeno parzialmente le sue posizioni iniziali, mitigandole.
Pare, quindi, utile soffermarsi su talune di queste vicende (menzionando, per maggiore linearità di esposizione, le più note)[60], al fine di meglio discernere l'andamento del dialogo ora descritto.

[55] Cfr. A. Bernardi, *Il difficile rapporto*, cit., 76, il quale parla, a proposito, di "fine del costituzionalismo nazionale".
[56] L'icastica espressione si deve, ancora una volta, ad A. Bernardi, *La sovranità penale*, cit., 60 ss., il quale, più diffusamente, definisce il fenomeno come 'atteggiamento autarchico': a riguardo, cfr. F. Palazzo, A. Bernardi, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. int. dir. uomo* 1988, 33.
[57] In questi termini G. Martinico, *Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale'*, in *DPenCont* 2015, 2, 303 ss.
[58] Cfr. *supra*, § 3.1.
[59] Sulla incidenza della armonizzazione nello specifico settore del diritto penale, cfr., per tutti, V. Manes, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti e casi*, Torino 2020, in particolare 37 ss.
[60] All'evidenza, l'intento non è certo quello di ritornare su casi commentatissimi e oggetto di profonde analisi dottrinali, bensì quello di porre in luce come lo schema del dialogo a distanza tra Roma e Lussemburgo segua un percorso collaudato, sviluppando cadenze ricorrenti.

(a) Con riguardo al perenne rischio di una incontrastata affermazione del primato del diritto UE, significativa è – all'evidenza – la c.d. 'saga' *Taricco*[61], la quale ha (quasi) innescato la paventata attivazione dei cc.dd. controlimiti da parte della Corte costituzionale[62].
A ben vedere, l'*iter* giurisprudenziale che ha scandito i capitoli della vicenda riproduce lo schema di cui sopra: (i) dalla Corte di Giustizia promana una decisione fondata sul riconoscimento di un primato ormai incondizionato[63] del diritto dell'Unione. Le ragioni, una volta ancora, vanno ricondotte a tutt'altro che velate istanze di matrice extragiuridica[64] la cui prevalenza, sotto specie di interessi finanziari, viene espressamente invocata dalla Corte lussemburghese nel segno dell'art. 325 TrFUE[65]. Da ciò dovendone discendere – nella prospettiva della medesima Corte – la disapplicazione con effetti *in malam partem* del diritto interno (e, in particolare, delle disposizioni regolative della prescrizione), a prescindere dagli 'effetti collaterali' di una simile presa di posizione[66]. (ii) Epilogo inaccettabile per la Consulta che – ribadita la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione – riscontra un insanabile contrasto tra principii di diritto interno e sovranazionale, ponendo i Giudici del Kirchberg di fronte alla secca alternativa tra rivedere le posizioni iniziali, nel rispetto del supremo principio di legalità penale, ovvero indurre la Consulta all'impiego dei 'controlimiti', aprendo un vero conflitto tra giurisdizioni. Va osservato come la vicenda – poi conclusasi (iii) con una attenuazione dei toni, grazie all'atteggiamento conciliante della Corte di Lussemburgo[67] – esprima paradigmaticamente l'inflessibilità dei giudici costituzionali che – temendo una sottrazione di sovranità su un tema fondamentale quale quello della retroattività della legge penale sfavorevole – invocano il rispetto

[61] La vicenda, originata da un rinvio pregiudiziale del G.u.p. di Cuneo (G.u.p. Cuneo ord. 17.1.2014), esitava in una prima decisione della Corte di Giustizia dell'UE (C.G.UE, GS, 8.9.2015, C-105/14), che, suscitando variegate reazioni nella giurisprudenza ordinaria, in particolare portava al sollevamento di due analoghe questioni di legittimità costituzionale (da parte di Cass. 30.3.2016 n. 28346, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze* 2016, 4, II, 124 ss.; App. Milano ord. 18.9.2015). La Corte costituzionale, interessata della vicenda, minacciava quindi l'attivazione dei controlimiti con ord. 27/2017, promuovendo a sua volta un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo. Quest'ultima, in C.G.UE, GS, 5.12.2017, C-42/17, mitiga le proprie iniziali posizioni, in una ritirata tattica di fronte alle statuizioni della Corte costituzionale. Da ultimo, la Consulta chiude definitivamente la 'saga', ribadendo fermamente la propria impostazione, con sent. 115/2018. Per una sintesi della dettagliata vicenda, v. V. Manes, M. Caianiello, *op. cit*., 25 ss.
[62] Costituendo il protratto e difficile dialogo tra le due Corti oggetto di sterminata letteratura, si rinvia, per tutti, a *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, a cura di C. Amalfitano, Milano 2018.
[63] Principio affermato, probabilmente nella sua massima estensione applicativa, in C.G.UE, GS, 26.2.2013, C-399/11, *Melloni*, per cui si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a C. Cupelli, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo*, auctoritas *e controlimiti*, in *Crim* 2013, 1, 339 ss.
[64] In estrema sintesi, nella prospettiva della Corte di Giustizia gli interessi finanziari dell'Ue, messi a repentaglio dalle cc.dd. frodi carosello – illeciti riconducibili, nel sistema penale italiano, alle fattispecie di cui al d. lgs. 74/2000 – sarebbero stati ulteriormente frustrati dalla disciplina italiana della prescrizione (in particolare, con riguardo agli artt. 160 e 161 Cp), che permetteva la estinzione – e, dunque, l'impunità – di diverse frodi fiscali.
[65] Indicativo, a riguardo, il fatto che la Corte di Giustizia giustifichi la propria decisione invocando espressamente una norma di diritto primario – l'art. 325 TrFUE – che non era neppure menzionata all'interno dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale: sul punto, cfr. C. Amalfitano, *Primato del diritto dell'Unione* vs *identità costituzionale o primato del diritto dell'Unione e identità nazionale?*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi, C. Cupelli, Napoli 2017, 5 s.
[66] Le conseguenze di una disapplicazione *in malam partem* delle disposizioni in tema di prescrizione avrebbero determinato effetti paradossali e profondamente lesivi delle fondamentali istanze di prevedibilità e conoscibilità del diritto: in ipotesi, un soggetto imputato in un procedimento per reati fiscali prossimi alla estinzione in ragione dell'imminente maturare della prescrizione avrebbe visto sfumare tale possibilità in applicazione dell'art. 325 TrFUE (e della contestuale disapplicazione delle norme sulla prescrizione), potendo subire una condanna fino a quel momento del tutto imprevedibile. Le problematiche sottese alla decisione della Corte di Giustizia non si arrestavano peraltro ai soli profili di prevedibilità, interessando la legalità anche sotto il versante della determinatezza, messa a repentaglio dalla introduzione giurisprudenziale di una clausola generale del tutto vaga come quella del 'numero considerevole di casi di frode grave': per approfondimenti sul tema delle clausole generali, con precipuo riguardo al caso *Taricco*, si rinvia a D. Castronuovo, *La mappa dell'impero. clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Diritto & Questioni Pubbliche* 2018, 18, 2, 49 ss. Sulla rilevanza della prevedibilità dell'esito giudiziario quale ingrediente sempre più valorizzato della legalità penale, cfr. G. Caruso, *Appunti sul mutamento giurisprudenziale sfavorevole. tra esigenze di garanzia, prevedibilità e certezza nel diritto penale*, in *www.sistemapenale.it*, 20.4.2021, 3.
[67] C.G.UE, GS, 5.12.2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.*

degli articoli 4.2 e 6.3 TUE per rivendicare l'intangibilità del 'nucleo forte' di identità nazionale degli Stati membri, chiarendo che in ogni caso la tutela dei principii supremi debba costituire oggetto di un controllo accentrato in capo alla Corte costituzionale. In tal modo, la Consulta enuncia con fermezza il proprio ruolo di custode suprema dei principii dell'ordinamento, ribadendo la primazia dell'interpretazione costituzionalmente orientata su ogni altra opzione ermeneutica, sì da delimitare adeguatamente le ingerenze degli attori sovranazionali nella sovranità interna.
(b) Nel medesimo solco si colloca l'indirizzo "patriottista"[68] – se possibile, ancor più evocativo – di pronunce con cui la Corte costituzionale rivendica il primato del sindacato accentrato di costituzionalità sul terreno cruciale dei diritti fondamentali. La tematica – altresì nota come dottrina della *overlapping protection*[69] – interessa la c.d. doppia pregiudizialità, riconducibile, una volta di più, ad un difetto di coordinamento tra strumenti di tutela interni e sovranazionali. La già enunciata influenza della Corte di Lussemburgo nel riconoscere in capo al giudice comune il ruolo di primo incaricato a risolvere le frizioni tra diritto dell'Unione e diritto interno ha legittimato il medesimo ad un impiego sempre più diffuso degli strumenti della disapplicazione e del rinvio pregiudiziale, con un corrispondente accantonamento – ancorché non dichiarato – del controllo accentrato di costituzionalità mediante giudizio incidentale. Da ciò conseguendo l'intransigente reazione della Corte costituzionale, la quale giungeva a postulare il dovere[70] – successivamente mitigato in "opportunità"[71] – per il giudice ordinario di preferire l'incidente di costituzionalità al rimedio del rinvio pregiudiziale in caso di incertezze interpretative relative a diritti fondamentali contemplati tanto nella Costituzione, quanto nella Carta.
Benché oggi parzialmente affievolito, il dibattito sul punto conferma la – in certo senso – 'gelosia' istituzionale della Corte costituzionale in tema di tutela dei diritti fondamentali, generata anche dal timore incombente di dover cedere ampie porzioni di sovranità penale, tanto verso l''alto', nei confronti dei Giudici del Lussemburgo, quanto – e, forse, soprattutto – verso il 'basso', nei confronti di un giudice comune[72] abile e sempre più indipendente nel rapportarsi con il sistema multilivello delle fonti.

4.2. Anche i rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo hanno sollevato problematiche in merito alle 'ripartizioni' di sovranità.
La tendenza della Corte EDU a porsi come Corte costituzionale europea - da un lato autolegittimandosi ad emettere pronunce di portata generale, ispirate da intenti 'paideutici' nei confronti delle Alte Parti della Convenzione, e, da un altro lato, determinando con le sue decisioni i giudici comuni ad un utilizzo diretto (mediante disapplicazione) delle disposizioni della Cedu[73] - ha dato vita ad atteggiamenti di chiusura, per vero non limitati alla Corte costituzionale italiana. Le

[68] Così A. Bernardi, *Il difficile rapporto*, cit., 62.
[69] Cfr. V. Manes, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 19 s., nonché S. Manacorda, *'Doppia pregiudizialità' e Carta dei Diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione europea nell'era del disincanto*, in *RIDPP*, 2020, n. 1, 573 ss. [contributo pubblicato con il medesimo titolo altresì in *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, a cura di C. Grandi, Pisa 2021, 137 ss.].
[70] C. cost., 7.11.2017 n. 269, in *RDInt* 2018, 1, 282 ss.; per quanti, in dottrina, hanno riconosciuto nella commentatissima sentenza un decisivo tentativo di 'riaccentramento' da parte della Corte costituzionale, cfr., *ex multis*, C. Amalfitano, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Rivista AIC* 2020, 1; D. Gallo, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC* 2019, 1, 232 ss.; A. Guazzarotti, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269 del 2017*, in *Quad. cost.* 2018, 1, 196 ss.; A. Ruggeri, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *www.giurcost.org*, 25.3.2019, 157 ss.
[71] Cfr. C. cost., 21.2.2019, n. 20, in *FI* 2020, 1, I, 125 ss.; 21.3.2019 n. 63, in *GD* 2019, 16, 26 ss.; ord. 10.5.2019 n. 117, in *GCos* 2019, 3, 140 ss.
[72] È stato osservato come un potere di disapplicazione sempre più diffuso finirebbe con il trasformare, quantomeno parzialmente, la figura del giudice comune in un organo politico, capace di inserire nella propria prognosi anche componenti valutative non più esclusivamente giuridiche. Sul punto, v. A. Bernardi, *La sovranità penale*, cit., 76 s.
[73] Rispetto a tale tendenza v. V. Sciarabba, *op. cit.*, 50 ss.

insofferenze ai toni generalizzanti di Strasburgo sono state espresse – attraverso le più disparate contromisure – da più parti, talora culminando in episodi di vera e propria resistenza nazionale[74]. Non potendoci qui soffermare sulle reazioni manifestate dagli attori di altri Stati membri, l'attenzione deve focalizzarsi sulla nostra Corte, la quale ha espresso chiara insofferenza in decisioni catalogabili secondo due 'direttrici', così pervenendo ad esiti distanti rispetto all''apertura storica'[75] espressa nelle sentenze gemelle del 2007[76].

(a) Anzitutto, il riferimento va al c.d. margine di apprezzamento, dottrina essenzialmente deputata a calibrare volta per volta i rapporti tra le limitazioni di sovranità tollerabili da parte degli Stati e la esigenza di non appianare le peculiarità giuridiche proprie di ciascun ordinamento nazionale. Tematica, peraltro, di recente tornata all'attenzione degli studiosi del diritto penale europeo – seppur transitando da una dimensione originariamente giurisprudenziale ad una marcatamente legislativa – in occasione della codificazione del margine di apprezzamento all'interno del Protocollo n. 15[77], con lo scopo di corrispondere alle istanze di attenuazione preventiva dei condizionamenti provenienti da Strasburgo di recente avanzate sul piano 'politico'[78]. Per la verità, la predetta categoria trova ben più profonde radici nella giurisprudenza della stessa Corte EDU, salvo poi essere stata recepita dalla Corte costituzionale all'esito di una rilettura volta a preservare un limite invalicabile di autonomia valutativa.

Sia concesso un celere, ma opportuno, cenno storico. Il margine di apprezzamento nasceva in un contesto a spiccata connotazione internazionalistica[79], nel quale la Corte EDU riconosceva la responsabilità degli Stati membri soltanto in presenza di gravi violazioni della Cedu[80], secondo una logica di diffuso *self-restraint* in virtù del presunto *better placement* di cui avrebbero goduto gli organi nazionali nel ponderare le situazioni di diritto interno. Tuttavia, la sopravvenuta tendenza 'generalizzante' assunta dalle decisioni di Strasburgo portava al progressivo affievolimento della suddetta dottrina che, per lungo tempo, rimaneva nella penombra. Sennonché, la stessa ha assistito ad una recente rivitalizzazione in seno alla giurisprudenza delle Corti di alcuni Stati membri, preoccupate di preservare una zona franca di sovranità in materia di diritti fondamentali, proprio per far fronte a quella tendenza generalizzante che la aveva progressivamente offuscata. Tra queste la Corte costituzionale[81] che, al precipuo fine di contenere la rinnovata 'aggressività' della Corte di

---

[74] In questi termini A. Osti, *op. cit.*, 859.

[75] Cfr. E. Malfatti, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* 2019, 3, 124.

[76] Le quali – come noto – aprono l'ordinamento italiano alla Convenzione EDU, le cui disposizioni divengono parametro interposto di costituzionalità grazie all'art. 117 Cost., trovando applicazione nel sistema di diritto interno secondo la interpretazione che delle medesime venga data dalla giurisprudenza di Strasburgo.

[77] Il Protocollo 15 veniva elaborato in occasione della Conferenza di Brighton del 2012 e adottato a Strasburgo il 24 giugno 2013; tuttavia, l'Italia ha provveduto alla ratifica soltanto con l. 11/2021 (G.U. del 10.2.2021).

[78] Cfr. A. Bernardi, *La sovranità penale*, cit., 125 s.

[79] È stato osservato come, inizialmente, la Corte EDU adottasse una prospettiva sostanzialmente 'intergovernativa' nella tutela dei diritti della Convenzione, al fine di evitare ogni interferenza con le intangibili sfere di sovranità degli Stati parte: cfr., a riguardo, G. Repetto, *Alle origini del margine d'apprezzamento, tra* self restraint *e inquadramento del pluralismo: il caso Handyside*, in *www.diritti-cedu.unipg*, 11.2.2010, 1.

[80] Invero, la teoria del margine di apprezzamento – elaborata a partire dal caso *Lawless* del 1961 in seno all'art. 15 Cedu, che consente parziali deroghe agli obblighi contenuti nella Convenzione in caso di guerra – poggiava sul concomitante '*consensus* europeo', concetto che condenserebbe lo *standard* di tutela dei diritti della Convenzione rispetto all'ordinamento di ciascuno Stato membro. In altri termini, tanto più uniforme e diffuso tra le Alte Parti dovesse essere il *common ground* sotteso alla tutela di una garanzia Cedu, tanto più sottile sarebbe stato il margine di apprezzamento di cui uno Stato avrebbe goduto in merito ad eventuali deroghe alla predetta garanzia. Sul tema, e per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia ad A. Bernardi, *La sovranità penale*, cit., 54 s.; M.R. Morelli, *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, in *www.cortecostituzionale*, 20.9.2013; G. Repetto, *op. ult. cit.*, 1 s.

[81] Il riferimento è al noto caso delle 'pensioni svizzere', in cui la Corte costituzionale (sent. 264/2012), in una prospettiva di bilanciamento tra tutele, invoca la dottrina del margine di apprezzamento al fine di non dare attuazione alla condanna pronunciata nei confronti dello Stato italiano dalla Corte EDU (in *Maggio c. Italia*) per violazione del principio del giusto processo *ex* art. 6 Cedu da parte di una legge di interpretazione autentica – e sfavorevole – in materia di calcolo delle

Strasburgo[82], tornava ad invocare l'esistenza di un confine oltre il quale la sovranità di un'Alta Parte non avrebbe potuto essere compressa, a pena di snaturare la stessa cultura giuridica di uno Stato. Insomma, riaffiora il margine di apprezzamento, seppur rielaborato alla stregua di una logica di bilanciamento tra contrapposti interessi, rimessa in via esclusiva alla Corte costituzionale stessa[83] a tutela della propria sovranità: logica in virtù della quale, essenzialmente, "le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo non sono da prendere per oro colato"[84].

(b) La reinterpretazione 'cautelativa' delle nozioni elaborate a Strasburgo costituisce, a ben vedere, una tecnica diffusa[85].

Basti pensare al 'diritto consolidato', nozione discussa al pari di quella di 'margine di apprezzamento'[86] e sotto la quale si cela una concezione strettamente piramidale dei rapporti tra le Corti[87]. Come noto, con la sentenza n. 49 del 2015[88], la Corte oppone la più veemente reazione alle sottrazioni di sovranità minacciate dall'ordinamento convenzionale, di fatto circoscrivendo la vincolatività delle decisioni della Corte EDU in capo al giudice ordinario ai soli casi di c.d. 'diritto consolidato'. Ipotesi remota[89], laddove si consideri che siffatta caratteristica – nelle argomentazioni

---

pensioni dei cittadini italiani che avevano lavorato in Svizzera. Sul punto, cfr. M.R. Morelli, *op. cit.*, 6 s., nonché E. Lamarque, F. Viganò, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 31.3.2014, 22 s.

[82] Così O. Pollicino, *Margine di apprezzamento, art 10, c. 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 16.12.2009, 3. Nello stesso senso, cfr. E. Malfatti, *op. cit.*, 127, per cui la Corte si sarebbe servita di poco più che un gioco di parole, che da criterio 'che normalmente serve alla Corte di Strasburgo per evitare la condanna di uno Stato (concedendogli, appunto, un margine di errore), diventa elemento decisivo per riconquistare terreno da parte della Corte costituzionale e riprendere conseguentemente autonomia di giudizio da esercitare in concreto'.

[83] Cfr. C. cost., 19.11.2012 n. 264, in *RDInt* 2013, 2, 616 ss., §§ 4.1: "*Il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale − elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea − deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro*" e 5.1 "*A differenza della Corte EDU, questa Corte, come dianzi precisato, opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata*".

[84] A. Ruggeri, *La Corte costituzionale "equilibrista"*, cit., § 3.

[85] Tecnica diffusa – peraltro – non solo nelle concrete modalità di esplicazione, bensì anche rispetto ai soggetti che la pongono in atto: per alcune esemplificazioni, con particolare attenzione alla esperienza inglese, v. G. Martinico, *op. cit.*, 307 ss.

[86] Ma con effetti ancor più estremi, potendo la nozione di 'diritto consolidato' precludere in radice l'ingresso del diritto giurisprudenziale convenzionale nell'ordinamento interno: cfr., sul punto, V. Manes, V. Napoleoni, *op. cit*., 28.

[87] Così A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *DPenCont* 2015, 2, 327.

[88] C. cost., 14.1.2015 n. 49, in *CP* 2015, 6, 2195 ss., trattata da copiosa bibliografia, tra cui M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30.3.2015; G. Civello, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *AP* 2015, 3, 783 ss.; R.G. Conti, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *Consulta OnLine* 2015, 1; V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.4.2015; P. Mori, *Il "predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della 'normalizzazione' dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *www.SIDIBlog.org*, 15.4.2015; D. Russo, *La "confisca in assenza di condanna" tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2014, 2; G. Sorrenti, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 7.12.2015; D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *www.forumcostituzionale.it*, 30.4.2015; F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30.3.2015; V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC* 2015, 2.

[89] Paradigmatica della descritta tendenza Cass. S.U. 24.10.2019 n. 8544, in *CP* 2020, 6, 2259 ss., laddove viene esclusa la natura di diritto consolidato alla sentenza *Contrada c. Italia*, con conseguente impossibilità di estendere i principii contenuti nella medesima ai cc.dd. 'fratelli minori'.

della Corte – viene riconosciuta in capo ad una sentenza secondo parametri del tutto evanescenti e vaghi[90], rimessi al libero apprezzamento del Giudice chiamato a valutarne la cogenza. Si erige, quindi, un limite – difficilmente valicabile – alla potenziale 'universalizzazione'[91] delle sentenze di Strasburgo, perennemente sottoposte ad un *test* di vincolatività (al di fuori del caso di specie) per vero assai stringente ed aleatorio.
Altrimenti detto, con la decisione in esame la Consulta frappone un evidente ostacolo alla tendenza ad un'applicazione generalizzata (a monte, da parte della Corte EDU) e indiscriminata (a valle, da parte dei giudici comuni) delle *regulae juris* provenienti da Strasburgo, riaccentrando il proprio ruolo nel complesso gioco dei rapporti tra Corti[92].

5. Ma una panoramica dei rapporti tra le Corti restituisce davvero uno spartito monocorde, che vede una Corte costituzionale costantemente dedita ad arginare le incombenti minacce europeiste? Ad uno sguardo più attento, sembra che la stagione delle ostilità sia ormai entrata nella sua fase calante.
Il tentativo di (sommaria) 'tassonomizzazione' delle risposte fornite dalla Consulta alle incombenti minacce di sottrazione di sovranità pare suggerire come queste, un tempo assai frequenti, si stiano gradualmente diradando. Al contrario, numerosi approdi giurisprudenziali testimonierebbero piuttosto una inversione di tendenza, caratterizzata da una virtuosa interazione tra le Corti. Specie in tempi recenti, numerosi settori della materia penale (latamente intesa) sono stati sottoposti al vaglio o, comunque, interessati dall'attività giurisdizionale delle Corti europee: tra questi, basti pensare (a) al complesso tema delle misure di prevenzione, interessate dal rapido susseguirsi della sentenza *De Tommaso c. Italia*[93] e di Corte cost. n. 24 del 2019[94]; (b) alle frequenti stimolazioni della Corte EDU[95] e della Corte di Giustizia[96] in tema di *ne bis in idem*, alle quali la Consulta ha finalmente risposto con

[90] Tra i quali la Corte enumera la creatività del principio affermato rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano. Sul punto, cfr. F. Viganò, *La tela*, cit., 339 s.
[91] Cfr. V. Manes, op. ult. cit., 14.
[92] Cfr. D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, cit., 4.
[93] C. eur. GC, 23.2.2017, *De Tommaso c. Italia*, ric. n. 43395/09. Tra i commenti alla decisione, si rinvia, *ex plurimis*, R. Magi, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale*, in *DPenCont* 2017, 3, 135 ss.; V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *DPP* 2017, 1039 ss.; A.M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *DPenCont* 2017, 3, 15 ss.; F. Menditto, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *DPenCont* 2017, 4, 127 ss.; F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *DPenCont* 2017, 3, 370 ss.
[94] C. cost., 24.1.2019 n. 24, in *GD* 2019, 13, 74 ss., con commenti di G. Amarelli, *Misure di prevenzione e principio di determinatezza*, in *Treccani – Libro dell'anno*, 104 ss.; E. Aprile, *La Corte Costituzionale "riscrive" la disciplina delle misure di prevenzione "generiche" per garantirne maggiore determinatezza nei loro presupposti applicativi e negli effetti penalistici della violazione delle relative prescrizioni – C. Cost., 27 febbraio 2019, n. 24*, in *CP* 2019, 5/6, 1886 ss.; F. Basile, E. Mariani, *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti "abitualmente dediti a traffici delittuosi": questioni aperte in tema di pericolosità*, in *www.discrimen.it*, 10.6.2019; M. Cerfeda, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle "misure di polizia"*, in *AP* 2019, 2; S. Finocchiaro, *Due pronunce della corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza de Tommaso della Corte Edu*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4.3.2019; A.M. Maugeri, P. Pinto de Albuquerque, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (c. cost. 24/2019)*, in *www.sistemapenale.it*, 29.11.2019.
[95] Cfr., in particolare, C. eur. GC, 10.2.2009, *Zolotukhin c. Russia*; 4.3.2014, *Grande Stevens c. Italia* (ric. n. 18640/10); GC, 15.11.2016, *A e B c. Norvegia*; 18.5.2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*; 16.4.2019, *Bjarni Armannsson c. Islanda*; 6.6.2019, *Nodet c. Francia*; 21.7.2020, *Velkov c. Bulgaria*; 31.8.2021, *Bragi Gudmundur c. Islanda*.
[96] C.G.UE, 26.2.2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*; GS, 20.3.2018, C-524/15, *Menci*; GS, 20.3.2018, C-537/16,

la sentenza n. 149 del 2022; (c) alle censure[97] subite a Strasburgo dallo Stato italiano in materia di diritto penitenziario, successivamente interessato dalle sentenze n. 253 del 2019[98] e n. 32 del 2020[99].
Contesti tematici – si diceva – che rendono manifesto un rinnovato atteggiamento di apertura da parte della Consulta nei confronti delle indicazioni promananti dalle Corti europee, sostituendo alle descritte reazioni autarchiche un percorso di interazione costruttiva. I controlimiti, il diritto consolidato, il margine di apprezzamento appaiono in fase di superamento, in favore di un mutato 'clima' nei rapporti tra le Corti, acutamente sintetizzato nel concetto di 'metacostituzionalismo'[100]. Costituendo, quest'ultimo, la evoluzione migliorativa del costituzionalismo, inteso come sindacabilità della legge penale ad opera della sola Corte costituzionale sui parametri della Carta costituzionale[101]. Più specificamente, il costituzionalismo – in passato forse troppo rigidamente opposto alle pur pressanti sollecitazioni esogene – si starebbe proiettando in una dimensione dialogica, implicante la accettazione di una proficua integrazione *ab externo* specie sul cruciale terreno dei diritti fondamentali.
Aderendo a tale logica, la Corte costituzionale ha a più riprese positivamente recepito le indicazioni provenienti dalle due interlocutrici europee al fine di calarle nell'ordinamento interno, pur conservando una propria autonomia valutativa.
Prove tangibili del rinnovato paradigma sarebbero alcune recenti pronunce che toccano alcuni tra i temi più delicati del sistema penale odierno[102]. Ne riportiamo alcune[103].
(a) Significativa, in primo luogo, appare la sent. 149/2022[104], con cui la Corte costituzionale restituisce un nucleo di autonomia concettuale al principio del *ne bis in idem*, troppo spesso ridotto ad una generica valutazione di proporzionalità, soprattutto a seguito dei noti (e spesso criticati) arresti della Corte di Giustizia[105] sul tema. Con tale decisione, la Consulta riporta la predetta garanzia

Garlsson e al. c. Consob; GS, 20.3.2018, C-596/16 e C-597/16, *Enzo di Puma c. Consob e Antonio Zecca c. Consob* nonché, più di recente, C-570/20, 5.5.2022, *BV*.

[97] I riferimenti sono, nello specifico, a C. eur., 8.1.2013, *Torreggiani e altri c. Italia* (ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), nonché 13.6.2019, *Viola c. Italia* (ric. n. 77633/16).

[98] C. cost., 23.10.2019 n. 253, in *CP* 2020, 3, 1005 ss.

[99] Corte cost., 26.2.2020 n. 32, in *GCos* 2020, 1, 224 ss.

[100] In questi termini, specificamente, R. Bartoli, *I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale*, cit., *passim*. Cionondimeno, sono state coniate locuzioni di portata analoga e parimenti efficaci: si pensi a quella di 'costituzionalismo multilivello' presente in A.M. Maugeri, P. Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, 30, ovvero a quella di 'primavera silenziosa', comparsa in V. Manes, F. Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *www.sistemapenale.it*, 23.3.2020.

[101] Cfr. R. Bartoli, *op. ult. cit*., 2; Id., *Costituzionalismo e trasformazioni del diritto penale*, in *DPP* 2021, 6, 705 ss., *passim*; Id., *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino 2022, *passim*.

[102] Pronunce – appare significativo evidenziare – non rese nelle dimesse vesti delle sentenze interpretative di rigetto, fino a non molto tempo addietro diffuse in seno alla Corte costituzionale, bensì nella più decisa forma della declaratoria di illegittimità costituzionale: sul punto, v. ancora V. Manes, F. Mazzacuva, *op. cit*., 6.

[103] Per ulteriori esempi si rinvia alla accurata analisi di E. Malfatti, *op. cit.*, 144 ss.

[104] C. cost., 16.6.2022 n. 149, in *GCos* 2022, 3, 1554 ss., in cui la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 Cpp per violazione dell'art. 4, Prot. 7 Cedu con riferimento al doppio binario sanzionatorio previsto in relazione a condotte lesive della disciplina sul diritto d'autore, che prevedeva un cumulo punitivo, ammettendo la contestuale irrogazione di pena pecuniaria per reato di cui all'art. 171 *ter*, co. 1 lett. b) della suddetta legge (detenzione a fini di lucro per la vendita e la riproduzione abusiva di opere letterarie fotocopiate in misura superiore a quella consentita) e di sanzione amministrativa (art. 174 *bis*) per i medesimi fatti materiali. Per approfondimenti sul tema, per le ricostruzioni fattuali del caso e per la evoluzione giurisprudenziale si rinvia a L. Carraro, *La consulta dichiara la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per violazione del* ne bis in idem *in materia di diritto d'autore: la natura "ectoplasmatica" del test di* close connection, in *AP* 2023, 1; M. Scoletta, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in *www.sistemapenale.it*, 23.6.2022; N. Recchia, *L'ennesima stagione del* ne bis in idem *nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo* ubi consistam *processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in *RIDPP* 2022, 4, in corso di pubblicazione.

[105] Con le sentenze C.G.UE, GS, 20.3.2018, C-524/15, *Menci*; GS, 20.3.2018, C-537/16, *Garlsson e al. c. Consob*; GS, 20.3.2018, C-596/16 e C-597/16, *Enzo di Puma c. Consob e Antonio Zecca c. Consob* i Giudici del Lussemburgo portano alle estreme conseguenze il paradigma della '*close connection*' (cfr. nota successiva) consentendo – nella sostanza – deroghe al divieto di cumuli punitivo-sanzionatori, purché (a) rispettosi di finalità di interesse generale, (b) necessari e

nell'alveo della originaria dimensione processuale, pur sempre rifacendosi ai più rilevanti orientamenti interpretativi della Corte di Strasburgo[106]. Una posizione intermedia, che permette alla Corte costituzionale di prendere le distanze dalle eccessive generalizzazioni della Corte di Giustizia e, al contempo, di recepire il più bilanciato modello di *ne bis in idem* elaborato dalla Corte EDU[107], ma adattandolo alle peculiarità dell'ordinamento costituzionale interno[108].
Pur senza soffermarsi *funditus* sul contenuto della decisione, relativo ad una tematica che – allo stato – sembra non avere ancora trovato un proprio "centro di gravità permanente"[109], merita sottolineare l'equilibrio che dalla stessa traspare: non si rigetta (come spesso in passato) l'*aquis* giurisprudenziale europeo, né lo si recepisce passivamente, bensì lo si rilegge in chiave costituzionale.
Nella sostanza, legittimando un modello condiviso di implementazione dei diritti fondamentali, in cui a ciascun 'attore' viene assegnato un ruolo di rilievo.
Così, se alle Corti sovranazionali spetta un'attività innegabilmente creativa nello sviluppo delle garanzie della Convenzione e della Carta[110], è compito del giudice comune far dialogare queste ultime con le categorie del diritto interno[111], mentre la Consulta può – nei casi di conflitto indissolubile – 'emendare' il sistema avvalendosi della efficacia *erga omnes* delle proprie decisioni e garantendo le fondamentali istanze di certezza dell'ordinamento (come avvenuto nel caso di specie).
(b) Tale mutato atteggiamento si percepisce altresì nella giurisprudenza in materia di misure di prevenzione, laddove la Corte costituzionale – con sent. 24/2019 –attuando un virtuoso confronto con la giurisprudenza di Strasburgo (e, in particolare, con la sentenza della Grande Camera *De Tommaso c. Italia*), ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1, lett. *a)* d. lgs. 159/2011 per carenza di tassatività e, conseguentemente, di prevedibilità[112].
La lettura della decisione consente una volta ancora di apprezzare la 'confidenza' della Corte nel ragionare con le categorie europee, sforzandosi di calarle nel nostro ordinamento pur sempre mediante soluzioni rispettose della tradizione giuridica dello stesso.
Significative, a riguardo, le aperture in chiave 'convenzionale' che portano la Consulta, da un lato, a riconoscere il ruolo 'tassativizzante' della giurisprudenza, in un ambito da sempre considerato

(c) proporzionati, secondo le cadenze dettate dall'art. 52, § 1 della Carta. In altre parole, la garanzia originariamente di stampo processuale si fa sostanziale, incentrandosi integralmente su una valutazione di complessiva proporzionalità.
[106] In particolare, la Corte costituzionale riprende le fondamentali indicazioni contenute in C. eur. GC, *A e B c. Norvegia*, cit., decisione poi costantemente richiamata dalla successiva giurisprudenza di Strasburgo. Come noto, nella suddetta decisione la Corte EDU introduceva una clausola sostanzialmente limitativa del *ne bis in idem*, ritenendo astrattamente compatibili con l'art. 4 Prot. 7 Cedu i cumuli punitivi caratterizzati da una "*sufficiently close connection in substance and time*", inaugurando un autentico *test*, tale per cui la garanzia del *ne bis in idem* non avrebbe potuto dirsi violata in caso di (a) complementarietà negli scopi perseguiti dai procedimenti concorrenti; (b) prevedibilità *ex ante* del cumulo procedimentale; (c) presenza di meccanismi di coordinamento processuale e, più specificamente, probatorio; (d) contiguità temporale dei procedimenti nonché, 'soprattutto' (e) meccanismi suscettibili di graduare la complessiva risposta sanzionatoria.
[107] Cfr. sent. 149/2022, cit., § 5.2.3.
[108] Intento evidente laddove la Corte riafferma la natura processuale della garanzia, distinguendola esplicitamente dal principio di proporzionalità: v., in particolare, sent. 149/2022, cit., § 5.1.1.
[109] In questi termini R.A. Ruggiero, *Il* ne bis in idem*: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *CP* 2017, 10, 3809 ss.
[110] E la Corte costituzionale lo riconosce, rifacendosi nella decisione in esame agli approdi giurisprudenziali tanto della Corte di Giustizia, quanto della Corte EDU.
[111] Cfr. sent. 149/2022, cit., § 2.2.2.
[112] In estrema sintesi, la vicenda *De Tommaso* originava in capo al ricorrente dalla misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel proprio comune di residenza ai sensi dell'art. 1, co. 1 lett. *a)* e *b)* d. lgs. 159/2011, in quanto ritenuto abitualmente dedito a traffici delittuosi e capace di vivere abitualmente con i proventi di attività delittuose: in una locuzione, 'genericamente pericoloso'. Su tali presupposti veniva proposto ricorso alla Corte EDU individuando quale parametro violato, in particolare, l'art. 2, Prot. 4 in quanto la predetta normativa appariva irrispettosa del principio di tassatività e, di conseguenza, non garantiva la sufficiente prevedibilità di applicazione delle misure da parte dei destinatari. Successivamente investita di analoga questione, la Corte costituzionale – con sent. 24/2019 – perveniva a dichiarare la illegittimità esclusivamente della prima categoria di soggetti (e, quindi, dell'art. 1, co. 1, lett. *b)*) ritenendo invece conforme a Costituzione la seconda, in quanto sufficientemente 'tassativizzata' da parte della giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza *De Tommaso*.

extrapenale come quello delle misure di prevenzione; dall'altro lato, a sancire l'ingresso nel sistema di diritto interno del principio di prevedibilità[113], come declinazione sovranazionale della legalità. Al contempo, tuttavia, tali premesse subiscono – nel processo di adattamento al sistema nazionale – una rielaborazione[114], in una prospettiva di preservazione dell'identità dell'ordinamento, verosimilmente considerato non ancora pronto ad accogliere (anche in senso formale) una nozione ancipite di legge – come declinata nell'art. 7 Cedu – comprensiva di *lois* e *droit*.
Da ciò scaturendone una pronuncia bifronte: sotto certi aspetti, innovativa, perché sensibile agli stimoli provenienti da Strasburgo; sotto altri aspetti, prudente, perché consapevole di dover salvaguardare le peculiarità del sistema di diritto interno, declinando in tale prospettiva le garanzie di matrice sovranazionale.
(c) Infine, il rinnovato accostamento 'metacostituzionale' può apprezzarsi dall'analisi della sent. 32/2020, con la quale viene dichiarata la illegittimità costituzionale della c.d. legge *Spazzacorrotti* nella parte in cui non prevede alcuna norma transitoria in relazione all'applicazione delle modifiche all'art. 4 *bis* Op, potenzialmente legittimando interpretazioni retroattive *in malam partem*[115].
Vengono una volta ancora valorizzate le proficue interazioni tra il diritto penale interno e il vettore giurisprudenziale sovranazionale.
Anzitutto, si riconosce espressamente natura penale alle misure alternative alla detenzione, mediante la estensione del perimetro della 'materia penale costituzionale', categoria – come noto – originata[116] da quella parallela di *matière pénale*, elaborata in seno alla giurisprudenza convenzionale. Ma ciò che più risalta è la scelta del parametro di costituzionalità, individuato non nella consueta norma interposta di cui all'art. 117 Cost., bensì nell'art. 25, co. 2 Cost. Altrimenti detto, lo stesso principio di legalità è sottoposto a una progressiva rimeditazione espansiva[117], tale da garantire nel sistema interno l'ingresso delle indicazioni della giurisprudenza della Corte EDU[118]. La Consulta si spinge infatti oltre la esplicita recezione delle *regulae juris* di matrice sovranazionale, ricostruendole nel caso di specie in chiave costituzionale, così mostrando una crescente propensione non soltanto a ragionare con categorie europee, ma altresì a garantirne l'ingresso nell'ordinamento interno, assicurando elevati *standard* di tutela dei diritti fondamentali in un settore da sempre esposto a censure di costituzionalità o 'convenzionalità' quale è quello dell'ordinamento penitenziario.

6. Le decisioni riportate ci sembrano chiaramente sintomatiche di un recente cambio di rotta nei rapporti tra Corte costituzionale e diritto penale europeo.

---

[113] Invero, benché l'ordinamento interno fosse già stato interessato da pronunce sensibili al tema delle 'libere scelte di azione', come – su tutte – le sentt. 364/1988 e 32/2007, cionondimeno è solo a seguito della sentenza *De Tommaso* e, quindi, con la sent. 24/2019, che dalla prospettiva della colpevolezza, declinata nel concetto di calcolabilità delle conseguenze giuridiche, si transita verso la legalità stessa mediante la prevedibilità, intesa come componente fondamentale del principio di tassatività e determinatezza: sul punto v., *ex multis*, G. Caruso, *op. cit.*

[114] In estrema sintesi, va rammentato come la Corte costituzionale riconosca il principio di prevedibilità e il ruolo 'tassativizzante' della giurisprudenza, precisando tuttavia come quest'ultimo resti rigorosamente circoscritto ad una materia extrapenale quale è (quantomeno, secondo la prospettiva della Corte costituzionale) quella delle misure di prevenzione e, così, evitando di dare legittimazione alle tesi che riconoscono nel sistema penale italiano un pur tacito modello di *nullum crimen sine iure*. Sul punto, v. altresì M. Cerfeda, *op. cit.*, 7 ss.

[115] L'incidente di costituzionalità rilevava la illegittimità dell'inserimento di numerose fattispecie di delitti contro la P.A. ad opera della l. 3/2019 all'interno dell'art. 4 *bis* Op – disposizione che, come noto, inibisce anche ai condannati a pena inferiore a quattro anni la sospensione dell'ordine di esecuzione e quindi determina un forzoso "assaggio di pena" prima di poter ambire ad una misura alternativa, subordinandone peraltro la concessione alla collaborazione con l'autorità –, in quanto privo di una norma transitoria, da ciò conseguendone – in applicazione della regola del *tempus regit actum* – la immediata applicabilità del regime sfavorevole anche ai reati commessi anteriormente alla entrata in vigore della modifica normativa. Peraltro, si tratta di una problematica oggi superata, a seguito della espunzione, con l. 199/2022, della predetta categoria di delitti dal campo di applicazione dell'art. 4 *bis* Op.

[116] A partire da C. cost., 26.5.2010 n. 196, in *CP* 2011, 2, 528 ss., per cui v. L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018, 9 ss.

[117] In questi termini V. Manes, F. Mazzacuva, *op. cit.*, 6.

[118] In particolare, il riferimento va alle decisioni C. eur. GC, 17.9.2009, *Scoppola c. Italia*, nonché GC, 21.10.2013, *Del Rio Prada c. Spagna*.

Rilevanti, peraltro, sono le ricadute anche sul piano della sovranità penale che pure, in apertura, non avevamo esitato a definire 'contesa'. Infatti, il quadro che questo breve *excursus* ci restituisce è quello – piuttosto – di una sovranità *condivisa*[119].

Di certo, non si può negare che le spinte esogene[120] all'origine del nuovo ruolo dei giudici comuni quali *watchdogs* dei diritti fondamentali abbiano imposto parziali cessioni di sovranità penale da parte della Consulta – non più custode esclusiva dei diritti fondamentali – in favore di altri attori del sistema penale e, su tutti, delle due Corti europee. Ma se fino a non molto tempo addietro la Corte costituzionale opponeva ogni resistenza ad un fenomeno in costante (ma ineluttabile) avanzamento, ora pare averne preso atto, pur senza rinunciare ad una rilettura delle categorie in chiave strettamente costituzionale, alla costante ricerca di un razionale equilibrio tra adeguati *standard* di tutela e preservazione delle tradizioni giuridiche.

Nella prospettiva qui descritta, tale attitudine 'metacostituzionale' diviene motore e 'pendolo' della sovranità penale, da un lato costituendo la forza motrice dei rapporti tra Corti, dall'altro lato di volta in volta determinando quale tra le medesime eserciti maggiore influenza sulla tutela dei diritti fondamentali. Conseguendone una nozione di sovranità privata della carica 'esclusivista' che originariamente la connotava in un sistema dualista governato dall'ideale del *superiorem non recognoscens*. Nell'attuale sistema multilivello la sovranità conserva un più significato circoscritto, di 'condivisione'[121], risultando equamente ripartita tra giudici e Corti.

Dunque, se di sovranità si vuole ancora parlare, è necessario accettarne l'intrinseco mutamento di significato, sintomatico dello stesso rinnovamento nei rapporti tra le Corti, nella transizione da un'epoca di freddo dialogo (se non di conflitto) ad una di virtuosa interazione.

L'evoluzione e la modernità di un sistema penale si misurano oggi sul reciproco appagamento culturale, sul biunivoco arricchimento della cultura giuridica delle Corti, sul *bloc de constitutionnalité*[122] integrato dalla Cedu e dalla Carta di Nizza, nella consapevolezza di un modello di tutela dei diritti fondamentali inclusivo, nel quale giudici comuni, Corti sovranazionali e Corte costituzionale collaborano verso un comune obiettivo.

E, allora, se l'attitudine al 'metacostituzionalismo' è stata specificamente ricollegata al prisma della legalità[123], si può ritenere che la stessa intersechi – più in generale – l'intera lista dei diritti fondamentali che, nel segno di un tale paradigma multilivello – oggi soltanto agli albori –, si inscrivono in un continuo 'gioco al rialzo', tendendo verso "tutele sempre più integrate"[124].

---

[119] Esplicite le affermazioni della Corte costituzionale sul punto. In particolare, nella recente C. cost., 11.3.2022 n. 67, in *FI* 2022, 4, I, 1145 – pur attinente alla materia previdenziale – mostrando di emanciparsi sempre più dalla 'patriottista' dottrina della *overlapping protection* elaborata in tema di doppia pregiudizialità, la Consulta ha riconosciuto la perfetta concorrenza tra il sindacato accentrato di costituzionalità, configurato dall'art. 134 Cost., e il meccanismo c.d. diffuso attuazione del diritto europeo.

[120] Sulla dicotomia tra fattori 'endogeni' ed 'esogeni' che hanno inciso sui mutamenti della legalità penale cfr., oltre ai contributi di cui alla nt. 13, cfr. G. Caruso, *op. cit.*

[121] Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. Bernardi, *La sovranità penale*, cit., 15.

[122] Cfr. V. Manes, *Sugli approdi attuali del processo di costituzionalizzazione del "diritto penale europeo"*, in *I volti attuali del diritto penale europeo*. *Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, a cura di C. Grandi, Pisa 2021, 130 ss.

[123] V. R. Bartoli, *I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale*, cit., 19 ss.

[124] Cfr. sent. 67/2022, cit., § 11.

LE PROPOSTE DELLA COMMISSIONE BRICCHETTI IN MATERIA DI BANCAROTTA FRAUDOLENTA SOCIETARIA

di Marika Schiavo
(*Dottore di ricerca, Università di Palermo*)

A poco tempo dall'entrata in vigore del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, il contributo si propone di riflettere sulle proposte della Commissione Bricchetti in materia di bancarotta fraudolenta societaria – e, dunque, sulla centralità della bancarotta societaria, sull'abrogazione della bancarotta da reato societario, sulle modifiche alla bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose – senza trascurare il complesso quadro delle relazioni intertemporali.
After the recent entry into force of the Code of the Entrepreneurial Crisis and Insolvency, the paper proposes to reflect on the proposals of the Bricchetti Commission on the fraudulent bankruptcy crime of companies – and so on the centrality of the bankruptcy crime of companies, on the abrogation of the bankruptcy crime from a corporate crime, on the changes to the bankruptcy crime with intent or as a result of intentional operations – without omitting the complex intertemporal relationships.

SOMMARIO: 1. Profili generali. – 2. L'opportuna centralità della bancarotta societaria. – 2.1. Il riconoscimento espresso dei soggetti di fatto quali soggetti attivi. – 3. La tanto attesa abrogazione della bancarotta da reato societario. – 4. Le timide modifiche alla bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose: a) la previsione della sola locuzione con dolo. – 5. b) gli aspetti relativi al dissesto. – 6. c) il rapporto con le altre ipotesi di bancarotta fraudolenta. – 7. Il complesso quadro delle relazioni intertemporali.

1. A séguito del mancato superamento dei numerosi difetti del diritto penale fallimentare "classico" da parte del d.lgs. 12.1.2019 n. 14[1], noto come codice della crisi di impresa e dell'insolvenza[2],

[1] Ovviamente, ci si riferisce alle disposizioni penali contenute nel r.d. 16.3.1942 n. 267, noto come legge fallimentare (da qui in poi: l. fall.). Tra i tanti profili critici, in questa sede ci si limita a ricordare: a) i difetti della tecnica legislativa (sui quali si rinvia a: C. Pedrazzi, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano 1979, 25; A. Lanzi, *Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione e prospettive di riforma*, in *RIDPP* 1987, 496 ss.; G. Montanara, *Fallimento (reati in materia di)*, in *ED*, Annali VI, Milano 2013, 283; A. Rossi, *Reati fallimentari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*[14], II, *Reati fallimentari. Reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria, di lavoro, ambientale ed urbanistica. Responsabilità degli enti*, a cura di C.F. Grosso, Milano 2018, 14 s.; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino 2018, 158 s.); b) le questioni relative alla collocazione extracodicistica e ai rapporti con il codice penale (a proposito delle quali, si vedano B. Romano, *Dal diritto penale fallimentare al diritto penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *AP* 2/2019, 2, e più in generale Id., *Legislazione extracodicistica*, in *DigDPen*, Agg., VII, Torino 2013, 363, nonché E.M. Ambrosetti, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *RIDPP* 2019, 414); c) le perplessità – sorte soprattutto in passato – sul piano della piena autonomia di questo settore del diritto penale (riguardo alle quali, cfr., ampiamente, F. Giunta, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*[2], Torino 2004, 4 ss., e A. Alessandri-S. Seminara, *I principi generali*, in *Diritto penale commerciale*, I, Torino 2018, 24 ss.); d) l'immobilità normativa del diritto penale fallimentare rispetto al tessuto civilistico di riferimento (sulla quale v.: A. Alessandri, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, IV, Torino 2019, 9 ss.; per un quadro degli interventi susseguitisi in materia civilistica, A. Rossi, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XVIII, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano 2014, 1 ss.; riguardo all'evoluzione, anche culturale, del diritto penale dell'economia, il recente scritto di A. Melchionda, *Evolución y características actuales del Derecho penal económico*, in *Revista penal* 2022, 184, ma anche le osservazioni di F. Sgubbi, *Il diritto penale quale strumento di dirigismo economico*, in *Itinerari di diritto penale dell'economia*, a cura di R. Borsari, Padova 2018, 659, e Id., *Il diritto penale totale*, Bologna 2019, *passim*).

[2] Sui risvolti penalistici di tale intervento normativo (da qui in poi: c.c.i.i.): G. De Marzo, *Riforma del diritto fallimentare e implicazioni penalistiche*, in *FI* 2017, V, 337; P. Chiaraviglio, *Osservazioni penalistiche 'a prima lettura' sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *DPenCont* 5/2018, 91; Id., *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le società* 2019, 445; A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice*

recentemente entrato in vigore[3], il Ministro della Giustizia, con decreto ministeriale del 13 ottobre 2021, ha incaricato una Commissione ministeriale, presieduta dal Dott. Renato Bricchetti, di elaborare proposte di revisione dei reati fallimentari. Il 10 giugno 2022 la Commissione ha depositato un articolato, contenente «Proposte di revisione delle disposizioni penali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi e dell'insolvenza) e del R.d. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare)», accompagnato da una relazione e da alcune successive integrazioni del 21 luglio 2022 resesi necessarie per il sopravvenuto intervento del d.lgs. 17.6.2022 n. 83[4], in attuazione della direttiva dell'Unione europea 2019/1023, c.d. direttiva Insolvency[5].
Benché al momento non sia possibile sapere quali potranno esserne le sorti, tra tali recenti proposte di riforma appaiono di assoluta rilevanza quelle che interessano la bancarotta fraudolenta societaria, la revisione della quale parrebbe quella di maggiore incisività rispetto al quadro normativo della legge

della crisi d'impresa, in *RIDPP* 2019, 1815; R. Bricchetti, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *DPenCont* 7-8/2019, 75; S. Cavallini, *Il diritto della crisi e il codice "dimezzato": nuovi assetti per il sistema penale dell'insolvenza*, in *DPP* 2019, 1333; S. De Flammineis, *Il nuovo ruolo del p.m. tra crisi e perdita della continuità aziendale*, in *DPenCont* 2/2019, 5; M. Gambardella, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *CP* 2019, 488; Id., *La nuova disciplina della crisi d'impresa e il sistema del diritto penale fallimentare*, in *CP* 2021, 1908; G.L. Gatta, *Approvato il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11.1.2019; F. Mucciarelli, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *DPP* 2019, 1189; B. Romano, *Dal diritto penale fallimentare al diritto penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit.; A. Rossi, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I "riflessi" su alcune problematiche in campo societario*, in *RIDPP* 2019, 1153; G. Flora-F. Giunta, *Appunti a quattro mani sulla "vecchia" bancarotta e il "nuovo" codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *RTrimDPenEc* 2020, 35; A. Pantanella, *Profili penali delle nuove procedure concorsuali*, Roma 2020; C. Santoriello, *Le disposizioni penali nel Codice della crisi*, in *www.ilfallimentarista.it*, 20.2.2020; F. Consulich, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 20.5.2020; E.M. Ambrosetti, *Codice della crisi d'impresa (profili penalistici)*, in *DigDPen*, Agg., XI, Torino 2021, 96.

[3] Dopo numerosi rinvii prevalentemente dovuti alla situazione emergenziale determinata dalla pandemia da coronavirus o covid-19, il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza – ai sensi dell'art. 389 c.c.i.i., come modificato dall'art. 42 del d.l. 30.4.2022 n. 36, convertito, con modificazioni, dalla l. 29.6.2022 n. 79, «Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)» – è entrato in vigore solamente lo scorso 15 luglio, salvo alcune disposizioni divenute vigenti in precedenza. Peraltro, si deve segnalare che, nel frattempo, sono intervenuti il d.lgs. 26.10.2020 n. 147, «Disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della l. 19 ottobre 2017 n. 155»; il d.l. 24.8.2021 n. 118, convertito, con modificazioni, dalla l. 21.10.2021 n. 147, «Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia», sul quale, tenuto conto delle conseguenze anche sul piano penalistico, si veda F. Mucciarelli, *Il codice della crisi: un (doppio) rinvio con 'anticipazioni' e una nuova procedura di "composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa": il d.l. 24 agosto 2021, n. 118*, in *www.sistemapenale.it*, 31.8.2021; il d.lgs. 17.6.2022 n. 83, «Modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della direttiva (UE) 2019/1023 […]».

[4] Sia l'articolato sia la prima relazione e le successive integrazioni sono consultabili in *www.giustizia.it*. Per un primo commento, cfr.: F. Mucciarelli, *Proposte di revisione ai reati fallimentari: la relazione della Commissione Bricchetti*, in *www.sistemapenale.it*, 7.7.2022; Id., *Crisi d'impresa e insolvenza: verso un nuovo assetto della disciplina penale*, in *DPP* 2022, 1001; A. D'Avirro, *Brevi osservazioni sulla proposta di revisione dei reati fallimentari*, in *www.ilpenalista.it*, 15.7.2022; F. Giunta, *Linee e prospettive di riforma del "vecchio" diritto penale fallimentare*, in *www.discrimen.it*, 12.1.2023; nonché, sia pure con riguardo prevalentemente ai profili processuali, G. Garuti, *Processo penale e crisi di impresa: relazioni, interferenze e futuribili*, in *AP* 2/2022, e, in una prospettiva particolarmente ampia, A. Manna, *Ricostruzione storico-dogmatica dei reati concorsuali e del curatore – Dal r.d. n. 267/1942 alla Commissione Bricchetti del 2021*, in *RTrimDPenEc* 2022, 451. Inoltre, alcune osservazioni sulle tendenze del legislatore in relazione al diritto penale dell'impresa e dell'economia, anche a proposito delle proposte di revisione della Commissione Bricchetti, sono state sviluppate da D. Fondaroli, *Non c'è pace tra gli ulivi. La sperimentazione inesausta del diritto penale dell'impresa e dell'economia. Spunti per un* Confronto di idee, in *AP* 3/2022.

[5] Su quest'ultima, consultabile in *www.eur-lex.europea.eu*, si vedano, in particolare, S. Pacchi, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella direttiva del parlamento europeo e del consiglio 2019/1023*, ne *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* 6/2019, e P. Vella, *La prima direttiva europea su ristrutturazione e insolvenza*, in *FI* 2019, V, 423.

fallimentare e del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza di cui, rispettivamente, agli artt. 223 l. fall. e 329 c.c.i.i.
Per riflettere sulla possibile portata innovativa di queste ultime, allora, risulta indispensabile delineare preliminarmente, sia pure nei tratti essenziali e senza alcuna pretesa di esaustività[6], un quadro delle altre proposte della Commissione Bricchetti.
A questo riguardo, dunque, si può osservare che nell'articolato proposto:
A) la bancarotta preferenziale viene integrata dalla clausola «fuori dai casi consentiti» e regolata in un unico articolo insieme alla bancarotta colposa.
B) La bancarotta colposa prende il posto della bancarotta semplice e viene parzialmente riscritta mantenendo solamente le seguenti tre ipotesi consistenti nell'aver: a) compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare l'apertura della liquidazione giudiziale; b) aggravato il dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale o con altra grave colpa; c) concorso a cagionare od aggravare il dissesto con inosservanza degli obblighi imposti dalla legge.
C) Le c.d. esenzioni dai reati di bancarotta, prive della equivoca denominazione che ha trovato spazio tanto nella legge fallimentare quanto nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza[7], vengono collocate nello stesso articolo destinato alla bancarotta preferenziale e alla bancarotta colposa.
D) I reati realizzabili nel caso di concordato preventivo, accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria di cui all'art. 341 c.c.i.i. vengono rivisti incriminando, al co. 2, l'imprenditore individuale che realizzi il fatto previsto dal co. 1 e individuando, in tali casi, il dolo specifico nel solo scopo di ottenere l'apertura della procedura di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio o di concordato preventivo o di ottenere l'omologazione di un quadro di ristrutturazione preventiva o il consenso alla sottoscrizione della convenzione di moratoria nonché stabilendo, al co. 3, l'applicabilità delle disposizioni del codice della crisi e dell'insolvenza di cui agli artt. 322 e 324 agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società e consorzi, agli artt. 323 e 324 all'imprenditore e all'art. 333 agli institori di detto imprenditore, agli artt. 324-*bis*, 324-*ter*, 324-*quater* in quanto compatibili, all'art. 337 all'ausiliario del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, agli artt. 338 e 339, nel caso di procedure diverse dalla liquidazione giudiziale nelle quali sia previsto un provvedimento dell'autorità giudiziaria di ammissioni o di omologa, qualora sia accertato lo stato di insolvenza[8].
E) Vengono prospettate un'ipotesi esimente, «Condotte riparatorie esimenti», e due condotte riparatorie con effetto attenuante nel tentativo di dare spazio al versante della giustizia riparativa e viene introdotta una speciale causa di non punibilità per esiguità penale del fatto.
F) Per quanto riguarda i sequestri, viene esclusa la prevalenza dell'interesse statale all'apprensione dei proventi illeciti sull'interesse creditorio alla soddisfazione, con la sola eccezione dei sequestri aventi ad oggetto beni intrinsecamente illeciti e proventi riconducibili alla criminalità organizzata, e, per quanto concerne la confisca, se ne prevede l'obbligatorietà anche per valore, e pure nel caso di sentenza di applicazione della pena su richiesta, con la sola esclusione dei beni che ai sensi dell'art. 142 c.c.i.i. rientrano nell'attivo concorsuale, oltre a riconoscere al curatore la possibilità di richiedere la retrocessione alla procedura dei beni oggetto di ablazione[9].

2. Passando, allora, al contenuto delle proposte di riforma riguardanti la bancarotta fraudolenta

[6] Basti pensare che le proposte di revisione coinvolgono anche alcuni reati diversi dalle fattispecie incriminatrici di bancarotta e talune disposizioni processuali.
[7] Così, D. Fondaroli, *Brevi note in tema di erogazione del credito alle imprese in crisi e bancarotta preferenziale*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 471.
[8] Può essere utile un confronto con la formulazione dell'art. 341 c.c.i.i. prevista dal decreto 14/2019, e peraltro ritoccata dal decreto 83/2022, per la quale si rinvia a G.M. Caletti, *I reati nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di Diritto penale dell'economia*, II, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2019, 2609, e F. D'Alessandro, *La bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, in *DPP* 2019, 1202.
[9] Proprio le disposizioni relative a sequestri e confisca, in aggiunta a quelle di cui agli artt. 341-342 c.c.i.i., sono interessate da alcune circoscritte proposte di integrazione.

societaria, si deve sùbito segnalare che una prima significativa novità consiste nella centralità della bancarotta societaria.
In particolare, nell'articolato elaborato dalla Commissione Bricchetti, le fattispecie incriminatrici di bancarotta sono opportunamente costruite sulla bancarotta delle società e dei consorzi, e quindi realizzata nell'impresa esercitata in forma collettiva, e non più sulla bancarotta dell'imprenditore individuale, che, invece, viene modellata sulla prima. Tale proposta, sul piano formale, si traduce, più precisamente, nella riformulazione dell'art. 322 c.c.i.i. e di quelli successivi nella prospettiva della bancarotta societaria e nella contestuale abrogazione degli artt. 329, «Fatti di bancarotta fraudolenta», e 330 c.c.i.i., «Fatti di bancarotta semplice», nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza dedicati alla bancarotta societaria (essenzialmente quale conseguenza della riproposizione degli artt. 223 e 224 l. fall.).
Questo aspetto della revisione dei reati fallimentari, anche se – forse – privo di importanti risvolti pratici, sembra in grado di offrire un contributo decisivo all'adattamento delle fattispecie incriminatrici di bancarotta alla realtà economica contemporanea.
Difatti, com'è noto, sia nella legge fallimentare sia, poi, nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, il baricentro delle fattispecie incriminatrici di bancarotta è stato rappresentato dalla bancarotta dell'imprenditore individuale tanto da essere invalse nell'uso le espressioni di "bancarotta propria", per indicare la bancarotta dell'imprenditore individuale, e di "bancarotta impropria" e talvolta persino di "quasi-bancarotta"[10], per definire, invece, la bancarotta societaria o, come l'ha denominata l'ultimo legislatore, la bancarotta di soggetti diversi dall'imprenditore individuale[11].
A ben vedere, bisogna ricordare che questa impostazione, che al momento dell'elaborazione della legge fallimentare si prestava ad essere spiegata dalla preminenza dell'imprenditore individuale nel panorama economico, e quindi anche nel fallimento e nella bancarotta, a un certo punto ha cominciato a provocare non poche perplessità – alimentate dalla sua riproposizione nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza[12] – a fronte di un contesto economico ove l'impresa esercitata in forma collettiva è ormai l'effettiva protagonista[13].
Perplessità quanto mai fondate se si considera che un tessuto normativo così strutturato ha indotto a lungo ad attribuire alle fattispecie incriminatrici di bancarotta societaria un ruolo marginale. Le naturali conseguenze di ciò sono state, da una parte, il numero più esiguo di studi intervenuti in argomento o, perlomeno, la trattazione in secondo piano di queste ipotesi criminose e, dall'altra parte, una minore applicazione giurisprudenziale.
A tal proposito, occorre pure mettere in luce che l'anacronistica centralità della bancarotta dell'imprenditore individuale ha influito sull'impostazione di altre disposizioni oltre a quelle specificamente volte a regolare le singole fattispecie incriminatrici, com'è accaduto, ad esempio, nella disciplina delle circostanze speciali previste all'art. 326 c.c.i.i. e all'art. 219 l. fall., benché poi, per ragioni che non possono essere approfondite in questa sede, si sia concluso tendenzialmente per

[10] In particolare, guardando agli scritti più risalenti, la prima locuzione si ritrova, tra gli altri, in M. Punzo, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Milano 1957, 3, e in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*[14], II, cit., 207; la seconda in G. De Maio, *Il fallimento. Il concordato preventivo*, Roma 1950, 416, e in G. De Semo, *Diritto fallimentare*[2], Padova 1964, 606.
[11] La più neutra, e quindi preferibile, espressione di "bancarotta societaria" parrebbe riconducibile a U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*[5], Torino 2012, 333. In argomento, si vedano anche le considerazioni di C. Pedrazzi, *Art. 223*, in *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, a cura di C. Pedrazzi e F. Sgubbi, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna 1995, 256, secondo il quale l'espressione "bancarotta societaria" sarebbe maggiormente espressiva e quella di "bancarotta impropria" sarebbe accettabile come mera formula di comodo.
[12] A questo riguardo, S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice della insolvenza*, Milano 2019, 92.
[13] Sul punto: E. De Martino, *Bancarotta fraudolenta impropria: con dolo o per effetto di operazioni dolose*, in *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, a cura di A. D'Avirro e E. De Martino, Milano 2007, 178; M. Celva, *Reati in materia di crisi d'impresa. Introduzione generale*, in *Leggi penali fondamentali d'udienza*, a cura di R. Bricchetti, F. Giunta, P. Veneziani, Milano 2021, 873 ss.

l'applicabilità anche alle ipotesi di bancarotta societaria[14].

2.1. Da questo ribaltamento di prospettiva, peraltro, consegue la proposta di intervenire sui soggetti attivi con l'estensione espressa ai soggetti di fatto mediante la formula «chiunque nell'esercizio anche di fatto delle funzioni di amministrazione, direzione, controllo o liquidazione in una società o consorzio».
Naturalmente, tale formula, nel sostituire la precedente («agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società»), si limiterebbe a recepire un'elaborazione consolidata – che muove dall'applicabilità anche ai reati fallimentari dell'art. 2639 co. 1 Cc previsto nell'ambito della disciplina dei reati societari ovvero, ad ogni modo, dall'adesione alla teoria "sostanziale" o "sostanzialistica"[15] – secondo la quale, in linea con il principio di personalità della responsabilità penale[16], i soggetti attivi devono essere individuati sulla base dello svolgimento effettivo della funzione e non per la mera titolarità della qualifica formalmente richiesta dalla disposizione di volta in volta rilevante.

---

[14] Per eventuali approfondimenti dei numerosi profili relativi all'ambito di applicazione di tali circostanze speciali, ci limitiamo a rinviare a A. Rossi, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XVIII, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, cit., 201 ss.

[15] A favore dell'applicabilità dell'art. 2639 co 1. Cc anche ai reati fallimentari, si vedano, tra gli altri: A. Cadoppi, *Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, a cura di A. Lanzi e A. Cadoppi, Padova 2007, 385; P. Veneziani, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, ivi, 310 ss.; S. Seminara, *Il diritto penale societario dopo le riforme: otto anni di giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Jus* 2011, 102; A. D'Avirro, *La bancarotta fraudolenta societaria*, in *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, a cura di A. D'Avirro e E. De Martino, cit., 16; U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*[5], cit., 233 s.; A. Rossi, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XVIII, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, cit., 51 ss.; Id., *Reati fallimentari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*[14], II, cit., 217 ss.; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 51; G. Stea, *Bancarotta. Contributo all'analisi del reato tra teoria e prassi*, Milano 2022, 204 s. Nello stesso senso, in giurisprudenza, cfr.: Cass. 27.6.2019 n. 45134, in *De Jure*; Cass. 14.6.2019 n. 32447, ivi; Cass. 16.4.2019 n. 33196, ivi; Cass. 19.3.2019 n. 15796, in *www.sistemapenale.it*, 7.2.2020, con nota di M. Tarzia, *Il concorso dell'amministratore di fatto e dell'*extraneus *nel reato di bancarotta patrimoniale, alla luce della nozione di identità del fatto*, ivi, 2/2020, 47; Cass. 20.9.2018 n. 48887, in *De Jure*; Cass. 13.6.2018 n. 27163, ivi; Cass. 20.6.2012 n. 39535, ivi; Cass. 13.4.2006 n. 19145, in *CED Cass.*, n. 234428.
Quanto alla teoria "sostanziale" o "sostanzialistica", con specifico riguardo al settore qui di interesse, quest'ultima è riconducibile a: A. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze 1985, 278 ss.; A. Pagliaro, *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *IP* 1985, 20 s.; A. Alessandri, *Impresa (responsabilità penali)*, in *DigDPen*, VI, Torino 1992, 197 ss.; L. Conti, *I reati fallimentari*[2], Torino 1992, 35 ss.; P. Pajardi-I. Formaggia, *I reati fallimentari*, Milano 1994, 157; S. Bonini, *Soggetti penalmente responsabili all'interno dell'impresa e delega di funzioni alla luce dei d.lgs. n. 626 del 1994 e n. 242 del 1996 in materia di sicurezza del lavoro*, in *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, a cura di L. Montuschi, Torino 1997, 265 ss.; M. La Monica-A.L. Maccari, *I reati fallimentari*, Milano 1999, 105; A. Rossi, *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, in *DPP* 2003, 897; R. Zannotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano 2008, 20; U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*[5], cit., 232 ss.; nonché, più recentemente, A. Rossi, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XVIII, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, cit., 51 ss.; Id., *Reati fallimentari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*[14], II, cit., 217; N. Mazzacuva-E. Amati, *Diritto penale dell'economia*[5], Milano 2020, 6.

[16] Per l'approfondimento delle questioni relative al principio di personalità della responsabilità penale, tra le quali quella qui tratteggiata, si rinvia a: C.F. Grosso, *Responsabilità penale*, in *NssDI*, XV, Torino 1968, 707; M. Ronco, *L'azione «personale»*, Torino 1984; A. Fiorella, *Responsabilità penale*, in *ED*, XXXIV, Milano 1988, 1289; Id., *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *RIDPP* 1988, 409; G. Riccio, *Responsabilità penale*, in *EG*, XXVII, Roma 1991, 3; G.A. De Francesco, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *RIDPP* 1996, 21; M. Donini, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *RIDPP* 2018, 1577. Nella manualistica: G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*[8], Bologna 2019, 329 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*[11], Milano 2020, 126 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*[9], Milano 2020, 348 ss.; B. Romano, *Diritto penale. Parte generale*[4], Milano 2020, 194 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*[11], Milano 2022, 383 ss.

Al riguardo, sembra solo di dovere aggiungere che con l'espressione «nell'esercizio anche di fatto» la proposta della Commissione Bricchetti predilige volutamente al fine non vincolare l'interprete – come chiarito nella relazione di accompagnamento – una formulazione più ampia e generica di quella adoperata nell'art. 2639 co. 1 Cc («chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione»)[17]. Invece, la locuzione adoperata risulta eventualmente accostabile a quella utilizzata in materia di responsabilità da reato degli enti nell'art. 5 d.lgs. 8.6.2001 n. 231 («persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso») e in materia bancaria nell'art. 136 d.lgs. 1.9.1993 n. 385 («chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca»), ma anche in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro nell'art. 299 d.lgs. 9.4.2008 n. 81 («colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti»).

3. Con riferimento alla bancarotta fraudolenta societaria, poi, la Commissione Bricchetti propone di abrogare quell'ipotesi di bancarotta societaria generalmente conosciuta come bancarotta da reato societario o bancarotta societaria connotata dalla precommissione di alcuni reati societari[18].
Si tratta, cioè, di quell'ipotesi prevista nell'art. 329 co. 2 lett. *a* c.c.i.i., che ha sostanzialmente riproposto l'art. 223 co. 2 n. 1 l. fall., volta a incriminare gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società in liquidazione giudiziale che hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 Cc.
Come si ricorderà, tale fattispecie incriminatrice, in origine introdotta con lo scopo di punire più severamente la realizzazione di taluni reati societari seguiti dal fallimento della società, è stata profondamente innovata dalla riforma dei reati societari avvenuta ad opera del d.lgs. 11.4.2002 n. 61, che ha arricchito l'elenco dei reati societari richiamati e ha introdotto la previsione del nesso causale tra la realizzazione dell'illecito societario e il dissesto della società.
In particolare, si deve tenere presente che l'originaria formulazione della disposizione poneva forti criticità a proposito dei reati societari menzionati e, principalmente, a causa della mancata previsione di un rapporto di causalità tra reato societario e dissesto. Invero, in ordine al primo profilo, si evidenziava che la scelta delle figure criminose richiamate fosse stata effettuata senza una precisa *ratio* (accanto a norme finalizzate alla tutela degli interessi patrimoniali dei creditori, come le false comunicazioni sociali, venivano richiamate norme non strettamente rispondenti alla funzione di tutela della bancarotta, come l'aggiotaggio societario); riguardo al secondo aspetto, si osservava che la mancata previsione del nesso causale determinava una sorta di bancarotta presunta[19].
Anche successivamente al decreto 61/2002, tuttavia, per la bancarotta da reato societario non sono mancate perplessità. Basti pensare che l'assenza della corruzione tra privati di cui all'art. 2635 Cc e dell'omessa comunicazione del conflitto di interessi di cui all'art. 2629-*bis* Cc fa emergere alcune incongruenze del catalogo dei reati societari, così come è dibattuto se rientrino nell'ambito di applicazione di questa fattispecie incriminatrice quelle condotte che si siano limitate ad aggravare il dissesto[20].
Ma, soprattutto, bisogna evidenziare che, dopo le modifiche apportate nel 2002, è emersa un'ulteriore

[17] Cfr. *Relazione accompagnatoria*, cit., 24 s.
[18] Per la prima espressione, tra gli altri, M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 245; per la seconda espressione, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*[14], II, cit., 238.
[19] Sul punto, già R. Rovelli, *Disciplina penale dell'impresa*, Milano 1953, 159, ma, più recentemente, anche M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 245 ss., e A. Alessandri, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, cit., 121 ss.
[20] Come messo in luce da N. Mazzacuva-E. Amati, *Diritto penale dell'economia*[5], cit., 281 ss., e, sia pure da una prospettiva parzialmente diversa, da A. Melchionda, *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *DPenContRTrim* 4/2016, 86.

problematica. Infatti, ad essere venuta in discussione è prettamente l'autonomia della bancarotta da reato societario, come risultante dalla riforma del 2002, rispetto all'ipotesi prevista dall'art. 223 co. 2 n. 2 l. fall., essenzialmente riprodotto dall'art. 329 co. 2 lett. *b* c.c.i.i. – che punisce gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società in liquidazione giudiziale che hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il dissesto – la quale, secondo l'interpretazione prevalente, sarebbe in grado di ricomprendere nel suo più ampio ambito di applicazione anche le modalità di realizzazione del dissesto della società alle quali si rivolge la bancarotta da reato societario[21].
Dunque, l'eventuale abrogazione di questa fattispecie incriminatrice, come confermato nella stessa relazione accompagnatoria redatta dalla Commissione Bricchetti, sarebbe una naturale conseguenza – certamente con qualche anno di ritardo – delle modifiche da parte del decreto 61/2002[22].

4. Nelle recenti proposte di revisione della bancarotta fraudolenta societaria rientrano anche quelle sull'ipotesi delittuosa della bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose.
Da questo punto di vista, si può osservare, anzitutto, che, nell'ottica della costruzione delle fattispecie incriminatrici di bancarotta a partire dalla bancarotta societaria, tale delitto viene spostato all'interno dell'art. 322 c.c.i.i. e, precisamente, al co. 1 lett. *b*.
Così, bisogna immediatamente notare che la bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose non rappresenterebbe più, a differenza di quanto accaduto nella legge fallimentare e nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, un'ipotesi di bancarotta fraudolenta aggiuntiva (insieme alla bancarotta da reato societario) a quelle previste per l'imprenditore individuale. Nell'articolato ora elaborato, infatti, l'art. 323, destinato alla bancarotta fraudolenta dell'imprenditore individuale, al suo co. 1, incrimina l'imprenditore individuale che, tra l'altro, commette alcuno dei fatti previsti dall'art. 322 co. 1 e 2, rinvio relativo all'intero co. 1 dell'art. 322 e quindi comprensivo anche della lettera *b*, ove è regolata la bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose.
Inoltre, occorre sùbito evidenziare che, a scapito di tutte quelle voci dottrinarie particolarmente critiche su questa fattispecie incriminatrice (tanto da averne invocato l'illegittimità costituzionale e persino l'abrogazione)[23], risulta già interessante l'idea di mantenere questa ipotesi di bancarotta fraudolenta societaria nell'ambito di quello che si prefigge di essere il primo grande intervento di riforma dei reati fallimentari.
Guardando, allora, nello specifico, alle possibili modifiche della bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose, la Commissione Bricchetti propone di intervenire, anzitutto, sulla locuzione «con dolo o per effetto di operazioni dolose», che indubbiamente rappresenta il nodo centrale di tale fattispecie incriminatrice. Nelle proposte di revisione, cioè, viene meno la seconda parte di questa locuzione, vale a dire «per effetto di operazioni dolose», e, invece, viene mantenuta la prima, ossia «con dolo».
A tal proposito, sembra il caso di rammentare che l'insolita formulazione della disposizione, come concepita nella legge fallimentare e nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, per il richiamo espresso al dolo e per lo sdoppiamento tra il dolo medesimo e le operazioni dolose, ha dato luogo a molteplici interpretazioni. Infatti, tra le tante interpretazioni possibili, si potrebbe fare leva sulle diverse forme del dolo ipotizzando che la prima parte («con dolo») richieda il dolo generico mentre

[21] In tal senso: A. Lanzi, *La «nuova» bancarotta societaria*, ne *Il fallimento* 2002, 813; C. Santoriello, *Art. 223*, in *Leggi penali complementari commentate*, a cura di A. Gaito e M. Ronco, Torino 2009, 2756; M.N. Masullo, *Bancarotta impropria e reati societari. Prospettive di riforma*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 133 ss.; nonché, più recentemente, A. Melchionda, *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, cit., 85 ss.; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 266; A. Alessandri, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, cit., 125; E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*[5], Bologna 2022, 326.
[22] Si veda la *Relazione accompagnatoria*, cit., 19.
[23] A questo riguardo, tra gli altri, G. Casaroli, *La causazione dolosa del fallimento della società da parte di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori*, in *IP* 1978, 454, e L. Conti, *I reati fallimentari*[2], cit., 217.

la seconda («per effetto di operazioni dolose») il dolo specifico, inteso quale intenzione di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto a danno della società o dei creditori o di arrecare un danno alla società o ai creditori[24], oppure supponendo che l'espressione «con dolo» si riferisca al dolo intenzionale e l'espressione «per effetto di operazioni dolose» richiami il dolo diretto, il dolo indiretto, il dolo eventuale o il dolo di pericolo[25]. Similmente, si potrebbe sostenere che la locuzione postuli la sola necessaria presenza del dolo, e quindi comprenda due espressioni dal significato assimilabile[26]. Ancòra, da una diversa prospettiva, si potrebbe giungere, muovendo dall'impiego dell'inciso «per effetto di», a considerare la prima parte della locuzione volta a includere tutti i casi nei quali l'atteggiamento psicologico del soggetto attivo coincida con il dolo e ad adoperare lo schema del delitto preterintenzionale per l'interpretazione della seconda parte della locuzione[27].

L'eventuale eliminazione dell'inciso «per effetto di operazioni dolose», quindi, potrebbe essere accolta positivamente almeno per due ordini di ragioni. Innanzitutto, oltre a derivarne una formulazione sicuramente semplificata, verrebbero meno i dubbi attualmente esistenti sulla natura di legge mista cumulativa o di legge mista alternativa, a seconda che nella locuzione «con dolo o per effetto di operazioni dolose» siano ravvisati due reati ovvero due modalità di realizzazione di uno stesso reato[28]. Inoltre, si eviterebbero i rischi del riconoscimento di un'ipotesi di bancarotta preterintenzionale, l'ammissione della quale dovrebbe confrontarsi con le difficoltà legate all'interpretazione del delitto preterintenzionale, già presenti nella teoria generale del diritto penale e suscettibili di acuirsi in un contesto – caratterizzato da criticità (anche) sul piano dell'elemento soggettivo – come quello della bancarotta[29].

---

[24] Di questo avviso, P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concursuali*, Milano 1955, 379.

[25] A favore di questa lettura, non senza ulteriori distinzioni: G. De Semo, *Diritto fallimentare*[2], cit., 500; R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano 1974, 2696; P. Venturati, *Le operazioni dolose nella bancarotta societaria*, in *RTrimDPenEc* 1990, 583; R. Bricchetti, *Reati fallimentari. Nozioni fondamentali e orientamenti giurisprudenziali*, in *RIDPP* 1994, 270; C. Santoriello, *I reati di bancarotta*, Torino 2000, 203; P. Mangano, *La bancarotta societaria*, Padova 2001, 75; G. Schiavano, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *RIDPP* 2003, 265; E. De Martino, *Bancarotta fraudolenta impropria: con dolo o per effetto di operazioni dolose, operazioni dolose*, in *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, a cura di A. D'Avirro e E. De Martino, cit., 242 ss.; R. Bricchetti-L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Torino 2017, 231; E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*[5], cit., 328.

[26] Di tale opinione: G. Bonelli, *Del fallimento. Commento al codice di commercio*, Milano 1938, 391; L. Lordi, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Napoli 1946, 312; G. De Maio, *Il fallimento. Il concordato preventivo*, cit., 421; A. Grieco, *I reati previsti dalla legge sul fallimento e le disposizioni penali del codice civile in materia di società e di consorzi*, Roma 1967, 139; P. Pajardi-A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano 2008, 1037.

[27] Per questo modo di vedere: M. Punzo, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, cit., 181 ss.; C. Pedrazzi, *Art. 223*, in *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, a cura di C. Pedrazzi e F. Sgubbi, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, cit., 322; D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale. Una rilettura del delitto di operazioni dolose con effetto di fallimento*, in *RTrimDPenEc* 2014, 39; A. Rossi, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XVIII, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, cit., 197; Id., *Reati fallimentari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*[14], II, cit., 259; C. Marini, *La bancarotta fraudolenta "impropria" (art. 223 legge fall.)*, in *Reati in materia economica*[2], a cura di A. Alessandri, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F.C. Palazzo e C.E. Paliero, VIII, Torino 2017, 532; A. Manna, *La bancarotta impropria societaria*, in *Trattato di Diritto penale dell'economia*, II, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Milano 2019, 2434.

[28] Espressamente a favore dell'interpretazione secondo la quale la disposizione conterrebbe due diversi reati, M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 260 s.

[29] Per la problematica dell'eterogeneità dell'elemento soggettivo nelle fattispecie incriminatrici di bancarotta, si veda, in particolare, G. Casaroli, *Il dolo della bancarotta fraudolenta fra dubbi interpretativi e rigore giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, II, a cura di N. Pisani, Milano 1991, 301. Invece, per l'approfondimento delle criticità poste dal delitto preterintenzionale sul piano della teoria generale del diritto penale, si rinvia a: N. Vitale, *La preterintenzione*, Milano 1956; E. Altavilla, *Preterintenzionalità*, in *NssDI*, XIII, Torino 1966, 798; V. Patalano, *Preterintenzione*, in *ED*, XXXV, Milano 1986, 351; F. Giannelli, *La figura del delitto preterintenzionale*, Napoli 1990; S. Canestrari, *Preterintenzione*, in *DigDPen*, IX, Torino 1995, 694; G. Ruggiero, *Tipicità della preterintenzione ed esegesi costituzionalmente orientata*, in *CP* 2005, 603; V. Magnini, *Sulla struttura soggettiva del delitto preterintenzionale*, in *DPP* 2006, 1396; S. Grossi, *L'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale tra accertamento ed "iscrizione"*, in *CP* 2010, 4190; L. Paoloni, *L'elemento soggettivo nell'omicidio preterintenzionale*, in

Tuttavia, il ricorso alla sola espressione «con dolo», ove fosse accolto dal legislatore, richiederebbe di essere ulteriormente approfondito. Difatti, si tenga presente che, secondo quanto si apprende dalla stessa relazione accompagnatoria, benché l'elemento soggettivo di questa ipotesi delittuosa sia identificato nel dolo generico, per una proposta alternativa emersa dal confronto interno alla Commissione Bricchetti, invece, avrebbe dovuto essere individuato nel dolo intenzionale al fine di escludere la configurabilità di tale fattispecie incriminatrice in presenza del solo dolo eventuale e, più in generale, di circoscriverne l'ambito di applicazione[30].

5. Sempre per quanto riguarda la bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose, l'articolato proposto si presta altresì a talune considerazioni sul dissesto, che in questa fattispecie incriminatrice svolge la funzione di evento naturalistico[31].
Più precisamente, qualche perplessità potrebbe destare l'assenza di un tentativo di definizione o, quantomeno, di chiarimento della stessa nozione di dissesto e la diversa scelta, invece, del mero auspicio, contenuto nella relazione di accompagnamento, di una disposizione definitoria[32].
Difatti, differentemente da quanto accaduto per la crisi e per l'insolvenza, la prima precisata nell'art. 2 co. 1 lett. *a* c.c.i.i. e la seconda già scolpita nell'art. 5 co. 2 l. fall. e poi anche nell'art. 2 co. 1 lett. *b* c.c.i.i., il dissesto – comparso nel panorama penalfallimentare, e precisamente nel ricorso abusivo al credito, con la l. 28.12.2005 n. 262 – è un concetto poco afferrabile, al punto che risulta incerto persino il suo rapporto con l'insolvenza. Infatti, per una lettura, dissesto e insolvenza sono sinonimi[33]; per una differente impostazione, lo stato di insolvenza contiene un *quid pluris*[34]; per un altro modo di vedere, il dissesto sarebbe più grave[35]. L'unica definizione legislativa sembrerebbe rintracciabile nell'art. 244 d.lgs. 18.8.2000 n. 267, recante il «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali», ove il dissesto è identificato nella condizione nella quale «l'ente non può garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili […]». E un'altra indicazione potrebbe essere ricavata dalla bancarotta semplice societaria, ove l'art. 330 lett. *b* c.c.i.i., nel recitare «hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto», parrebbe consentire di evincerne la graduabilità.

CP 2013, 2667. Nella manualistica: G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*[8], cit., 691 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*[11], cit., 388 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*[9], cit., 362 ss.; B. Romano, *Diritto penale. Parte generale*[4], cit., 316 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*[11], cit., 425 ss.

[30] V. *Relazione accompagnatoria*, cit., 29.

[31] Sulla funzione di evento naturalistico del dissesto all'interno di questa fattispecie incriminatrice, ci limitiamo a richiamare C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, a cura di C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, Bologna 2003, 170, e, più recentemente, A. Manna-G.L. Perdonò-N. Lionetti, *I reati fallimentari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*[2], a cura di A. Manna, Milano 2018, 602.

[32] V. *Relazione accompagnatoria*, cit., 19.

[33] Di questo avviso, P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concursuali*, cit., 407 s.; L. Conti, *I reati fallimentari*[2], cit., 110, 351; P. Mangano, *Disciplina penale del fallimento*[3], Milano 2003, 134; A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali*, Milano 2016, 29; Id., *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, cit., 23 s.; A. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*[5], cit., 325. Emblematiche, in particolare, le parole di A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., 29, per il quale: «sono giochi di parole – smentiti dalla realtà – quelli che distinguono tra dissesto e stato di insolvenza, l'uno può essere guardato come causa dell'altro, la sua proiezione esterna, ma non sono reperibili criteri distintivi sostanziali».

[34] In tal senso, F. Antonioni, *La bancarotta semplice*, Napoli 1962, 254; M. Punzo, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, cit., 196; M. Gambardella, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., 499. Nello stesso senso, in giurisprudenza, tra le altre, Cass. 20.5.2014 n. 40998, in *CED Cass.*, n. 262189.

[35] Di questa opinione, G. Cocco, *Nota introduttiva agli artt. 216-237. Commento agli artt. 216-237. Fallimento*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*[2], a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, Padova 2007, 218; A. D'Avirro, *La bancarotta fraudolenta societaria*, in *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, a cura di A. D'Avirro e E. De Martino, cit., 137; Id., *La bancarotta fraudolenta societaria*, in *I reati di bancarotta societaria. Distrazione, infedeltà e operazioni dolose*, a cura di A. D'Avirro e E. De Martino, Milano 2013, 136 ss. Così, in giurisprudenza, fra le altre, Cass. 24.3.2017 n. 17819, in *CP* 2017, 3951, con nota di M. Poggi D'Angelo, *Sul modello d'illecito e le sue conseguenze in tema di bancarotta fraudolenta prefallimentare*.

Così, benché fosse già nota per la presenza del dissesto quale elemento costitutivo nella bancarotta semplice dell'imprenditore individuale (art. 323 co. 1 lett. *d* c.c.i.i.), nella bancarotta da reato societario (art. 329 co. 2 lett. *a* c.c.i.i.), nella bancarotta semplice societaria (art. 330 lett. *b* c.c.i.i.) e nel ricorso abusivo al credito (art. 325 c.c.i.i.), la questione è stata riaperta dall'introduzione del dissesto – in luogo del fallimento – nella bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose, che è avvenuta ad opera del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Peraltro, attraverso questa modifica apportata alla bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose, il legislatore del 2019, nonostante abbia recepito essenzialmente una prassi interpretativa[36], si è discostato dalle indicazioni della legge delega (per la quale il termine «fallimento», in tal caso sostituito da quello di «dissesto», avrebbe dovuto essere sostituito dall'espressione «liquidazione giudiziale»), alimentando i profili critici[37].
Ciò posto, si può osservare che l'unica previsione elaborata dalla Commissione Bricchetti relativamente al dissesto consiste nell'aggiunzione, nella bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose, accanto al verbo «cagiona», delle espressioni «concorre a cagionare o ad aggravare in misura rilevante», tutto riferito al dissesto. Tale novità, però, sia pure probabilmente dettata dall'intenzione di porre termine al dibattito sulla rilevanza del mero aggravamento del dissesto, sembrerebbe limitarsi ad essere una precisazione, tenuto conto che, per un verso, le disposizioni sul concorso di persone nel reato (artt. 110 Cp ss.) e, per altro verso, la disciplina delle concause (art. 41 Cp) consentono di pervenire al medesimo esito[38].

6. L'ultima proposta tra quelle avanzate dalla Commissione Bricchetti per la bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose è quella di inserire la clausola di riserva «fuori dai casi di cui alla lettera a)».
Ebbene, tale possibile novità attribuirebbe alla bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose una funzione sussidiaria rispetto alla bancarotta fraudolenta patrimoniale.
In tal senso, si deve considerare che, alla luce dell'attuale quadro normativo, secondo la prevalente lettura, la bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose non viene in rilievo ove la condotta causativa del dissesto sia riconducibile a qualcuna delle ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale mentre trova applicazione, con la possibilità che si configuri un concorso effettivo, per qualsiasi condotta causativa del dissesto ulteriore e diversa[39].

---

[36] A favore dell'interpretazione come dissesto del richiamo al "fallimento" contenuto nella formulazione della disposizione adoperata nella legge fallimentare: P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concursuali*, cit., 375 s.; L. Conti, *I reati fallimentari*[2], cit., 110; R. Bricchetti-R. Targetti, *Bancarotta e reati societari*[2], Milano 1998, 128. Di diverso avviso, invece: C. Pedrazzi, *Art. 223*, in *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, a cura di C. Pedrazzi e F. Sgubbi, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, cit., 317; A. D'Avirro, *La bancarotta fraudolenta societaria*, in *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, a cura di A. D'Avirro e E. De Martino, cit., 138; A. Fiorella-M. Masucci, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino 2014, 144; A. Rossi, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XVIII, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, cit., 113, 197 s.; Id., *Reati fallimentari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*[14], II, cit., 251; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 258.
[37] Così, in particolare, N. Mazzacuva, *La "nuova" bancarotta fraudolenta societaria per effetto di operazioni dolose: tra crisi, dissesto, insolvenza e liquidazione giudiziale dell'impresa*, in *Studi in onore di Alessio Lanzi*, Roma 2020, 444 s.
[38] Alcune considerazioni a questo riguardo sono state recentemente formulate da G. Cocco, *Spunti sistematici sulla sanzione della causazione del dissesto nel nuovo codice dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Alessio Lanzi*, cit., 347 s. Inoltre, a favore della riconducibilità dell'aggravamento del dissesto a questa fattispecie incriminatrice, si vedano: A. Lanzi, *La «nuova» bancarotta societaria*, cit., 812 ss.; G. Schiavano, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, cit., 262; V. Destito, *La bancarotta impropria di cui all'art. 223 L. Fall.*, in *La disciplina penale dell'economia*, I, a cura di C. Santoriello, Torino 2008, 398; R. Bricchetti-L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., 249; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 254; N. Pisani, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna 2018, 168 ss.; A. Alessandri, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, cit., 118 s.
[39] Si veda, per tutti, E. de Martino, *La bancarotta fraudolenta per aver cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società (art. 223, comma 2, n. 2 L.F.)*, in *La bancarotta fraudolenta*[2], a cura di A. D'Avirro e E. De Martino, Milano 2018, 288 ss.

A ben vedere, poi, la previsione di siffatta clausola di riserva sembrerebbe destinata ad incidere, oltre che sui rapporti tra le ipotesi di bancarotta specificamente interessate, più in generale, sulla funzione stessa della bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose.
A questo proposito, occorre tenere presente che le incertezze discendenti dall'insolita formulazione della bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose hanno indotto ad affermarne generalmente il ruolo residuale rispetto a tutte le altre fattispecie incriminatrici di bancarotta fraudolenta[40], il quale, però, mal si concilia con le funzioni di tutela della bancarotta, con il percorso intrapreso nella disciplina della crisi di impresa nonché con la presenza – già discutibile – nel sistema dei reati di bancarotta di incriminazioni dai confini poco definiti (com'è il caso, tra gli altri, della bancarotta distrattiva[41]).
L'eventuale previsione della clausola di riserva, allora, pare rappresentare una nota positiva: da una parte, perché potrebbe consentire di superare le incertezze concernenti i rapporti della bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose con la bancarotta fraudolenta patrimoniale; dall'altra parte, poiché potrebbe riconoscere autonomia alla bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose, in linea con la possibile abrogazione della bancarotta da reato societario.
Ad ogni modo, bisogna osservare che, ove avesse séguito, questa previsione imporrebbe di ragionare sui rapporti della bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose con le altre ipotesi di bancarotta fraudolenta, e cioè la bancarotta fraudolenta documentale e quella preferenziale, alle quali la clausola di riserva elaborata non fa riferimento, ma anche con la "nuova" bancarotta colposa, per la quale, tra l'altro, nella proposta della Commissione Bricchetti scompare la clausola di riserva «al di fuori dei casi dell'articolo precedente» rispetto alla bancarotta fraudolenta presente sia nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza sia nella legge fallimentare.

7. Infine, le proposte della Commissione Bricchetti in materia di bancarotta fraudolenta societaria richiedono alcune osservazioni sul piano delle relazioni intertemporali.
Nell'inquadrare le questioni suscettibili di porsi per queste ultime sotto il profilo della successione di norme penali nel tempo, risulta necessario sviluppare qualche considerazione sulle previsioni in ordine ai rapporti intertemporali con la legge fallimentare contenute nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza e interrogarsi sulla sussistenza di previsioni di analoga natura nell'articolato della Commissione Bricchetti.
Così, occorre ricordare che l'art. 349 c.c.i.i. ha fatto salva la continuità delle fattispecie incriminatrici dopo avere stabilito la sostituzione dei richiami al fallimento con richiami alla liquidazione giudiziale.
Inoltre, l'art. 390 co. 3 c.c.i.i. ha previsto, con riguardo alle disposizioni che interessano il diritto penale, che ai fatti puniti dalle disposizioni penali del Titolo VI della legge fallimentare nonché della Sezione III del Capo II della l. 27.1.2012 n. 3 debbano continuare a essere applicate queste ultime disposizioni quando commessi in relazione alle procedure di cui ai primi due commi dello stesso articolo, ossia le procedure concorsuali le cui domande siano proposte prima dell'entrata in vigore del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza e le procedure concorsuali ancòra pendenti alla data di entrata in vigore dello stesso.
Invece, si può constatare che le proposte della Commissione Bricchetti non sembrano contenere disposizioni transitorie, probabilmente anche per il fatto di essere state depositate prima della data di entrata in vigore del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Tuttavia, anche la Commissione Bricchetti, al pari del legislatore del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, fa riferimento alla continuità delle fattispecie incriminatrici in alcuni passaggi della relazione accompagnatoria, com'è affermato, ad esempio, per la bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose[42].
Di fronte a tali previsioni, allora, è il caso di rammentare che dalla disciplina transitoria delineata nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza discende che, anche dopo la sua entrata in vigore,

[40] Sul punto, sia sufficiente il rinvio a E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*[5], cit., 325.
[41] A questo riguardo, diffusamente, N. Mazzacuva-E. Amati, *Diritto penale dell'economia*[5], cit., 210 ss.
[42] V. *Relazione accompagnatoria*, cit., 28.

debbano coesistere per un periodo di tempo due diversi regimi penali della crisi di impresa e dell'insolvenza dal momento che la legge fallimentare dovrà continuare a operare finché si registreranno fatti di bancarotta relativi a tutte le procedure concorsuali non ancòra definitivamente chiuse alla data di entrata in vigore del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza[43].
Oltre a quanto ora rilevato, poi, si deve considerare che il quadro delle relazioni intertemporali è stato ulteriormente complicato dal d.l. 24.8.2021 n. 118, convertito, con modificazioni, dalla l. 21.10.2021 n. 147, che, tra l'altro, nel frattempo ha modificato anche alcune disposizioni della legge fallimentare di interesse penalistico come l'art. 236 l. fall.
Ma, soprattutto, pare opportuno evidenziare che il diritto penale richiede necessariamente di guardare al lato sostanziale della successione di norme penali nel tempo e di ricostruire i rapporti intertemporali dal confronto delle singole disposizioni attraverso le regole giuridiche contenute nell'art. 25 Cost. e nell'art. 2 Cp, sicché non sembra che ci si possa fermare al solo dato formale delle previsioni transitorie richiamate[44].
Con queste premesse, dunque, bisogna osservare che l'eventuale abrogazione della bancarotta da reato societario proposta dalla Commissione Bricchetti potrebbe dare luogo a un'ipotesi di *abrogatio sine abolitione*, ove l'abrogazione della disposizione, cioè, non determinerebbe l'abolizione della relativa incriminazione che continuerebbe ad essere punita nell'ambito della bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose.
Quanto invece alla bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose, occorre considerare che taluni dubbi sulla persistenza dell'illecito si pongono già nel passaggio dalla legge fallimentare al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza a causa della previsione del dissesto quale evento naturalistico in luogo del fallimento, la soluzione dei quali può essere differente a seconda dell'interpretazione del concetto stesso di dissesto. Le proposte di revisione avanzate dalla Commissione Bricchetti per questa ipotesi delittuosa, poi, devono indurre a riflettere sulla possibile *abolitio criminis* che parrebbe derivare dall'eventuale eliminazione dell'espressione «per effetto di operazioni dolose».
Le relazioni intertemporali relative alla bancarotta fraudolenta societaria, peraltro, dovrebbero essere ricostruite tenendo conto altresì delle numerose disposizioni destinate ad incidere sul suo ambito di applicazione, come, tra le altre, quelle riguardanti la liquidazione giudiziale o quelle concernenti gli obblighi degli amministratori (rispettivamente, gli artt. 121 e 375 co. 2 c.c.i.i.).
Dinanzi a tale complesso scenario, allora, un'eventuale riforma della bancarotta fraudolenta societaria, e più ampiamente dei reati fallimentari, dovrebbe approfondire ulteriormente anche questi aspetti.

[43] Particolarmente chiari sul punto R. Bricchetti, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, cit., 104, e M. Gambardella, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., 517 ss.
[44] Di questo avviso, M. Gambardella, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., 518, e R. Giambersio, *Fenomeni di successione di norme penali dopo il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una riflessione* de jure condito, in *SP*, 9/2020, 109. Più in generale, si veda B. Romano, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano 1996, 19.

I *SECRET CULTS* NIGERIANI. ASPETTI CRIMINOLOGICI E PENALISTICI DI UN FENOMENO IN ESPANSIONE

di Nicolò Zammarchi
(*Dottorando di ricerca in diritto pubblico, giustizia penale e internazionale, Università di Pavia*)

Negli ultimi anni la scena illecita internazionale è caratterizzata dalla progressiva affermazione dei *secret cults* nigeriani, attivi prevalentemente nel traffico internazionale di stupefacenti, nel traffico di migranti e nella tratta di esseri umani. Talune articolazioni italiane di tali conventicole sono state peraltro oggetto di pronunce giurisprudenziali che ne hanno riconosciuto la mafiosità *ex* art. 416-*bis* Cp, conformemente a quanto avvenuto per altre associazioni a delinquere di matrice straniera. Il presente contributo si propone pertanto di individuare i tratti salienti dei *secret cults* e di fare il punto sui recenti arresti giurisprudenziali in materia, vagliando al contempo più generali prospettive di armonizzazione comunitaria in tema di contrasto alla criminalità organizzata.
In recent years, the international criminal scene has been marked by the growing role played by the Nigerian secret cults. The main activities of these groups include international drug trafficking, smuggling of migrants and human trafficking. Some of their Italian offshoots have been recently recognised as mafia-style organisations by Italian courts and now face criminal charges in accordance with art. 416-bis Italian Criminal Code. Therefore, the present contribution will try to describe the main features of such organisations and to analyse the recent development in the Italian case law. At the same time, it will examine more general prospects for European harmonisation in the fight against organised crime.

SOMMARIO: 1. Brevi note introduttive. Fluidità criminale, polimorfismo associativo-mafioso e le (meritorie) fotografie investigative della D.I.A. – 2. I *secret cults*: nascita, crescita, espansione. – 2.1. Una preliminare questione terminologica. – 2.2. I moderni *secret cults*: sintetica genesi storica. – 2.3. I tratti salienti dei *secret cults*. – 3. Principali attività criminali dei *secret cults*. – 3.1. Attività criminali "domestiche". – 3.2. Attività criminali "a proiezione estera". – 4. Fenomenologia "italiana" dei *secret cults*. – 4.1 Approdo in Italia e forme di manifestazione locali. – 4.2. Mercati criminali e attività illecite in Italia. – 4.3. Rapporti con altre organizzazioni criminali. – 5. Percorsi giurisprudenziali: l'affermazione della mafiosità dei *secret cults*. – 6. Neoformazioni mafiose e aporie interpretative nell'art. 416-*bis* Cp. – 6.1. L'art. 416-*bis* Cp: una norma a due velocità. – 6.2. A quale velocità corrono i *secret cults*. – 7. *Secret cults* e associazioni di tipo mafioso: considerazioni di sintesi. – 7.1. Sull'impiego di strumenti di contrasto alla criminalità mafiosa: in particolare, la collaborazione di giustizia. – 7.2. Sull'aggravante del metodo mafioso o dell'agevolazione mafiosa. – 7.3. Su alcuni profili di coordinamento comunitario. – 8. Conclusioni. – 8.1 L'insostenibile leggerezza di accertamenti differenziati della mafiosità tra associazioni mafiose storiche e associazioni mafiose di nuovo conio. – 8.2. Sulle ramificazioni internazionali dei *secret cults* (e delle mafie storiche): pervasività del fenomeno, esigenze di armonizzazione.

1. Come osservato da Sciascia, «la linea della palma, cioè il clima che è propizio alla vegetazione della palma, viene su, verso il nord, di cinquecento metri […] ogni anno…»[1].
Il fatto criminale, intrinsecamente umano, si esplica in dinamiche relazionali varie, mutevoli, necessariamente adattive e talora predittive rispetto alla materialità dei rapporti sociali.
Così, a una realtà in costante e rapida evoluzione corrisponde il mutamento della criminalità e, in particolare della criminalità organizzata.

[1] L. Sciascia, *Il giorno della civetta*, Torino 1961, 115.

Note sono le storiche incertezze definitorie connaturate a tale nozione[2].
Pacifico appare nondimeno un significato minimale di "criminalità organizzata" quale organizzazione di persone tra loro in collaborazione per un periodo di tempo indefinito, con finalità di arricchimento (dei singoli partecipi e dell'associazione intera) mediante la commissione di violenze sistematiche e la frequente realizzazione di atti di corruzione in una dimensione illecita sempre più transnazionale.
Ora, il "nocciolo duro" di una criminalità organizzata così – minimamente, ma, si ritiene, correttamente – intesa non può che consistere nella criminalità associativa, che a sua volta si identifica, almeno nell'ordinamento italiano, in una associazione di più persone (almeno tre) finalizzata a compiere vari atti, talora di natura lecita, talora intrinsecamente criminosa[3].
La forma di manifestazione più pervasiva, violenta, radicata, notoria, e per certi versi socialmente allarmante della criminalità associativa così individuata è l'associazione per delinquere di tipo mafioso.
Ampia è oramai la letteratura – scientifica e non – in materia, sicché la struttura delle c.d. mafie tradizionali (Cosa Nostra, le *'ndrine* e le formazioni camorristiche) può ragionevolmente ritenersi nota.
Trattasi, generalmente e storicamente, di gruppi strutturati su base famigliare o familistica, fondati su precisi rituali di affiliazione e radicati in un determinato territorio che è di fatto sottoposto al loro controllo mediante l'esercizio di un potere derivante da un contratto estorsivo di protezione[4]. Tali associazioni tendono a riempire un – presunto o fattuale – «*vuoto di Stato*» infiltrandosi nelle alte sfere politico-imprenditoriali e assumendo sempre maggiori spazi nelle dinamiche sociali locali[5]. E ciò, attraverso l'impiego di un metodo tipico che ne connota l'antisocialità materiale e il disvalore penale specifico in punto di tecnica legislativa: il metodo mafioso, consistente nell'avvalersi, da parte dell'associazione, della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per il perseguimento delle finalità compendiate nell'art. 416-*bis* co. 3 Cp (commettere delitti, acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il

[2] Non è questa la sede per ripercorrere il dibattito intorno al concetto di criminalità organizzata, definizione sconosciuta al legislatore italiano ma oggetto di attenzione in sede sovranazionale. Sia sufficiente a riguardo ricordare la definizione di "gruppo criminale organizzato", introdotta dalla Convenzione ONU di Palermo del 2000, poi recepita nell'art. 3 l. 16.3.2006 n. 146, e la definizione di "organizzazione criminale" fornita dal legislatore comunitario con la Decisione Quadro 841/2008/GAI. La letteratura a riguardo è amplissima; fra i tanti, si v. A. di Martino, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale e nazionale: l'attuazione in Italia della c.d. Convenzione di Palermo*, in *DPP* 1/2007, 11 ss.; A. Centonze, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano 2008; S. Aleo, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Milano 2009; B. Romano, *La criminalità organizzata e il diritto penale*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di B. Romano, G. Tinebra, Milano 2013, 3 ss.; L. Paoli, T. Vander Beken, ***Organized crime: A Contested Concept,* in *The** *Oxford Handbook of Organized Crime*, a cura di L. Paoli, Oxford 2014, 13 ss.; F. Basile, *Il reato di associazione di tipo mafioso e la convenzione di Palermo*, in *Riv. Studi Ricerche Crim. Org.*, 2019, 74 ss.; R. Tartaglia, *Il campo di applicazione della convenzione e la nozione di reato transnazionale*, in *La Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, a cura di A. Balsamo, A. Mattarella, R. Tartaglia, Torino 2020, 47 ss.; A. Balsamo, A. Mattarella, *Criminalità organizzata: le nuove prospettive della normativa europea*, in *www.sistemapenale.it*, 15.3.2021; G. Insolera, T. Guerini, *Diritto penale e criminalità organizzata*[3], Torino 2022.

[3] G. de Vero, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *RIDPP*, 2/1998, 385 ss.; in generale, sui reati associativi quale espressione della criminalità organizzata, si v. E. Dolcini, *Appunti su "criminalità organizzata" e reati associativi*, in *AP*, 1982, 263 ss.; più di recente, sulla natura imprenditoriale della criminalità associativo-mafiosa, si v. G. Stallone, *Associazioni criminali e società commerciali: la "sovrapposizione" tra enti tra problemi di struttura e di accertamento*, in *www.archiviopenale.it*, 21.9.2022.

[4] Per tali – condivisibili – interpretazioni del fenomeno mafioso, si v. D. Gambetta, *La protezione mafiosa*, in *La mafia, le mafie*, a cura di G. Fiandaca, S. Costantino, Roma-Bari 1994, 219 ss.; F. Varese, *Protection and extortion*, in *The Oxford Handbook*, cit., 343 ss.

[5] Cfr. A. Baratta, *Mafia e Stato. Alcune riflessioni metodologiche sulla costruzione del problema e la progettazione politica*, in G. Fiandaca, S. Costantino, *op. cit.*, 98 ss.; U. Santino, *La mafia come soggetto politico. Ovvero: la produzione mafiosa della politica e la produzione politica della mafia*, *ivi*, 118 ss.; L. Paoli, *Towards a theory of crime: some preliminary reflections*, in *Illegal Entrepreneurship, organized crime and social control. Essays in honor of Professor Dick Hobbes*, a cura di G.A. Antonopoulos, Cham 2016, 3 ss.

controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici, realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, e, dall'inizio degli anni '90, impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o procurare voti a sé od altri in occasione di consultazioni elettorali).
Ulteriore tratto saliente delle associazioni per delinquere di tipo mafioso è la capacità di replicare altrove, e con relativa facilità, i metodi e gli schemi di potere loro tipici, cioè la loro capacità adattiva rispetto all'inedito contesto di riferimento[6], cui si aggiunge un'elevata propensione alla cooperazione con altri attori illeciti per creare ampie e ramificate reti criminali[7], creando così entità sempre più complesse, stratificate, nelle quali si intravedono nuovi protagonisti.
In questo contesto vorticoso, proteiforme, il mutamento fisiognomico dell'attualità associativo-mafiosa è colto, semestre per semestre, dalle relazioni della Direzione Investigativa Antimafia[8]. Negli ultimi anni, tali fonti, di natura informativo-investigativa, mostrano una scena illecita intrinsecamente fluida, perché partecipata da attori illeciti neo-emergenti che assumono ruoli di differente prestigio a seconda del mercato e dell'area geografica di riferimento. Tra di essi, figurano recentemente, e in modo particolare, le formazioni illecite a matrice straniera. Così, gli spazi "fisici" dedicati, nel corpo delle relazioni D.I.A., a tali associazioni per delinquere, mostrano un sempre maggiore incremento, a riprova della loro maggior rilevanza sul piano prasseologico, rilevanza a sua volta comprovata da più pronunce giurisprudenziali in materia.
Tra i vari gruppi ciclicamente sottoposti all'attenzione degli inquirenti – concentrati, segnatamente, su associazioni per delinquere albanesi, cinesi, rumene – si stagliano le formazioni criminali nigeriane, i *secret cults*, dei quali è stata a più riprese affermata la natura mafiosa.
Cosa siano, come si atteggino i *secret cults* e, ancora, quali siano le questioni dommatico-applicative emergenti dalla loro presenza sulla scena illecita nazionale, costituisce oggetto del presente contributo.

2. I moderni *secret cults* sono organizzazioni criminali di proporzione internazionale, dai numerosi interessi illeciti e dalle elevate capacità adattivo-relazionali, in grado, negli ultimi anni, di affermarsi quali attori di crescente importanza e pervasività nel mercato criminale globale.
Il fenomeno in questione si presenta come una realtà pulviscolare, alla quale partecipano gruppi – *cults* – differenti per caratteristiche, tendenzialmente in conflitto tra loro per ottenere l'egemonia criminale nel settore illecito di riferimento.
Tutti i *secret cults* presentano però la medesima origine: il cultismo nei *campus* universitari nigeriani.

2.1. Prima di trattare della genesi storica dei *secret cults*, fenomeno sociale – prim'ancora che criminale – culturalmente determinato, è necessario affrontare alcune questioni terminologiche di rilievo.
Il sostantivo inglese *cult* significa «culto, setta, gruppo di persone unite dagli stessi riti e ideali»[9] o «piccolo gruppo di persone che hanno convinzioni religiose estreme e che non sono parte di alcuna religione riconosciuta dallo Stato», e si riferisce ad un «insieme di pratiche e convinzioni di un gruppo in relazione a una divinità locale»[10]. Dal termine *cult* deriva il sostantivo *cultism*, a indicare un

[6] Parla di un vero e proprio trapianto criminale e dei fattori che consentirebbero la mafia *transplantation* F. Varese, *Mafias on the move: how organized crime conquers new territories*, Princeton 2011.
7 R. Sciarrone, *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Roma 1998; A. Scaglione, *Reti mafiose. Cosa Nostra e Camorra: organizzazioni criminali a confronto*, Milano 2011; S. Aleo, *op. cit.*, 15 ss.
[8] Ai sensi dell'art. 109 d. lgs. 6.9.2011, n. 159, il Ministro dell'Interno, al cui dicastero afferisce la Direzione Investigativa Antimafia (da ora in avanti, D.I.A.), incardinata nel Dipartimento di pubblica sicurezza, "*riferisce, ogni sei mesi, al Parlamento sull'attività svolta e sui risultati conseguiti*" dalla stessa D.I.A. I rapporti semestrali, realizzati dal 1992, sono consultabili *online* (con qualche ritardo rispetto alla fine del semestre di riferimento) all'URL https://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/relazioni-semestrali/.
[9] G. Ragazzini, *Il Ragazzini 2020, Dizionario Inglese – Italiano, Italiano – Inglese*, Bologna 2019.
[10] *Oxford Advance Learner's Dictionary*, voce *cult, online* all'URL *https://www.oxfordlearnersdictionaries.com*.; *The Oxford Concise Dictionary of Sociology*, 1996.

fenomeno virtualmente conosciuto in ogni società (africana e non solo)[11] e dal particolare rilievo in Nigeria, dove quasi tutti i gruppi etnici aderiscono ad un *cult*[12].
I *cults* sono dunque organizzazioni chiuse, fondate su un'ideologia esclusiva e ammantata di sacralità, accompagnata dall'impiego di rituali e simboli esclusivi[13] finalizzati a invocare poteri sovrannaturali e misteriosi dai quali essere guidati e protetti[14].
Da un punto di vista storico e fenomenologico, è peraltro possibile notare l'esistenza di due tipologie di *cults* nigeriani.
Da un lato, vi sono i *cults* tradizionali. Trattasi di gruppi diffusi prevalentemente in contesti rurali, le cui azioni – ancorché talora riconducibili a fatti illeciti[15] – sono riconducibili alle pratiche *juju*, religione animistica tradizionale dai caratteri sincretistici ed esoterici[16]. Questi *cults* sono solitamente guidati da un sacerdote locale e sono strettamente correlati alla particolare etnia dei loro membri[17].
Dall'altro lato, vi sono i moderni *secret cults*, in principio detti *campus cults*, fenomeno associativo derivante, come anticipato, dalle confraternite studentesche universitarie[18] e paragonabile, quantomeno in origine, a forme embrionali di lobbismo: e difatti questi *cults* sorgono in contesti urbani, mostrandosi (inizialmente) svincolati da logiche di appartenenza etnica o religiosa[19].

---

[11] G. Weckman, *Primitive Secret Societies as Religious Organizations*, in *Numen*, 1970, 83 ss.
[12] La Nigeria – Repubblica Federale da più di 200 milioni di abitanti, dall'età media di circa 18 anni – consta di 250 etnie, tra loro differenti per tradizioni e caratteristiche; i principali gruppi etnici sono Yoruba, Hausa, Ibo, Fulani, Kanuri ed Edo, ciascuno dei quali parla uno specifico idioma (la lingua ufficiale del Paese è invece il *Pidgin* o *broken English*) e si lega ad un differente *cult* locale, a sua volta strettamente correlato all'antropomorfismo africano, religione tradizionale di particolare e attuale pregnanza nelle dinamiche interne dei *secret cults*. Si definisce invece "*cultista*" l'appartenente a un *secret cult*. Cfr. K. Nyiayaana, *From University Campuses to Villages: A Study of Grassroots-based Cult Violence in Ogoniland*, in *Eras*, 2011, all'URL *https://www.monash.edu/__data/assets/pdf_file/0004/1669522/knyiayaana-1.pdf*.; M.U. Nnam *Secret cult menace in Nigeria within the context of social structure and political economy: a critical analysis*, in *International Journal of Criminal Justice Sciences*, 2014, 171 ss.; , all'URL *http://www.ijcjs.com/pdfs/uchennaijcjs2014vol9issue2.pdf*.; C. Oyemwinmina, S. Aibieyi, *Cultism: A destructive concept in the educational development of tertiary institutions in Nigeria*, in *African Research Review*, 2015, 221 ss., all'URL *https://www.ajol.info//index.php/afrrev/article/view/124637*, che sul punto riporta I.A. Ayayi et al., *Menace of cultism in Nigeria tertiary institution: the way out*; B.S. Owonikoko, U. Ifukor, *From campuses to communities: Community-based cultism and local responses in the Niger Delta region, Nigeria* in *AFRREV IJAH: An International Journal of Arts and Humanities*, 2016, 80 ss.; F. Vaccarelli, Cult*, una parola dall'inglese "multigusto" della Nigeria*, in *Treccani* online, 10.2.2020, URL: *https://www.treccani.it/magazine/lingua_italiana/articoli/scritto_e_parlato/cult.html*.
[13] Tra i quali rientra, tipicamente, l'utilizzo di sangue, umano o animale: C. Oyemwinmina, S. Aibieyi, *op. cit.*, 222, che riporta sul punto R. Ogunade, *Secret societies and cultic activities in Nigeria tertiary institution*, in *Leading issues in general studies*, Ilorin 2002.
[14] Così F.O. Igborgbor, *Cultism and its Impact on the Learning Process*, *Paper read at a Workshop on Cultism for Principals of Secondary Schools in Delta State of Nigeria, organized by the State Post-Primary Education Board*, Asaba, Nigeria, 1-2 Nov. 2006, come riportato da E. Kpangban, S.E. Umudhe, O.P. Ajaja, *The menace of secret cults in higher educational institutions in Nigeria*, in *Journal of Social Sciences*, 2008, 139.
[15] Si pensi ad esempio al sacrificio rituale di animali per propiziare un raccolto: pratica indubbiamente violenta nei confronti dell'animale, ma strettamente correlata alle forme di manifestazione della religione tradizionale.
[16] "*Juju*" è un termine Yoruba con il quale si definiscono i rituali tipici della religione animistico-tradizionale. E.B. Omobowale, A. Abimbola, *Higher Education and the Challenges of Secret Cults* in *African Research Review*, 2015, 136 ss., all'URL *https://www.ajol.info/index.php/afrrev/article/view/113888*; F. Vaccarelli, *op. cit.*
[17] L'incidenza del cultismo nella cultura nigeriana è tale che i *cults* in questione nemmeno sono segreti; né è possibile, data la loro diffusione e le loro particolarità, intrinsecamente dipendenti dal gruppo etnico di riferimento, fornirne una stima.
[18] Il cultismo si diffonde nelle Università nigeriane a mezzo delle confraternite studentesche, associazioni spontanee tipiche dei *campus* universitari americani, tendenzialmente impermeabili a soggetti esterni, organizzate secondo schemi propri, i cui membri, divenuti tali all'esito di specifici rituali di affiliazione, stringono legami di "fratellanza" e svolgono varie attività nelle quali è frequente l'abuso di sostanze. P.Y. Martin, R.A. Hummer, *Fraternities and rape on campus*, in *Gender & Society*, 1989, 457 ss.
[19] Prima di proseguire con la trattazione, si osservi come entrambe le forme di cultismo siano state formalmente messe al bando dall'art. 38 co. 4 della Costituzione Nigeriana del 1999 e dal *Secret Cult and Secret Society Prohibition Bill* del 2001. Tali interventi normativi, ragionevolmente motivati dal bisogno di affermare la discontinuità della nuova Repubblica Federale Nigeriana rispetto al (turbolento) passato politico, non sono però riusciti a fermare la proliferazione dei (*secret*) *cults*.

Poste queste premesse, è opportuno concentrare l'attenzione sulla genesi storica dei *secret cults*.

2.2. Le confraternite studentesche nigeriane, dai quali derivano i moderni *secret cults*, originano da istanze di emancipazione dall'imperialismo britannico e di progresso socioculturale del Paese[20]. La storia di tali associazioni ne mostra però un'evoluzione corrotta in realtà criminali diffuse e violente. Risale in particolare agli anni '70-'80 l'assunzione, da parte dei *campus cults*, dei tratti salienti dei *secret cults*, mediante l'introduzione di pratiche rituali *juju* in occasione di ogni raduno[21]. A ciò si accompagnò un impiego smodato e brutale della violenza, sia come forma di riconoscimento interno degli affiliati, sia come mezzo per gestire i conflitti di potere tra gruppi[22]. I virulenti scontri tra *secret cults* rivali e la tensione alla commissione di atti criminali per ottenere potere divennero così cifra caratteristica di questa nuova forma di cultismo, condizionandone l'espansione all'esterno delle Università[23], in particolare nelle zone del Delta del Niger, ove i *secret cults* iniziarono a svolgere servizio d'ordine[24] e ad offrirsi a politici locali quali guardie del corpo: il che determinò una loro presenza più costante, fissa, nella sfera pubblica territoriale.
La stabilizzazione storica di tale situazione ha consentito ai *secret cults* di evolvere in centri di potere politico-amministrativo dotati ad oggi di una legittimazione sempre più sostanziale.

2.3. I *secret cults* si presentano dunque come gruppi criminali tra loro differenti[25], in perenne conflitto

[20] La prima confraternita (*Pyrates Confraternity*), fondata nel 1952 dal futuro premio Nobel per la Letteratura Wole Soyinka presso l'Università di Ibadan, allora *campus* satellite dell'Università di Londra, si proponeva di svolgere una resistenza intellettuale e non-violenta contro l'oppressione etnica, di combattere le ingiustizie e la corruzione, di promuovere i diritti umani, di realizzare opere benefiche per la comunità. L'affiliazione alla confraternita era riservata agli studenti più brillanti e politicamente consapevoli della necessità di una mobilitazione panafricana contro l'imperialismo occidentale. Cfr. A. Rotimi, *Violence in the citadel: the menace of secret cults in Nigerian universities*, in *Nordic Journal of African Studies* 2005, 79 ss.; E. Kpangban, S.E. Umudhe, O.P. Ajaja, *op. cit.*, 140 ss.; S.N. Ekpenyong, *Secret Cults at Niger Delta University*, in *International Journal of Scientific Research in Education* 2010, 121 ss.*;* M.U. Nnam, *op. cit.*, 172 ss.; I. Aghedo, *Values and Violence: explaining the criminalization of higher education students in Nigeria*, in *Journal of Black Studies* 2015, 172 ss.; U.V. Chinwe, I.U.J. Mag, *Causes, Effects and Strategies for Eradicating Cultism among Students in Tertiary Institutions in Nigeria – A Case Study of Nnamdi Azikiwe University Awka Anambra State, Nigeria*, in *Journal of Education and Practice* 2015, 22 ss.; P.B. Bisong, E.K. Iwuagwu, *Secret Cults pandemonium in Nigeria: critical reflections*, in *International Journal of Law, Management and Social Science* 2020, 1 ss.

[21] "*Juju*" è un termine Yoruba con il quale si definiscono i rituali tipici della religione animistico-tradizionale. E.B. Omobowale, A. Abimbola, *Higher Education and the Challenges of Secret Cults* in *African Research Review*, 2015, 136-145, all'URL *https://www.ajol.info/index.php/afrrev/article/view/113888*; F. Vaccarelli, *op. cit*.

[22] Le cause sono multifattoriali e annoverano tanto incomprensioni tra i "Pirati" di Soyinka e gli studenti che ne vennero esclusi per il mancato raggiungimento degli elevati *standard* accademici richiesti, quanto la crisi petrolifera che si abbatté sull'economia nigeriana e il successivo periodo di turbolenza politica (tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '80) caratterizzato dal susseguirsi di colpi di Stato da parte di militari tendenti a finanziare, infiltrare e armare le confraternite studentesche anche per ottenere un controllo più diffuso e capillare. Così, per un verso, la violenza divenne tratto tipico dei *cults*, i cui membri iniziarono ad avvalersi delle armi altresì negli scontri tra confraternite rivali; per altro verso, i *cults* iniziarono ad affermarsi quali attori politici di rilevanza nazionale. A. Rotimi, *op. cit.*, 84 ss., ove si elencano alcune brutalità incorse nei rapporti tra differenti *campus cults*, tra le quali risaltano la decapitazione di uno studente e l'uccisione di cinque studenti all'interno di un dormitorio; S. Ellis, *"Campus Cults" in Nigeria: The Development of an Anti-Social Movement*, in *Movers and Shakers. Social Movements in Africa*, a cura di S. Ellis, I. Van Kessel, Leiden-Boston, 2009, 221 ss.; I. Ezeonu, *Violent Fraternities and Public Security Challenges in Nigerian Universities: A Study of the "University of the South"*, in *Journal of African American Studies*, 2014, 269 ss.; B.S. Owonikoko, U. Ifukor, *op. cit.*, 83 ss.

[23] A seguito di un tremendo scontro nell'Università di Ile-Ife tra diversi *campus cults*, fu lanciato un programma nazionale di rinuncia al cultismo nel 1999; chi non vi aderì fu spinto a fare ritorno ai propri luoghi di origine, ove poter proseguire l'attività cultista. Anche il fisiologico abbandono delle Università da parte degli studenti più anziani contribuì a diffondere il "nuovo" cultismo all'esterno delle istituzioni accademiche. Cfr. P.B. Bisong, E.K. Iwuagwu, *op. cit*., 6 ss.; B.S. Owonioko, U. Ikufor, *op. cit.*, 84 ss.

[24] Dinamica favorita dall'assenza di forze di polizia: del resto, il Delta del Niger è zona di guerra a bassa intensità ove agiscono differenti gruppi armati, molti dei quali discendenti da, o modellati su, *campus cults*. Cfr. S. Ellis, *op. cit.*, 225 ss.; E.B. Omobowale, A. Abimbola, *op. cit.*, 140 ss.

[25] I più diffusi *secret cults*, tanto in Nigeria quanto all'estero, sono *Black Axe*, EIYE, MAPHITE e *Vikings*. Si tratta di gruppi criminali transnazionali, connotati da una struttura rigidamente verticistica e dai vasti interessi criminali. Il *Black*

tra loro per ottenere la supremazia territoriale, accomunati però dai seguenti tratti salienti.
Si tratta anzitutto di gruppi prevalentemente circoscritti alla Nigeria meridionale e ai relativi gruppi etnici. Il reclutamento dei nuovi adepti, di comune appartenenza etnico-familiare, avviene tendenzialmente mediante pressioni psicologiche che si sostanziano in false promesse di danaro, minacce, ovvero attraverso un generale sfruttamento delle debolezze del soggetto cui si propone l'affiliazione, ivi compresa la necessità di protezione[26].
Le pratiche di affiliazione si svolgono secondo violenti, brutali riti di iniziazione in cui sono mescolati elementi mistico-religiosi, tipici delle pratiche *juju*. Il processo iniziatico si compone di differenti rituali, quali canti, balli tradizionali e la recitazione di preghiere animiste; agli adepti possono essere fatti ingerire il cuore di un animale o degli intrugli in cui è presente sangue umano o animale mescolato a sostanze psicotrope; spesso i neo-immessi devono realizzare compiti criminali loro assegnati, quali violenze sessuali[27] o combattimenti con altri membri del *clan*, e pare siano costretti a sopportare percosse, frustate, bruciature sul corpo, torture, accoltellamenti da parte del capo o brutali pestaggi da parte degli altri associati: la sopravvivenza al rito di affiliazione conferma l'idoneità dell'iniziato ad essere membro del *cult*. La procedura culmina in un giuramento solenne di segretezza e fedeltà assoluta poggiante su formule dall'alto valore simbolico che esprimono l'adesione totale del neo-immesso al gruppo, dal quale potrà recedere solo con la morte. Dopo il giuramento, l'iniziato è "battezzato" con uno *strong name* con il quale sarà riconosciuto nel *cult*. Tali pratiche mirano a creare un apparato impermeabile ad infiltrazioni esterne, ideologicamente orientato e molto saldo. L'impermeabilità e la convinta aderenza al sistema valoriale del *secret cult* sono confermate dal fatto che i membri si riconoscono e si identificano mediante l'adesione a specifici canoni di condotta: l'utilizzo di determinati capi di abbigliamento e amuleti dal valore mistico, l'uso di un linguaggio particolare, severe punizioni corporali nei confronti di membri poco rispettosi delle stringenti regole comportamentali dell'associazione.
Ancora, i singoli *secret cults* si organizzano secondo modelli piramidali tra loro simili, assimilabili

Axe Confraternity Cult, conosciuto anche come AYE (*African Youth Empowerement*) e *Neo Black Movement of Africa* (NBM), associazione benefica "di facciata" regolarmente registrata e operante in Nigeria, nel 1977 all'Università di Benin City, come associazione studentesca, influenzata dal movimento delle Pantere Nere, che si prefiggeva di risvegliare la coscienza africana nella lotta al colonialismo (tanto che il simbolo è un'ascia nera che spezza le catene ai polsi di un uomo di colore). Negli anni '80, al pari di quanto avvenuto agli altri movimenti studenteschi, le azioni violente diventarono sempre più frequenti ed intense anche all'esterno dei *campus*, e, ad oggi, il culto dei Black Axe è noto per le sue pratiche brutali. EIYE *Confraternity Cult*, altresì noto come *Supreme Eiye Confraternity* (SEC), *National Association of Airlords* oppure, più semplicemente, *Air Lords*, nasce negli anni '50-'60 nell'Università di Ibadan in contrapposizione al colonialismo britannico, salvo poi evolvere in una pericolosa struttura organizzativa criminale. Si tratta di un *cult* particolarmente violento, tra i più violenti in Nigeria, molto attivo dal punto di vista criminale tanto nel suo Paese d'origine quanto all'estero, ove è presente già negli anni '70-'80. Il MAPHITE *Confraternity Group* nasce a Benin City, nel 1978; il suo nome è un acronimo che sta per "*Maximum Academic Performance Highly Intellectuals Train Executioner*". Il *cult* si nasconde dietro la *Green Circuit Association*, associazione benefica "di facciata", fondata in Inghilterra e poi approdata in Nigeria e in Italia (la sede italiana si trova a Bologna). Di tale *cult* è stata rinvenuta la *Green Bible*, costituzione associativa, all'esito di un'operazione condotta in Italia tra il luglio e l'agosto 2019. Grazie a questo documento si è potuto conoscere qualcosa in più sulla struttura rigidamente verticistica del *cult*, altrimenti caratterizzato da un'alta impermeabilità. Possono diventare membri del *cult* solo soggetti di sesso maschile che paghino l'apposita "tassa di iscrizione", senza particolari distinzioni di religione o di etnia, purché vengano presentati da un affiliato; l'affiliazione avvenuta in Nigeria conferisce maggiore importanza al nuovo membro. Vi è infine il *cult Vikings Confraternity de Norsemen Kclub*, detto anche *Arobaga* o *Adventurers* o più semplicemente *Vikings*. Si tratta di un'associazione nata nel 1984 presso l'Università di Port Harcourt da una costola di un precedente *cult*, composta prevalentemente da individui di sesso maschile molto giovani e molto aggressivi.

[26] Più rara l'affiliazione spontanea, sia all'interno che all'esterno dei *campus* universitari. Talvolta gli studenti sono invece costretti ad entrare nel *cult*. Sulle modalità di reclutamento, v. E. Kpangban, S.E. Umudhe, O.P. Ajaja, *op. cit*., 140 ss.; M.U. Nnam, *op. cit.*, 174 ss.; C. Oyemwinmina, S. Aibieyi, *op. cit.*, 225 ss.

[27] EASO, *Country of Origin: Information Report. Nigeria: Targeting of Individuals*, 2018, 47 ss., all'URL *https://coi.easo.europa.eu/administration/easo/PLib/2018_EASO_COI_Nigeria_TargetingIndividuals.pdf*. Solitamente, le aderenti ai – più rari – *cults* femminili devono subire più violenze sessuali di seguito.

alle organizzazioni di stampo mafioso europee ed asiatiche[28]. Al vertice si trova il capo internazionale del *cult*, al quale risponde il responsabile per il diverso Stato di insediamento, che a sua volta detta la linea criminale al capo locale o territoriale. Sottoposti a quest'ultimo sono il responsabile della sicurezza, il vicecapo locale e l'organizzatore delle riunioni. Appartengono alla struttura direttiva del *cult* altresì i membri più anziani del gruppo, nella veste di consiglieri. Alla base della piramide si trovano invece semplici faccendieri: picchiatori, sicari e soggetti coinvolti nella più bassa "manovalanza criminale", che rispondono invece al responsabile delle singole azioni criminali. Tutti gli appartenenti al *cult* sono inoltre obbligati alla partecipazione e al finanziamento dello stesso mediante il versamento di quote annuali, che contribuiscono alla creazione del fondo comune dal quale prelevare il necessario per l'acquisto di stupefacenti, armi e per il sostentamento delle famiglie degli affiliati detenuti, secondo un vincolo di assistenza previdenziale[29].
Tratto tipico dei *secret cults* è infine la loro elevata capacità adattiva a differenti contesti. Questa caratteristica ha consentito a tali gruppi di avvalersi dei cospicui flussi migratori che interessano la Nigeria[30] per radicarsi anche all'estero ove, sfruttando un'impressionante versatilità criminale, le conventicole in parola hanno intrapreso varie relazioni con altri gruppi – autoctoni e allogeni – ivi operanti, per formare strutture di rete a geometrie variabili, complesse, in costante divenire rispetto al contesto illecito di riferimento.
In tali dinamiche assumono un ruolo centrale le attività criminali oggetto degli accordi collaborativi in questione, delle quali è ora necessario trattare per meglio comprendere la portata materiale del fenomeno in questione.

3. Le organizzazioni criminali nigeriane hanno più interessi criminali che vengono perseguiti con grande intensità, sfruttando una rete di relazioni transnazionali con diversi attori[31]. I reati oggetto del programma criminale dei *secret cults* sono molto vari; il loro fine è il consolidamento di una posizione di dominio sul territorio e sul mercato criminale di riferimento, e altresì il conseguimento di elevati profitti economici, in parte reinvestiti nell'acquisto di beni necessari all'ulteriore commissione di reati.
Le attività criminali perseguite dai *secret cults* sono peraltro suddivisibili tra attività a matrice "domestica", circoscritte cioè al territorio di origine in quanto favorite da circostanze non replicabili all'estero (su tutte, le infiltrazioni di affiliati nell'apparato statale nigeriano, favorite da un sistema di *patronage* politico e di corruzione endemica nella sfera pubblica nigeriana), attività intrinsecamente a proiezione estera, perché poste in essere sfruttando connessioni illecite transnazionali, e infine attività illecite perpetrate pressoché esclusivamente nei territori esteri; tra queste ultime, si analizzeranno le attività criminali tipicamente realizzate in Italia.

3.1. Le attività criminali "domestiche" perpetrate dai *secret cults* sono tra loro eterogenee. Rientrano

[28] Si v. M. Di Liddo, F. Terenghi, A. Cerasuolo, V. Piol, *Le capacità italiane di contrasto alla criminalità organizzata come strumento di stabilizzazione in Africa Occidentale*, 2019, all'URL *https://www.cesi-italia.org/contents/Analisi/le%20capacità%20italiane%20di%20contrasto%20alla%20criminalità%20organizzata.pdf*.
[29] Si v. la *Relazione semestrale* ad opera della D.I.A. per il 2° semestre 2018, 512 ss.
[30] La portata del flusso migratorio in uscita dalla Nigeria è frequentemente definita "diaspora". Difficile è stabilire con correttezza la dimensione quantitativa del fenomeno. Le stime ufficiali attestano la presenza di 15 milioni di cittadini nigeriani attualmente residenti all'estero, ma è verosimile che tale cifra sia – ampiamente – sottostimata. A riguardo, si v. A. Olatuyi, Y. Awoyinka, A. Adeniyi, *Nigerian diasporas in the South: harnessing the potential for national development*, Bruxelles 2013, all'URL *https://publications.iom.int/system/files/pdf/nigeria_diasporas.pdf*; *15 million Nigerians in Diaspora*, in vanguard.ngr, 30 marzo 2017, all'URL *https://www.vanguardngr.com/2017/03/15-million-nigerians-diaspora-dabiri-erewa/* ; M. Fidelis, *17 million Nigerians living abroad, says government*, in Guardian.ng, 20.10.2017, all'URL *https://guardian.ng/news/17-million-nigerians-living-abroad-says-government/*.
[31] UNODC, *Transnational organized crime in the West African region*, New York 2005, all'URL *https://www.unodc.org/pdf/transnational_crime_west-africa-05.pdf*.; A.L. Mazzitelli, *Transnational Organized Crime in West Africa: The additional challenge*, in *International Affairs,* 6/2007, 1071 ss., all'URL *http://www.jstor.org/stable/4541911*; M. Di Liddo, F. Terenghi, A. Cerasuolo, V. Piol, *op. cit.*, 7 ss.

tra esse la pirateria marittima, atti di *armed robbery at sea*, rapine a mano armata e sequestri di persona.
Il Golfo di Guinea, sul quale si affaccia la Nigeria, è recentemente divenuto il principale *hotspot* della pirateria mondiale[32]. Gli atti di pirateria marittima ivi perpetrati sono di due tipi. Da un lato, vi sono atti a danno di petroliere impegnate in *ship-to-ship transfer operations*. In questo caso la petroliera presa d'assalto è costretta a dirigersi verso località costiere in cui il carico, o parte di esso, è trasferito su un'altra imbarcazione nella disponibilità dei pirati; le merci rubate sono poi vendute sul mercato nero nigeriano, negli altri Stati che si affacciano sul Golfo di Guinea o – soprattutto nel caso del petrolio – direttamente in *spot market* europei[33].
Dall'altro lato, vi sono atti di violenza nei confronti di qualsiasi genere di imbarcazione, eventualmente finalizzati al sequestro a scopo di estorsione dei membri dell'equipaggio o dei passeggeri delle navi. Rientrano in tale fenomeno gli atti di *armed robbery at sea*, generici atti di violenza perpetrati da membri dei *secret cults* nelle acque territoriali dello Stato, e assimilabili per struttura alle rapine a mano armata. Le rapine a mano armata costituiscono del resto un'attività tipica dei *secret cults*, che le realizzano con modalità particolarmente violente[34]. Tali gruppi dispongono difatti di un ampio ventaglio di opzioni criminali, possedendo di armi d'assalto leggere; commettono rapine anche di giorno, in grandi edifici commerciali, sia pubblici che privati, in sede stradale, a danno di automobilisti o camionisti[35]; non hanno remore ad effettuare azioni brutali.
Un fenomeno criminale parimenti diffuso e in costante aumento è infine il sequestro di persona a scopo di estorsione, *business* criminale particolarmente redditizio (tra il 2011 e il marzo 2020 si stima il complessivo pagamento di almeno 18 milioni di dollari come corrispettivo della liberazione delle vittime)[36] nel quale i *secret cults* dispongono di un elevato *know-how*.

---

[32] In un senso molto ampio, la pirateria marittima comprende qualsiasi violazione del diritto realizzata in mare. Si tratta di un fenomeno affrontato tanto dal diritto internazionale consuetudinario, per il quale ogni Stato è autorizzato alla cattura di una nave intenta a svolgere azioni di pirateria in acque internazionali, a prescindere dalla nazionalità della stessa e dei pirati, quanto dal diritto internazionale pattizio: si v. a riguardo la Convenzione di Ginevra del 1958, richiamata in toto dalla Convenzione ONU sul Diritto del Mare di Montego Bay del 1982, che definisce la pirateria come «ogni atto illecito di violenza, sequestro o depredazione, realizzato a fini privati, dall'equipaggio o dai passeggeri di una nave (o aeromobile) privata, diretta contro un'altra nave (o aeromobile) privata o contro persone o proprietà presenti sulla stessa, ovvero contro una nave (o aeromobile), persone o proprietà al di fuori della giurisdizione di uno Stato». L'intensificazione dell'attività criminale nel Golfo di Guinea è conseguenza della favorevole geografia fisica locale, dell'alto tasso di disordini e conflitti sociali e di ambienti politici relativamente permissivi, nonché dello sviluppo della filiera produttiva legata ai giacimenti petroliferi nigeriani. A riguardo si v. A. Kamal-Deen, *The anatomy of Gulf of Guinea piracy*, in *Naval War College Review*, 2015, 98 ss.

[33] Si nota in tale contesto l'infiltrazione di agenti dell'economia legale, quali *broker* o grandi finanzieri internazionali, attratti da un elevato volume di affari e talvolta mandanti di operazioni criminali nelle quali i *secret cults* sono utilizzati come esecutori materiali dell'azione. Possono inoltre apprezzarsi le ramificazioni internazionali delle organizzazioni criminali nigeriane con bande marocchine, venezuelane, libanesi, cinesi e russe per il trasporto del greggio trafugato, che – laddove non raffinato clandestinamente già in Nigeria – è trasportato verso Stati vicini per il raffinamento (il Ghana, il Camerun e la Costa d'Avorio), o persino nello *spot market* di greggio olandese, con sede ad Amsterdam. Le quantità di petrolio trafugate sono considerevoli: il Governo Federale nigeriano stima un contrabbando giornaliero di circa 300.000 barili, mentre stime più prudenti si riferiscono a quasi 80.000 barili. Cfr. J.V. Hastings, S.G. Phillips, *Maritime piracy business networks and institutions in Africa*, in *African Affairs*, 2015, 555-576,; M. Di Liddo, F. Terenghi, A. Cerasuolo, V. Piol, *op. cit.*, 32 ss. Del resto, anche il ruolo del Governo nigeriano è ambiguo ed è del tutto verosimile un coinvolgimento in tali attività di alcuni esponenti delle sue alte sfere politiche e militari: taluni gruppi militari talvolta partecipano a operazioni di *bunkering*, o stringono accordi con i *secret cults* per non intervenire in soccorso delle petroliere, dietro il pagamento di danaro.

[34] S. Ekpenyong, *Social inequalities, collusion and armed robbery in Nigerian cities*, in *The British Journal of Criminology*, 1989, 21 ss.; J. Nwalozie, *Armed Robbery In Nigeria – A qualitative study of young male robbers*, Manchester 2012.

[35] O persino, in talune occasioni, in stazioni di polizia: S.E. Otu, *Armed robbery and armed robbers in contemporary Nigeria: the social learning and model visited*, in *International Journal of Criminology and Sociological Theory*, 2010, 440 ss.

[36] Si tratta peraltro di un'attività nella quale i *secret cults* sono considerati veri e propri esperti, tanto che in alcuni casi sono contattati da politici locali per il rapimento di rivali. I sequestri di persona avvengono all'esito di azioni particolarmente violente e sono spesso condotti in strada, a danno di autisti di camion o di auto private. La richiesta per

3.2. Rientrano tra le attività criminali poste in essere sfruttando reti criminali internazionali e mezzi di comunicazione telematici, oggetto del programma criminale dei *secret cults*, il traffico internazionale di rifiuti e di sostanze stupefacenti, il traffico e la tratta di esseri umani e un'ampia serie di reati informatici. Si nota peraltro una differenza fenomenologica tra tali attività, nella misura in cui il traffico di umani, di sostanze e rifiuti avviene con la compartecipazione di organizzazioni criminali di altri Paesi, mentre le frodi informatiche sono solitamente – e unicamente – diretto appannaggio dei *secret cults*.

Vari e articolati sono gli atti di *cybercrime* commessi dai gruppi criminali nigeriani. Tra essi rientrano le *advanced fee fraud*, o frodi a pagamento anticipato (peraltro già diffuse in modo "analogico" a partire dagli anni '70 con il *boom* economico conseguente all'esportazione del petrolio)[37], particolarmente diffuse ed evolute in schemi diversi[38] anche grazie all'espansione dei servizi di *e-mailing*[39]; truffe sentimentali quali le *romance scam* (o *love scam*), nelle quali la vittima è adescata su siti di *meeting online*[40] e spinta a inviare danaro ed eventualmente immagini compromettenti, sessualmente esplicite[41]; la falsificazione di valuta e la produzione di documenti falsi.

I *secret cults* sono inoltre in grado di infiltrarsi in una fase qualsiasi del "ciclo dei rifiuti" (raccolta, stoccaggio, trasporto, smaltimento e riutilizzo) sfruttando, come si è anticipato, varie relazioni con

---

il riscatto di una singola persona ammonterebbe a 1.000 o 150.000 dollari, a seconda delle risorse economiche della vittima. Si v. il *report* del maggio 2020 redatto dall'impresa di consulenza nigeriana S.B. Morgen, *The economics of the kidnap industry in Nigeria*", reperibile all'URL *https://www.sbmintel.com/wp-content/uploads/2020/05/202005_Nigeria-Kidnap.pdf*.

[37] In questo periodo era diffusa la spedizione di *fax* e lettere dalla Nigeria all'estero in cui sedicenti esponenti del Governo o *ex*-capi di Stato proponevano investimenti molto dettagliati in attività redditizie correlate allo sfruttamento di giacimenti petroliferi di fatto inesistenti. Tali frodi sono altresì denominate "*419 scam*", dalla sezione applicabile del codice penale nigeriano, che punisce la condotta di «chiunque, fraudolentemente e sotto false pretese, ottiene da altre persone, ovvero le induce a consegnare, qualsiasi cosa che possa essere rubata». A riguardo si v. K.F. Durkin, R. Brinkman, *419 fraud: a crime without borders in a postmodern world*, in *International Review of Modern Sociology*, 2/2009, 271 ss.

[38] Ad oggi i contatti tra potenziali truffatori e potenziali vittime avvengono via *mail* (si parla a riguardo di BEC, *Business e-mail Compromise*). Solitamente i truffatori asseriscono di non poter disporre di una quantità ingente di danaro e chiedono un aiuto economico che verrà lautamente ricompensato, ovvero asseriscono di essere un'impresa o un dirigente di impresa che propone investimenti, o chiedono il pagamento di una tangente per evitare il pagamento delle tasse, oppure offrono un servizio chiaramente illegale, quale il riciclaggio di danaro attraverso il conto corrente della vittima. Le richieste sono solitamente molto dettagliate e verosimili, e spingono la vittima a condividere alcuni dati sensibili (ad esempio, il nome della propria banca, gli estremi del proprio conto corrente) con il truffatore. I dati personali sono quindi utilizzati per prosciugare il conto corrente della vittima. Gli operatori del "419" sono esperti del *web*, hanno ottima conoscenza delle pratiche governative e di commercio internazionali e, spesso, lavorano con avvocati, contabili e membri corrotti di agenzie di sicurezza governative. Cfr. UNODC, *Transnational Organized Crime*, cit., 24; FBI, *Nigerian Letter or '419' Fraud*, all'URL *https://www.fbi.gov/scams-and-safety/common-scams-and-crimes/nigerian-letter-or-419-fraud.*

[39] In uno schema che ad oggi assume di fatto tutte le caratteristiche del *phishing*, oramai forma tipica del *cybercrime* che consiste nell'invio massiccio di *e-mail* false con il fine di ottenere pagamenti o di introdurre un *malaware* nel sistema del destinatario che dovrà poi pagare un'elevata somma di danaro affinché venga sbloccato. Di recente, peraltro, si sono verificate alcune frodi informatiche a mezzo *e-mail* riconducibili a membri dei *secret cults* altresì in territorio italiano. In generale sul punto si v. A. Mattarella, *Il* cybercrime *nell'ordinamento italiano e le nuove prospettive dell'Unione Europea*, in *DPP*, 6/2022, 809 ss.

[40] Il truffatore crea un falso profilo utilizzando dati, foto, documenti di persone reali, reperite su vecchi *hardware* o *computer*: difatti la Nigeria, come si vedrà *infra*, è tra i primi collettori mondiali di rifiuti, elettronici e non, prodotti dall'Occidente.

[41] La truffa sentimentale era tra l'altro conosciuta già prima dell'avvento dei *social network*, e si estrinsecava nell'invio di lettere e foto agli abbonati a riviste per uomini; ciò avviene ancora, ma è una forma recessiva rispetto all'utilizzo del *web*, più semplice, veloce e sicuro. Tipicamente, lo schema è il seguente. Dopo la creazione del profilo (maschile o femminile, eterosessuale od omosessuale), si passa alla fase del *grooming*, in cui si adesca la vittima e si intrattiene la relazione fittizia, sostenuta dal reciproco scambio di foto – non immediatamente compromettenti – nonché di promesse di costruire una vita insieme; segue una fase in cui generalmente si chiede di inviare danaro, tendenzialmente in quantità esigue, cui può conseguire una crisi che viene "risolta" attraverso la richiesta di prestazioni sessuali dinanzi la *webcam* dopo le quali si può passare al ricatto della vittima, spinta a pagare affinché non vengano divulgate immagini compromettenti. M.T. Whitty, *Anatomy of the online dating romance scam*, in *Security Journal*, 2015, 443 ss.

altri attori criminali a proiezione transnazionale. In questo contesto spicca il ruolo dell'Africa quale destinazione per lo stoccaggio di numerosi rifiuti, provenienti tendenzialmente dall'Europa[42], e in particolare la posizione della Nigeria come principale regione in cui sono illecitamente raccolti i rifiuti occidentali[43].

Tra i crimini a spiccata proiezione estera rientra altresì il traffico internazionale di sostanze stupefacenti. L'intera Africa Occidentale è diventata a partire dagli anni '80 un *hub* di stoccaggio e di transito di stupefacenti[44]. In specie, la Nigeria rappresenta uno tra i principali Paesi di transito per la cocaina[45], che da lì è spacciata direttamente in Africa o inviata in Europa: in questo caso, il trasporto delle sostanze avviene per vie aeree grazie ai corrieri, anche ovulatori[46], ovvero – in dosi maggiori – per vie marittime, mediante navi portacontainer, tendenzialmente dirette nei Paesi Bassi, oppure ancora per vie miste terrestri e marittime passando dal Nord Africa e successivamente dal Mar Mediterraneo.

La criminalità nigeriana è altresì ampiamente coinvolta nella tratta e nel traffico di esseri umani.

Nota è la differenza empirico-criminologica tra tali forme di criminalità: mentre il traffico di persone attiene all'infrazione delle norme concernenti la disciplina dell'immigrazione, la tratta di esseri umani concerne lo sfruttamento, l'abuso, il raggiro della vittima[47].

---

[42] Si stima che circa il 25% dei rifiuti inviati dall'UE ai Paesi in via di sviluppo in Africa avvenga violando le normative internazionali. Si v. Commissione Parlamentare di Inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati, presieduta dall'on. C. Braga *et al*., *Relazione su aspetti critici e fenomeni illeciti nel traffico transfrontaliero di rifiuti*, 2018, all'URL *https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/336064.pdf*. Per un inquadramento dei rapporti tra le autorità italiane e nigeriane in relazione al traffico di rifiuti diretto dall'Italia alla Nigeria in un particolare momento storico (la fine degli anni '80), si v. A. Carnì, *La rotta nigeriana del traffico di rifiuti tossici italiani (1987-1988)*, in *Riv. Studi Ricerche Crim. Org.*, 2/2021, 30 ss.; più in generale, si v. M. Bellacosa, *Il contrasto in Europa al traffico illecito di rifiuti pericolosi su base transnazionale*, in *DPenCont* 2019, 178 ss.

[43] In specie, la Nigeria raccoglie la quasi totalità dell'*e-waste* occidentale. L'*e-waste* comprende l'insieme di rifiuti tecnologici, quali *computer*, stampanti, apparecchi elettromedicali, lavatrici, frigoriferi, televisioni, telefoni o altri apparecchi elettronici. Si v. *Interpol operation targets illegal trade of e-waste in Europe, Africa, online* sul sito dell'INTERPOL dal 25 febbraio 2013, all'URL *https://www.interpol.int/News-and-Events/News/2013/INTERPOL-operation-targets-illegal-trade-of-e-waste-in-Europe-Africa*. Tali rifiuti sono accatastati in siti informali di smaltimento produttivi di un sempre maggiore inquinamento e costituenti altresì il presupposto per più opportunità criminali: difatti dalle apparecchiature elettroniche non correttamente smaltite è possibile ricavare informazioni sensibili quali foto, numeri di conti correnti, *password*, che, come si è visto, costituiscono occasioni criminali per vari schemi di frode, nei quali si è recentemente specializzata la criminalità organizzata nigeriana.

[44] Nel 2007 si è stimato per la prima volta come il 27% della cocaina consumata annualmente in Europa transitasse dall'Africa Occidentale. Questa percentuale, corrispondente a circa 40 tonnellate di sostanza, avrebbe un valore (stimato tenendo conto dei prezzi applicati ai consumatori diretti) di circa 1.8 miliardi di dollari. Le ragioni per il maggiore coinvolgimento dell'Africa Occidentale si troverebbero in tre fattori: la necessità di aprire nuove rotte per il traffico di stupefacenti; la posizione geografica dell'Africa Occidentale; un "ambiente lavorativo" ideale per i trafficanti di droga conseguente alla diffusa corruzione e alla scarsa capacità di *law enforcement* tipiche della regione. Si v. UNODC, *Cocaine trafficking in Western Africa: the threat to stability and development*, e *Cocaine trafficking*, cit., all'URL *https://www.unodc.org/pdf/dfa/Cocaine-trafficking-Africa-en.pdf*; UNODC, *Transnational Organized Crime*, cit, 21 ss.

[45] La produzione di cocaina insiste prevalentemente nel Sud America. Si stima che nel 2017 l'area mondiale ricoperta da coltivazioni di cocaina ammontasse a circa 245.000 ettari (più di 340 campi da calcio regolamentari), per un aumento del 15% rispetto all'anno precedente; nello stesso anno sarebbero state prodotte globalmente 1.976 tonnellate di cocaina pura al 100%, con un aumento rispetto all'anno precedente pari al 25%.

[46] Trattasi di soggetti che ingoiano diverse quantità di cocaina racchiusa in involucri di plastica di varie grandezze (più di recente, gli ovuli misurano 5g e sono trattati con sostanze tali da evitare che siano scoperti nei controlli aeroportuali) per poi recuperare la sostanza quando il viaggio giunge al termine. I compensi per gli ovulatori, che corrono rischi mortali connessi all'eventuale rottura dell'ovulo nell'intestino, si aggirano intorno ai 6.000 euro. Per assicurare il passaggio dei trasportatori in occasione dei controlli ai *terminal* aeroportuali vi sono più persone "pulite" che mirano a calamitare l'attenzione delle forze dell'ordine per distoglierle dai "veri" corrieri.

[47] La distinzione tra tratta di esseri umani (*human trafficking*) e traffico di persone (*human smuggling*) risiede dunque nella diversità dell'ambito di tutela: vita e dignità umana per la tratta, gestione dei flussi migratori per il traffico, a ciò corrispondendo altresì una diversa qualificazione del soggetto passivo, tendenzialmente vittima per la tratta e "mero migrante" – se non persino fruitore di servizi – per il traffico di esseri umani. Devesi comunque sottolineare come la distinzione apparentemente nitida presenti in realtà confini assai fluidi. In generale, sulla tratta di esseri umani, si v. C. Bernasconi, *La repressione penale della tratta di esseri umani nell'ordinamento italiano*, in *La lotta alla tratta di esseri*

Della tratta di esseri umani finalizzata allo sfruttamento sessuale, lavorativo e dell'accattonaggio forzato si parlerà più nel dettaglio nel paragrafo successivo, perché tali reati – come avviene per lo spaccio al minuto di sostanze stupefacenti – consentono ai *secret cults* di introdursi nei mercati criminali italiani e di ricoprirvi posizioni di pregio. A riguardo, è qui sufficiente sottolineare come la Nigeria (segnatamente, il Sud del Paese), rappresenti uno dei principali *hotspot* di partenza per la rotta mediterranea di tratta e traffico di esseri umani. In tali contesti i *secret cults* sfruttano relazioni criminali con altri gruppi per consentire il passaggio verso l'Europa. Generalmente il coinvolgimento dei *cults* afferisce alle fasi iniziali del viaggio, consistenti nel reclutamento e nel trasporto verso i porti dell'Africa settentrionale, ma talvolta si nota un loro intervento altresì nelle fasi di trasporto marittimo dei migranti.
I proventi derivanti dalla commissione degli illeciti di cui si è detto sono infine reinvestiti nel finanziamento delle stesse attività illecite, ovvero "ripuliti" e introdotti nell'economia legale attraverso opere di riciclaggio di danaro che consentono ai *secret cults* di porsi quali legittimi attori economici[48]. Vi sono vari sistemi per raccogliere il danaro ottenuto dalle varie attività illecite: spesso è utilizzato il sistema dell'*hawala*[49], ovvero si impiegano *money transfer*, servizi di PostePay o conti bancari di prestanomi. Una volta raccolto, il danaro è reinvestito localmente, solitamente in proprietà immobiliari nello Stato di Edo e nelle città di Lagos e Port Harcourt, ma anche all'estero in attività lecite di vario tipo, come *African-market*, centri di bellezza o piccoli ristoranti a specialità etniche.

4. Si è già anticipato come i *secret cults* siano in grado di sfruttare i flussi migratori che interessano la Nigeria per espandersi e radicarsi in nuovi Paesi mediante l'introduzione nella scena illecita locale. Occorre ora concentrare l'attenzione sulla situazione italiana, della quale saranno analizzati i mercati criminali nei quali agiscono i *secret cults* e i rapporti di questi con le altre organizzazioni criminali – autoctone e non – ivi operanti. Necessario è tuttavia premettere talune informazioni di natura generale relative alle comunità nigeriane in Italia, all'interno delle quali prospera l'attività delle conventicole oggetto di studio.

4.1. I primi segnali di attività illecite dei *secret cults* risalgono ai primi anni '90 e si collocano nelle zone del litorale domizio e nella provincia di Caserta. Negli anni successivi le conventicole in parola hanno esteso la loro area di attività nelle Isole, nella Capitale e nelle zone del Nord Italia, sfruttando il progressivo approdo dei migranti nigeriani, prevalentemente originari dello Stato di Edo e delle

umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno, a cura di S. Forlati, Napoli 2013, 69 ss.; L. Goisis, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani*. Smuggling of migrants *e* trafficking in persons*: la disciplina italiana*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18.11.2016; A. Spena, *L'incriminazione dello* smuggling of migrants *in Europa: una ricognizione comparatistica*, in *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, a cura di V. Militello, A. Spena, A. Mangiaracina, Torino 2019, 141 ss.; C. Stoppioni, *Tratta, sfruttamento e* smuggling*: un'ipotesi di* finium regundorum *a partire da una recente sentenza*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 24.1.2019; A. Caputo, *Sui rapporti tra i reati di tratta di persone e di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, nota a Cass. 3.6.2021 n. 31650, in *GI* 1/2022, 203 ss.; S. Seminara, *I delitti contro la persona*, in R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*[2], Torino 2022, 2 ss.

[48] Tre le fasi del *money laundering*: la prima fase, detta *placing*, è la fase di raccolta dei guadagni; segue la fase di stratificazione (*layering*) degli stessi, che vengono lentamente introdotti nell'economia lecita; infine, c'è il reimpiego dei fondi illeciti in attività lecite: questa è l'ultima fase, detta *integration*.

[49] Si tratta di un sistema informale di pagamento poggiante su rapporti fiduciari tra più soggetti. In particolare, lo schema dell'*hawala* è il seguente. Un debitore-cliente, che deve effettuare un pagamento a distanza, consegna la somma di danaro a un *hawaladar*; costui lascia al cliente una "ricevuta", cioè un codice alfanumerico o una parola specifica, comunicandola altresì a un secondo *hawaladar* che si trova nel luogo dove sarà adempiuta l'obbligazione; il debitore comunica quindi il codice al proprio creditore; infine, il creditore, per riscuotere il *quantum*, si rivolge all'*hawaladar* locale comunicandogli la "ricevuta". Il secondo *hawaladar* è un soggetto che dispone di danaro contante da liquidare. Sul sistema di pagamento dell'*hawala* si v. A. Quattrocchi, *La rilevanza penale del sistema di pagamento '*hawala*' nelle condotte di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *www.penalecontemporaneo.it* 05.2.2019; S. Vitale, *Riciclaggio e prevedibilità della risposta penale: interpretazioni giurisprudenziali dubbie e soluzioni* de jure condendo, in *RTrimDPenEc* 3/2021, 639 ss.

aree limitrofe al delta del Niger, per i quali l'Italia rappresenta il principale Paese di insediamento nell'Unione Europea[50]. La diffusione dei *secret cults* sul territorio italiano è stata dunque favorita da più fattori[51]. Per un verso, questi sodalizi hanno sfruttato a loro favore i flussi migratori e si sono insinuati nelle comunità nigeriane – e quindi sul territorio italiano – utilizzando elevate capacità mimetiche e mantenendo in buona sostanza un basso profilo criminale. Per altro verso, la flessibilità e la capacità dei *secret cults* di intraprendere proficue relazioni criminali con differenti attori ha consentito loro di adeguarsi al contesto illecito locale e di assumere ivi sempre maggiori spazi[52].
Ad ogni modo, l'espansione in Italia non ha inciso sulle caratteristiche organizzativo-strutturali proprie dei *secret cults*.
Così, mentre da un punto di vista orizzontale i singoli gruppi agiscono in modo indipendente[53], da un punto di vista verticale rimane un saldo rapporto gerarchico tra le varie cellule e il responsabile per lo Stato di insediamento, a sua volta direttamente dipendente dai vertici del *cult*, solitamente stanziati in Nigeria[54]. Inoltre, anche all'estero, i *secret cults* conservano, rafforzandola, la propria tendenziale impermeabilità rispetto a terzi: i loro membri comunicano mediante idiomi e codici di comunicazione particolari; tendono a fidarsi unicamente di soggetti provenienti dal medesimo contesto locale o etnico-famigliare, preferibilmente presentati da affiliati; utilizzano pratiche violente finalizzate a rinsaldare la coesione, l'omertà e l'assoggettamento psicologico degli altri affiliati ai vertici del *cult*. La violenza – prevalentemente morale, nella forma della minaccia – è inoltre impiegata all'esterno del sodalizio nei confronti degli appartenenti alla locale comunità nigeriana, in modo da ottenere un maggiore controllo dell'area di insediamento e generare una diffusa omertà che ne garantisce la

[50] La presenza di cittadini nigeriani in Italia risale agli inizi degli anni '80, in concomitanza con i primi flussi migratori in entrata che hanno interessato la Penisola. Questi ingressi, spesso irregolari, hanno interessato prevalentemente le Regioni del Nord Italia: le prime comunità si sono infatti formate in Piemonte, in Veneto, in Lombardia e in Emilia-Romagna, ancora oggi principali territori di residenza della comunità nigeriana in Italia. In particolare, la popolazione nigeriana regolarmente residente in Italia – ammontante al 1° gennaio 2021 a 91.619 persone, a costituire la prima comunità nigeriana in Europa – è prevalentemente composta da persone di sesso maschile (quasi il 55%) e si caratterizza per un'età media bassa (28 anni), in parte dovuta all'ampia presenza di minori (quasi il 26% della comunità), e per il più alto tasso di disoccupazione rispetto alle altre comunità straniere (nel 2020 risultava occupato il 49,4% della comunità, una quota inferiore di circa 7 punti percentuali a quella complessivamente rilevata sugli altri cittadini *extra* UE). Si tratta inoltre della comunità straniera con il minor numero di titolari permessi di soggiorno UE di lungo periodo. I dati sono tratti dal rapporto annuale del 2021 sulla presenza dei migranti relativo alla comunità nigeriana in Italia a cura del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali; il *report* è consultabile all'URL: *https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/studi-e-statistiche/Documents/Rapporti%20annuali%20sulle%20comunit%C3%A0%20migranti%20in%20Italia%20-%20anno%202021/Nigeria-rapporto-2021.pdf*. Questi dati, insieme a quelli relativi alle acquisizioni di cittadinanza, alla partecipazione sindacale e alla celebrazione di matrimoni misti, danno la misura di una comunità il cui processo di definitiva integrazione non è ancora compiuto.
[51] Vari e numerosi sono i *secret cults* dislocati in Italia. Degne di nota, per numero di componenti, sono le cellule italiane di *Black Axe* e di *Supreme Eiye Confraternity*. Nello specifico, il primo *cult* sarebbe presente soprattutto in Piemonte, Campania, Puglia, Sicilia, a Bologna e Roma. Invece, il *cult Supreme Eiye Confraternity*, sarebbe insediato in alcune grandi città del Nord – Torino, Brescia, Verona, Padova – nonché a Roma, Napoli e Castel Volturno. Vi sono poi i *Vikings*, attivi in Piemonte, Marche, nelle province di Ferrara, Reggio Emilia, Bari e nelle Isole, ed i *Maphite*, di gran lunga il *cult* più diffuso. *Maphite* dispone infatti di quattro articolazioni territoriali fondamentali: una in Emilia-Romagna, Toscana e Marche; una in Piemonte, Liguria e Lombardia; una per Lazio, Campania, Abruzzo e Calabria; una, infine, per le Isole. Ai gruppi qui ricordati si aggiungono infine alcuni *cults* minori, quali i *Black Cats*, attivi nell'area di Casal di Principe (CE), Padova e Aversa (CE), i *Buccaneers* e gli *AYE*.
[52] Fondamentale l'impiego di comportamenti adattivi, autoplastici, in forza dei quali le azioni e le strutture tipiche dei *cults* sono modificate in funzione dell'ambiente in cui ci si trova ad operare, per renderle ad esso adeguate, analogamente a come si atteggiano le associazioni di tipo mafioso tradizionali nell'espansione in altri contesti spaziali. Cfr. R. Sciarrone, *op. cit.*, 137 ss.
[53] M. Di Liddo, F. Terenghi, A. Cerasuolo, V. Piol, *op. cit.*, 44 ss., ove si descrivono i *secret cults* come nodi di una rete criminale transnazionale, o vere e proprie *holding* criminali.
[54] Le singole unità di base, di varia grandezza (orientativamente formate da quaranta o cinquanta persone), sono allocate in modo disomogeneo sul territorio. In esse, sono rari i contatti tra i vertici del *cult* ed i soggetti che rivestono ruoli di bassa manovalanza criminale. Cfr. F. Carchedi, *La criminalità transnazionale nigeriana*, in *Mafie straniere in Italia. Come operano, come si contrastano*, a cura di F. Carchedi, S. Becucci, Milano 2016, 29 ss.

prosecuzione degli interessi criminali e riduce il rischio di denunce o collaborazioni con organi dello Stato[55]. Del resto, la violenza caratterizza altresì i rapporti tra i diversi *secret cults*, che rimangono prevalentemente conflittuali e contraddistinti da una perenne tensione allo scontro, finalizzato all'esercizio del controllo sul territorio e sulle attività illecite ivi perpetrate[56]. Peraltro, contrariamente a quanto avviene in Nigeria, tali attività sono solitamente compiute mantenendo un basso profilo criminale[57], in un contesto di alta mobilità sul territorio[58] che assume talvolta i tratti del pendolarismo.

4.2. È ora necessario definire l'area di attività criminale dei *secret cults* attivi in Italia.
I mercati illeciti nei quali agiscono le conventicole oggetto di studio sono più ristretti rispetto a quelli tipici nigeriani: i *secret cults* presenti in Italia si occupano principalmente di traffico di migranti, di traffico e spaccio di sostanze stupefacenti e della tratta di esseri umani finalizzata allo sfruttamento sessuale e lavorativo[59], nonché di una serie di reati che orbitano intorno a tali interessi criminali (ad esempio, la falsificazione di documenti)[60]. Poiché si è già avuto modo di trattare – ancorché in breve – del traffico di migranti[61], nel presente paragrafo ci si concentrerà prevalentemente sulla tratta di

[55] Aspetto sul quale influisce altresì la tendenza all'isolamento delle comunità nigeriane, isolamento favorito dalla loro relativa autosufficienza (ciascuna comunità è composta da numerosi membri) e da barriere linguistiche rese più solide dalle scarse possibilità di trovare progetti di integrazione efficaci ed inclusivi.
[56] *Relazione semestrale* ad opera della D.I.A. per il 2° semestre 2018, cit., 511 ss.
[57] Questa caratteristica consente ai gruppi in parola di coesistere con altri sodalizi maggiori, presenti sul territorio, dei quali anzi talvolta facilitano le operazioni, entrando in contatto con loro. Cfr. P. Williams, *Nigerian criminal organizations*, in *The Oxford Handbook*, cit., 254 ss.
[58] Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, XIV Legislatura, *Relazione annuale per l'anno 2003*, 179.
[59] Si tratta peraltro di mercati dalla spiccata caratura internazionale, nei quali le organizzazioni criminali nigeriane hanno avuto modo di specializzarsi, assumendo un ruolo di primo piano sia a livello globale che ad un livello più circoscritto al territorio italiano. La specializzazione dei *secret cults* in tali settori è stata favorita da una convergenza di più fattori; tra i vari, si possono menzionare la posizione geografica della Nigeria, la corruzione sistemica all'interno di quel Paese, che procede di pari passo con lacune di organico all'interno delle agenzie investigative africane e, infine, l'espansione all'estero delle comunità nigeriane. Cfr. M. Di Liddo, F. Terenghi, A. Cerasuolo, V. Piol, *op. cit.*, 47 ss.
[60] A tali interessi criminali si aggiunge peraltro la commissione di alcuni delitti contro il patrimonio (es. estorsioni, danneggiamenti) a danno di appartenenti alla comunità nigeriana. Non vi sono invece evidenze di sequestri di persona a scopo di estorsione, né di rapine a mano armata, o, quantomeno, di rapine a mano armata perpetrate nei modi diffusi e particolarmente violenti tipici della scena illecita domestica, nigeriana.
[61] Il traffico di migranti è tipicamente ricondotto alla violazione della disciplina migratoria di un determinato Paese. Ciò avviene solitamente all'esito di un accordo tra due parti: un potenziale migrante che non è messo nelle condizioni di affrontare il viaggio in modo legale e uno *smuggler* (ovvero, una rete di contrabbandieri) che offre i propri servizi, in termini di trasporto o fornitura di documenti falsi, dietro il pagamento di una somma di danaro. Al traffico di migranti è dedicato il Protocollo Addizionale n. 2 alla Convenzione di Palermo del 2000, il cui art. 3 dà una definizione della condotta di *human smuggling* tale da ricomprendere "il procurare, al fine di ricavare direttamente o indirettamente un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente". A norma dell'art. 1 del medesimo Protocollo, peraltro, che estende alle sue disposizioni l'applicabilità dell'intera disciplina della Convenzione di Palermo, tale condotta può integrare un reato transnazionale, commesso da un gruppo criminale organizzato. Il Protocollo Addizionale si occupa poi di predisporre misure di cooperazione avverso il traffico di migranti via mare (art. 8) e di imporre (art. 6) ad ogni Stato Parte di adottare le misure necessarie ad attribuire il carattere di reato al traffico di migranti, alla fabbricazione di documenti (di viaggio o di identità) fraudolenti utilizzati per consentire il traffico di migranti, nonché al fatto di permettere ad una persona che non è cittadina o residente permanente di rimanere indebitamente nello Stato interessato, tramite qualsiasi mezzo illegale. Devesi peraltro osservare la parziale discrasia tra le direttive sovranazionali trasfuse nella l. 146/2006 e l'art. 12 d. lgs. 286/1998, più volte modificato, che sanziona ad oggi il mero favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (integrata da chiunque, violando le disposizioni del T.U., «promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio italiano, ovvero compie altri atti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio di uno Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente»). È assente dalla disposizione – che pure è coerente con la disciplina europea, di cui alla Direttiva 2002/90/CE – il fine di profitto, richiesto invece dalla l. 146/2006 (così come paiono esorbitare dallo spettro di tutela della fattispecie contenuta nel TuImm l'incolumità fisica e il patrimonio del migrante, ai quali invece la l. 146/2006 sembra alludere). Peraltro, non sempre tale asimmetria è rilevata dalla dottrina italiana, che, verosimilmente, considera sufficiente il recupero della finalità di profitto in funzione di circostanza aggravante speciale ai sensi del co. 3-*ter* dell'art. 12 TuIMM (e, verosimilmente, considera l'incolumità fisica e patrimoniale del migrante adeguatamente

esseri umani e sullo spaccio al dettaglio di sostanze stupefacenti.
La tratta di esseri umani comprende una serie di condotte finalizzate allo sfruttamento sessuale o lavorativo di persone[62] e si presenta come un fenomeno criminale strutturato su più fasi: vi è anzitutto la selezione delle vittime, individuate in Nigeria e solitamente convinte a partire attraverso l'inganno[63]; segue la fase di trasporto delle vittime, che si esplica nella pianificazione del viaggio[64] e nell'ottenimento dei documenti e degli alloggi necessari[65]; vi è infine lo sfruttamento propriamente detto, che avviene su territorio italiano[66]. Definiti i tratti essenziali del fenomeno criminale in questione, è necessario sottolineare le peculiarità della tratta finalizzata allo sfruttamento sessuale[67]

tutelate dalle fattispecie in materia di tratta). A quest'ultima aggravante si aggiunge inoltre quella autonoma a affetto speciale *ex* art. 12 co. 3 TuIMM che sanziona l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio statale di cinque o più persone, ovvero la commissione del fatto da tre o più persone in concorso tra loro o mediante servizi internazionali di trasporto o documenti contraffatti. Ad ogni modo, queste previsioni paiono ben adattarsi alle condotte tipiche, in tale contesto, del sistema criminale nigeriano, che si presenta nelle forme di una rete operante su una dimensione globale, strutturata su almeno tre livelli organizzativi. Ad un livello più alto si troverebbero le organizzazioni etniche, che hanno il compito di pianificare il trasferimento delle persone dal Paese di origine a quello di destinazione, ma che non prendono parte al trasferimento e al trasporto; questi soggetti, solitamente residenti all'estero, curano la fase del reclutamento dei futuri migranti agendo in modo sostanzialmente imprenditoriale. Ad un livello intermedio si collocano invece le organizzazioni operanti in territori strategici per il passaggio della rotta migratoria, che si occupano di predisporre veri e propri centri in cui ospitare i migranti, in attesa che si presentino le condizioni favorevoli per assicurare l'ingresso delle persone nel luogo di destinazione, di cui si occupa un terzo livello di queste organizzazioni. Quest'ultimo livello è solitamente costituito da sodalizi criminali minori che ricevono e smistano i migranti, curandone il passaggio per i luoghi di confine ed eventualmente consegnandoli ad altre organizzazioni criminali minori, ovvero ai rappresentanti locali di quelle di primo livello.

[62] L'art. 3 del Protocollo Addizionale sulla tratta di persone alla Convenzione ONU del 2000 definisce "tratta di persone" il «reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento», precisando che «lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi». Irrilevante l'eventuale consenso della vittima qualora siano impiegate le condotte menzionate nel protocollo.

[63] Negli ultimi anni i *social network* hanno assunto maggiore rilievo ai fini del reclutamento delle future vittime di tratta. Anche per questo motivo, in alcuni, sporadici casi le future vittime di sfruttamento sessuale sono consapevoli di ciò che aspetta loro una volta giunte nei Paesi di destinazione, decidendo nondimeno di prostituirsi perché attratte dalle prospettive di elevati guadagni. Talora sono invece le famiglie a spingere le giovani verso tali attività.

[64] Che, nella rotta terrestre e marittima, prevede l'attraversamento del deserto del Niger sino alle coste della Libia.

[65] Il trasporto è gestito in sinergia con altri gruppi criminali, solitamente libici, i quali peraltro sono soliti sottoporre le vittime di tratta a soprusi in diretta telefonica con i familiari per ottenere da questi ultimi il pagamento di riscatti. Frequente è altresì la formazione di macro-gruppi criminali a geometrie variabili e a etnie miste, libico-nigeriane, per gestire il trasporto delle vittime di tratta dall'Africa sub-sahariana sino ai porti del Maghreb.

[66] Spesso, peraltro, le vittime di tratta sono condotte in altri Paesi (Spagna, Francia, Germania, Austria) ove sono costrette a prostituirsi da cellule locali dei *secret cults*.

[67] Empiricamente recessiva, quantomeno in relazione alle attività illecite dei *secret cults*, la tratta di esseri umani finalizzata all'accattonaggio forzoso e allo sfruttamento lavorativo. In questi casi i soggetti sfruttati sono (tendenzialmente) giovani uomini di varie nazionalità ed etnie, provenienti prevalentemente dall'Africa subsahariana e costretti, nel primo caso, a mendicare in varie città italiane, soprattutto nelle regioni del nord, e, nel secondo caso, a fornire bassa manovalanza nella filiera agroalimentare nelle regioni del sud (e in alcuni casi del nord-est). In entrambi i casi le vittime di tratta sono costrette a devolvere una parte sostanziale del ricavato giornaliero ai *secret cults* e a sottostare alle loro imposizioni: il che ad esempio comporta, per quanto attiene all'accattonaggio, il frequente ricorso al pendolarismo. Rispetto a tali forme di sfruttamento, peraltro, non vi è evidenza di pratiche rituali mistico-religiose finalizzate ad ottenere il dominio psichico della vittima (come avviene invece nel contesto dello sfruttamento sessuale), della quale è nondimeno sfruttata la condizione di sostanziale vulnerabilità, marginalità: le vittime di tratta sono sovente private dei documenti e costrette ad obbedire agli ordini dei *secret cults* dietro minacce di ritorsioni ai familiari rimasti in Nigeria, in favore dei quali gli sfruttati sono soliti operare – ingenti – rimesse economiche tramite servizi di *money transfer*.

di giovani donne nigeriane[68] costrette a prostituirsi[69]. Fondamentale è in questo ambito il ruolo delle *madam, ex* vittime di tratta inserite tra gli apicali dei *cults* e anello di congiunzione tra questi e le vittime di tratta[70]. Le *madam* si occupano anzitutto di individuare le future vittime e di contattare uno stregone (*juju priest*) per celebrare un rito *juju* propiziatorio per il viaggio[71], all'esito del quale la futura vittima presta un solenne giuramento di ripagare interamente il debito di viaggio[72] e di obbedire ciecamente al *juju priest*, alla *madam* presente durante il rituale, stanziata in Nigeria, e a quella affidataria per il luogo di destinazione. All'esito del rituale, la vittima di tratta è difficilmente in grado di liberarsi dall'asservimento psicologico nel quale si trova. E difatti, al timore di conseguenze esoterico-spirituali derivanti dal mancato rispetto degli impegni assunti con rito *juju*, si aggiungono il timore di violenze corporali dirette e di ritorsioni nei confronti dei famigliari rimasti in Nigeria. Il risultato ultimo di tali condotte è l'annullamento e l'accecamento della volontà delle vittime di tratta, soggette ad un costante e pesante condizionamento psicologico che le costringe ad uno stato di sostanziale schiavitù.

Il descritto fenomeno criminale rientra nello spettro di tutela penale approntato dagli artt. 600 (riduzione o mantenimento in schiavitù), 601 (tratta di persone) e 602 (acquisto e alienazione di

[68] A livello globale, le vittime di tratta di persone finalizzata allo sfruttamento sessuale sono prevalentemente di nazionalità nigeriana; di queste, più di un quarto (il 26%) risulta esser minorenne. Per quanto attiene al contesto italiano, tra il 2016 e il 2020, i denunciati e/o arrestati in relazione a tale fenomeno sono principalmente di nazionalità nigeriana (871 segnalazioni complessive tra il 2016 e il 2019, 144 nel 2020, anno, peraltro, notoriamente segnato dai *lockdown* correlati all'emergenza COVID-19): cfr. Dipartimento di Pubblica Sicurezza – Direzione centrale della Polizia Criminale, Servizio Analisi Criminale, *La tratta degli esseri umani in Italia. Focus*, Roma 2021, all'URL: *https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2021-04/focus_la_tratta_10mar2021_10.30.doc1_.pdf*.

[69] La prostituzione di donne nigeriane è un fenomeno noto alle cronache italiane da circa trent'anni, ma solo di recente è messo in relazione alle attività tipiche della criminalità organizzata di matrice straniera. I componenti di tali sodalizi predispongono i mezzi necessari all'attività – trasporto a, e monitoraggio del, luogo di prostituzione (*joint*, se un luogo aperto, *connection house*, se un luogo chiuso), contraccettivi, vestiti – e pretendono l'integrale versamento dei proventi giornalieri; in alternativa, scattano minacce e violenze di vario genere. Il prezzo delle prestazioni sessuali oscilla generalmente tra i €20 ed i €30 ed è imposto dalle *madam* (per le quali si v. subito *infra*), che traggono elevati profitti da ciascuna ragazza (si stimano circa €1.500-€2.000 al mese). Cfr. S. Becucci, *La criminalità organizzata di origine straniera in Italia. Una proposta di analisi secondo la prospettiva transnazionalista*, in *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di G. Fiandaca, C. Visconti, Torino 2010, 15 ss.; EASO, *Informazioni sui Paesi di Origine. Nigeria: la tratta di donne a fini sessuali*, Lussemburgo 2015; C.S. Baarda, *Human trafficking for sexual exploitation from Nigeria into Western Europe: the role of voodoo rituals in the functioning of a criminal network*, in *European Journal of Criminology*, 2016, 257 ss.; F. Carchedi, *La criminalità transnazionale nigeriana. Alcuni aspetti strutturali*, in *Mafie straniere in Italia*, cit., 32 ss.; L. Palmisano, *Ascia Nera. La brutale intelligenza della mafia nigeriana*, Roma 2019; M. van der Watt, B. Kruger, *Exploring* 'juju' *and human trafficking: towards a demystified perspective and response*, in *South African Review of Sociology*, 2017, 70 ss.; *Relazione semestrale* ad opera della D.I.A. per il 2° semestre 2019, 616; G.A. Antonopoulos, G. Baratto, A. Di Nicola, P. Diba, E. Martini, G. Papanicolaou, F. Terenghi, *Technology in human smuggling and trafficking*, Cham, 2020; L. Ravagnani, C.A. Romano, *L'influenza dei riti* voodoo *nel fenomeno della tratta di donne dalla Nigeria in alcune sentenze di merito*, in *Rass. it. crim.* 2021, 6 ss.; A. Di Nicola, G. Musumeci, *Cosa loro, cosa nostra. Come le mafie straniere sono diventate un pezzo d'Italia*, Milano 2021.

[70] Varie sono le tipologie e le funzioni delle *madam*. A una o più *Grand madam*, che stringe il patto rituale con le vittime di tratta, sono sottoposte le *Madam boss*, alle quali rispondono le *madam* "semplici", incaricate di intrattenere rapporti diretti con le *sister*, che controllano le donne fatte prostituire, e con i *brother*, in contatto con la bassa manovalanza criminale. A riguardo, si v. F. Carchedi, *op. cit.*, 45 ss.

[71] Il rito è celebrato in appositi luoghi di culto ove la vittima è accompagnata unicamente dalla *madam* e fatta denudare dianzi al *juju priest*, dal quale subisce l'inflizione di tagli rituali sul corpo. Il *juju priest* invoca quindi divinità maligne a testimoniare l'obbedienza della vittima e ne ricopre le ferite con una pozione magica che veicola gli spiriti nel corpo di questa, a suggellare l'impegno preso. Dopodiché, il *juju priest* raccoglie tessuti corporei della donna e li consegna alla *madam* o ai trafficanti, che diventano "proprietari" della giovane; segue il sacrificio di un animale e la sottoposizione di una pozione alla vittima. La cerimonia è spesso ripetuta nel paese di destinazione, in presenza della *madam* locale, per confermare gli impegni assunti. Il sistema della doppia *madam* garantisce un maggiore controllo della vittima di tratta.

[72] Il debito di viaggio è originariamente contratto in *naira*, moneta locale nigeriana, e poi convertito *sic et simpliciter* in euro. Si tratta di cifre generalmente oscillanti in origine intorno ai 30.000,00 *naira*, trasformati in €30.000,00 all'arrivo in Italia, ma la somma è in costante aumento per via di costi "sommersi" (l'affitto dei luoghi di prostituzione, ecc.) che, di fatto, raramente consentono alla vittima di ripagare l'intero.

schiavi)[73]. Tali disposizioni, accomunate dall'elevata cornice edittale, sono state oggetto di una complessiva riforma a seguito della l. 11.8.2003, n. 228 e, più recentemente, del d. lgs. 4.3.2014 n. 24; la riforma ha altresì introdotto un nuovo co. 6 nell'art. 416 Cp, quale aggravante ad effetto speciale tesa a sanzionare la partecipazione e la direzione di associazioni per delinquere finalizzate a commettere delitti in materia di tratta e di favoreggiamento dell'immigrazione *ex* art. 12 co. 3-*bis* d. lgs. 25.7.1998 n. 286[74].

L'art. 600 Cp sanziona, con la reclusione da otto a venti anni, la riduzione o il mantenimento in schiavitù o in servitù. Convivono nella norma due differenti incriminazioni, entrambe contenute nel co. 1 e costituenti reati comuni: la riduzione in schiavitù, integrata dall'esercizio di poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà, e la riduzione in servitù, consistente invece nella riduzione della vittima in uno stato di soggezione continuativa finalizzata a prestazioni lavorative o sessuali o ad altre forme di sfruttamento[75]. Ai sensi del co. 2 dell'art. 600 Cp la riduzione o il

[73] Tra i tanti, si v. L. Goisis, *op. cit*.; F. Parisi, *Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi*, in *RIDPP* 4/2016, 1763 ss.; L. Ferla, *Commento agli articoli 600-609 del codice penale*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, Milano 2017, 1940 ss.; F. Urban, *La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della normativa sovranazionale e internazionale anti*-smuggling *e anti*-trafficking, in *DPenCont* 2018, 126; V. Militello, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *RIDPP* 1/2018, 86 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte speciale. Vol. 2/1: i delitti contro la persona*[5], Bologna 2020; C. Cucinotta, *I delitti di riduzione in schiavitù, in servitù e di sfruttamento lavorativo nella prospettiva comparata*, in *www.sistemapenale.it* 12.7.2022; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I: delitti contro la persona*[8], Padova 2022; S. Seminara, *Sui confini tra i delitti di schiavitù, servitù e sfruttamento del lavoro*, in *DPenCont* 2022, 108 ss.

[74] Così testualmente: «se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601, 601bis e 602 Cp, nonché all'articolo 12 comma 3-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25.7.1998 n. 286, nonché agli articoli 22 co. 3 e 4, e 22-bis co. 1 della l. 1.4.1999 n. 91 [contenente disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e tessuti], si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma [condotte associative apicali] e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma [condotte associative di mera partecipazione]». A sua volta, peraltro, l'art. 12 co. 3-*bis* TuImm prevede una "mera" aggravante generica che si applica qualora vi sia il concorso di fattispecie (si ritiene tra loro alternative) *ex* art. 12 co. 3 TuImm, e, in specie, laddove tali fatti siano «commessi ricorrendo due o più delle ipotesi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del medesimo comma». Tali ultime ipotesi riguardano: (a) l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone; (b) l'esposizione a pericolo per la vita o per l'incolumità della persona trasportata; (c) l'aver sottoposto la persona trasportata a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale; (d) la commissione del fatto da tre o più persone in concorso tra loro, ovvero mediante servizi internazionali di trasporto, ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti; (e) la disponibilità di armi o materie esplodenti da parte degli autori del fatto. Censurabile la tecnica legislativa impiegata tanto dall'art. 416 co. 6 Cp, quanto dall'art. 12 co. 3-*bis* TuImm, *sub specie* sufficiente determinatezza della norma penale. E difatti l'art. 416 co. 6 Cp, oltre ad accomunare *quoad poenam* fattispecie dal disvalore penale tra loro differente, si presenta come norma di rinvio ad altre disposizioni contenenti a loro volta rinvii legislativi, a creazione di un sistema labirintico, difficilmente dotato di quella prevedibilità necessaria a garantire libere scelte di azione dei consociati.

[75] La norma si riferisce espressamente altresì «all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento, ovvero a sottoporsi al prelievo di organi». Il traffico di organi prelevato da persona vivente è peraltro autonomamente sanzionato dall'art. 601-*bis* Cp, introdotto nel 2017. Non risulta il coinvolgimento dei *secret cults* in tale attività. Anche lo sfruttamento del lavoro (non, invece, il lavoro forzato, equiparato per disvalore, dalle fonti sovranazionali, alla schiavitù e alla servitù) si presenta come fattispecie autonoma: viene in questione l'art. 603-*bis* Cp, introdotto dalla l. 26.10.2016 n. 199, con la quale è stata interamente sostituita la previgente disciplina, risalente al 2011. La norma incrimina ora – salvo che il fatto costituisca più grave reato – l'intermediazione illecita e lo sfruttamento del lavoro, da intendersi come il reclutamento di manodopera destinata al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, e l'utilizzo, assunzione o impiego di manodopera sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento, approfittando del loro stato di bisogno. Evidente la stretta correlazione tra lo sfruttamento, del quale la norma contiene quattro "indici" alternativi (co. 3: la reiterata corresponsione di retribuzioni sproporzionate – per difetto – rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; la reiterata violazione della normativa concernente le tutele del lavoratore; violazioni di norme in materia di sicurezza e igiene sui luoghi di lavoro; la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti). La pena base è la reclusione da uno a sei anni, cui si aggiunge la multa da cinquecento a mille euro per ogni lavoratore reclutato; il co. 2 prevede un'aggravante autonoma (reclusione da cinque a otto anni, multa da mille a duemila euro per ogni lavoratore) laddove i fatti siano commessi mediante violenza

mantenimento nello stato di soggezione continuativa, tipica della servitù, avviene con violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità, approfittando di una situazione di vulnerabilità[76], di inferiorità fisica o psichica, di una situazione di necessità, o mediante la promessa o dazione di danaro o altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona. Tali modalità di condotta, tra loro alternative, sono accomunate dal perenne sfruttamento della vittima e dal suo perdurante assoggettamento allo sfruttatore e consentirebbero di distinguere le fattispecie ricadenti nell'art. 600 Cp[77] dalle condotte di induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione *ex* artt. 3 e 4 l. 20.2.1958 n. 75 (c.d. Legge Merlin)[78]: in particolare, alla base di queste sarebbe comunque una scelta volontaria della

---

o minaccia. Il co. 4 prevede più aggravanti specifiche (il reclutamento di più di tre lavoratori; il fatto che uno o più dei reclutati siano minorenni; l'esporre i lavoratori sfruttati a situazioni di grave pericolo) tali da comportare l'aumento di pena da un terzo alla metà. In relazione al delitto *ex* art. 603-*bis* Cp, cfr. A. Giuliani, *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova 2015; A. di Martino, "*Caporalato" e repressione penale: appunti su una relazione (troppo) scontata,* in *DPenCont* 2015, 69 ss.; A. De Rubeis, *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *www.penalecontemporaneo.it* 27.4.2017, 221 ss.; S. Tordini Cagli, *Profili penali del collocamento della manodopera. Dall'intermediazione illecita all'"intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro"*, in *IP* 2017, 727 ss.; D. Genovese, *Nessuno più al mondo deve essere sfruttato: nuovi strumenti per una vecchia utopia*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 22.3.2018; G. De Santis, *Caporalato e sfruttamento di lavoro. Storia e analisi della fattispecie delittuosa vigente*, in *Studi sul caporalato*, a cura di G. De Santis, S.M. Corso, F. Delvecchio, Torino 2019, 9 ss.; A. Merlo, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al "caporalato" dai braccianti ai* riders*. Le fattispecie dell'art. 603*-bis *Cp e il ruolo del diritto penale*, Torino 2020; V. Torre, *L'obsolescenza dell'art. 603*-bis *Cp e le nuove forme di sfruttamento lavorativo*, in *Labour & Law Issues*, 2020, 72 ss.; S. Braschi, *Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: elementi costitutivi e apparato sanzionatorio,* in *Caporalato e sfruttamento del lavoro. Un'indagine di diritto penale, processuale penale e del lavoro*, a cura di M. Ferraresi, S. Seminara, Bologna 2022, 88 ss.

[76] Da intendersi, in accordo con l'art. 2 § 3 dir. 2011/36/UE, come la situazione nella quale la persona non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non quella di cedere all'abuso di cui è vittima.

[77] Sono dunque evidenti, ancorché negati da parte della giurisprudenza, i tratti distintivi di schiavitù e servitù: la schiavitù si presenta come reato permanente, di condotta, a forma libera e a dolo generico, mentre la servitù integra un reato abituale quanto alla condotta (vincolata), permanente quanto allo stato di soggezione continuativa, di duplice evento e a dolo generico.

[78] Ai sensi dell'art. 3 l. 75/1958 è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 258 a euro 10.329, salva in ogni caso l'applicazione dell'art. 240 Cp, chiunque (1) abbia la proprietà o l'esercizio, sotto qualsiasi denominazione, di una casa di prostituzione, o comunque la controlli, o diriga, o amministri, ovvero partecipi alla proprietà, esercizio, direzione o amministrazione di essa; (2) chiunque, avendo la proprietà o l'amministrazione di una casa od altro locale, li conceda in locazione a scopo di esercizio di una casa di prostituzione; (3) chiunque, essendo proprietario, gerente o preposto a un albergo, casa mobiliata, pensione, spaccio di bevande, circolo, locale da ballo, o luogo di spettacolo, o loro annessi e dipendenze o qualunque locale aperto al pubblico od utilizzato dal pubblico, vi tollera abitualmente la presenza di una o più persone che, all'interno del locale stesso, si danno alla prostituzione; (4) chiunque recluti una persona al fine di farle esercitare la prostituzione, o ne agevoli a tal fine la prostituzione; (5) chiunque induca alla prostituzione una donna di età maggiore, o compia atti di lenocinio, sia personalmente in luoghi pubblici o aperti al pubblico, sia a mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità; (6) chiunque induca una persona a recarsi nel territorio di un altro Stato o comunque in luogo diverso da quello della sua abituale residenza, al fine di esercitarvi la prostituzione ovvero si intrometta per agevolarne la partenza; (7) chiunque esplichi un'attività in associazioni ed organizzazioni nazionali od estere dedite al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione od allo sfruttamento della prostituzione, ovvero in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo agevoli o favorisca l'azione o gli scopi delle predette associazioni od organizzazioni; (8) chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui. A norma invece dell'art. 4 l. 75/1958 la pena è raddoppiata (1) se il fatto è commesso con violenza, minaccia, inganno; (2) se il fatto è commesso ai danni di persona in istato di infermità o minorazione psichica, naturale o provocata; (3) se il colpevole è un ascendente, un affine in linea retta ascendente, il marito, il fratello, o la sorella, il padre o la madre adottivi, il tutore; (4) se al colpevole la persona è stata affidata per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza, di custodia; (5) se il fatto è commesso ai danni di persone aventi rapporti di servizio domestico o d'impiego; (6) se il fatto è commesso da pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni; (7) se il fatto è commesso ai danni di più persone; (7-*bis*) se il fatto è commesso ai danni di una persona tossicodipendente. Sulle fattispecie incriminatrici di cui alla l. 75/1958, in relazione alle quali peraltro il dibattito dottrinale è stato in buona parte rinvigorito da recenti interventi della Consulta, si v. I. Merzagora, G. Travaini, *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, in *RIML* 2017, 635 ss.; A. Cadoppi, F. Manfredi, *Prostituzione e tratta di persone*, in *RIML*, 2017, 651 ss.; A. Cadoppi, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della Legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili. Osservazioni a margine di Corte App. Bari, Sez. III, ord. 6.2.2018*, in *www.penalecontemporaneo.it* 26.3.2018, 153 ss.; S. Bernardi, *Sulla legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento*

vittima incompatibile con lo stato di soggezione tipizzato *ex* art. 600 Cp, da intendersi, quest'ultimo, come «significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della vittima ricollegabile all'uso di violenza o minaccia»[79].

La principale norma anti-*trafficking* prevista dall'ordinamento italiano si trova però all'art. 601 Cp, che punisce la tratta di persone, definita, dopo il d. lgs. 4.3.2014 n. 24, a mezzo di un'ampia tipizzazione di condotte alternative per evitare lacune di tutela. L'art. 601 Cp sanziona infatti – al pari dell'art. 600 Cp, con la reclusione da otto a vent'anni – chiunque recluti, introduca nel territorio dello Stato, trasferisca al di fuori di esso, trasporti, ceda l'autorità sulla persona, ospiti una o più persone nelle condizioni *ex* art. 600 Cp, ovvero realizzi le stesse condotte su una o più persone con inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di danaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurla o costringerla a prestazioni lavorative, sessuali, all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento.

Trattasi di condotte accomunate dallo stato di oppressione in cui si trova la vittima, già ridotta in schiavitù o servitù, o, comunque, in procinto di esserlo. Peraltro, ai sensi del co. 2 dell'art. 600 Cp, non è richiesto lo stato di oppressione nei riguardi dei minori di diciotto anni: in questo caso il reato è integrato dalla mera realizzazione delle condotte tipiche[80].

Il complessivo quadro sanzionatorio attinente al microsistema contro schiavitù e servitù è quindi completato dall'art. 602 Cp, norma di rara applicazione, che sanziona – ancora una volta, con la reclusione da otto a vent'anni – chiunque acquisti o alieni o ceda una persona che si trova nelle condizioni di cui all'art. 600 Cp.

Così tipizzate, queste norme, con le relative aggravanti[81], sanzionano l'attività dei *secret cults* nella

---

e favoreggiamento della prostituzione: irrilevante il fatto che l'esercizio del meretricio sia il frutto di una libera scelta?, in *www.penalecontemporaneo.it* 8.7.2019; B. Liberali, *Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?*, in *RIDPP* 3/2019, 1670 ss.; A.M. Maugeri, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, in *RIDPP* 2/2020, 909 ss.; S. Seminara, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *RIDPP* 2/2020, 423 ss.

[79] In questi termini si esprime ad es. Cass. 9.11.2021 (dep. 2022) n. 407, in *www.dejure.it*, ove si conferma l'esclusione dell'art. 600 Cp operata già dal giudice di primo grado, ferma però restando la sussistenza dello sfruttamento della prostituzione aggravato dall'uso della violenza o minaccia (e l'assenza di un rapporto di specialità tra l'art. 600 Cp e gli artt. 3-4 l. 75/1958). Rimangono nondimeno dubbi i rapporti tra l'art. 600 Cp e le singole condotte di sfruttamento sessuale tipizzate dalla c.d. Legge Merlin. Un orientamento risalente della Cassazione aveva affermato la possibilità di riconoscere un concorso formale tra le due fattispecie (Cass. 4.4.2002, in *Foro It.*, 2003, Schiavitù, 6050, n. 6). La questione pare tuttavia più correttamente riconducibile al concorso apparente di norme, stante la sostanziale identità del fatto in questione: l'approfittarsi dell'altrui prostituzione. Così, tenendo conto dell'idoneità del bene giuridico tutelato dall'art. 600 Cp – la personalità individuale – a ricomprendere al suo interno la tutela della libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale (bene giuridico tutelato dalle disposizioni incriminatrici contenute nella L. Merlin, quantomeno secondo una lettura evolutiva delle stesse tesa ad affrancarle dalla tutela della moralità pubblica) e della sensibilmente maggiore gravità delle condotte *ex* art. 600 Cp rispetto a quelle *ex* artt. 3-4 l. 75/1958, occorre affermare la prevalenza, per consunzione, dell'art. 600 Cp Sulla convergenza tra fattispecie incriminatrici, si v. A. Pagliaro, voce *Concorso di norme*, in *ED.*, vol. VIII, Milano 1961, 551 ss.; F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966; M. Papa, *Le qualificazioni giuridiche multiple. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino 1997; M. Romano, *Commentario sistematico del Codice penale. Vol. I: art. 1-84*[3], Milano, 2004; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*[8], Bologna, 2019; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*[11], Padova, 2020; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[11], Milano 2022.

[80] La dottrina suole individuare anche in questa norma due fattispecie distinte: la tratta di persona già asservita e la tratta diretta all'asservimento di persona. Il dolo è generico rispetto a vittime di tratta già soggette a servitù o schiavitù; è invece specifico per quanto concerne le vittime che ancora non sono in tali condizioni.

[81] L'art. 602-*ter* Cp prevede una cospicua serie di serie di aggravanti ad effetto speciale dipendenti (co. 1) nei casi di cui agli artt. 600, 601 co. 1-2, 602 Cp, dalla minore età della persona offesa, dalla finalità di sfruttamento della prostituzione o del prelievo di organi, dal grave pericolo per l'integrità fisica o psichica della persona offesa; (co. 5) dall'età della persona offesa inferiore ai 16 anni; (co. 6) dalla commissione del fatto da parte di un ascendente, di un genitore adottivo, di un coniuge o convivente, di un coniuge o affini entro il secondo grado, di parenti fino al quarto grado collaterale, da parte del tutore o di persona a cui il minore è stato affidato per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza, custodia, lavoro, ovvero da parte di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle loro funzioni, qualora la

tratta di persone. Le vittime di tratta, reclutate in Nigeria o in altri Stati dell'Africa sub-sahariana, sono condotte in Italia per essere sfruttate sessualmente e mantenute in uno stato di perenne soggezione con minacce, dirette e indirette, spesso indirizzate ai famigliari rimasti in Nigeria, e con violenze, fisiche e psicologiche. Frequente altresì il ricorso a elementi tipici della cultura *juju*, così come l'intervento della *madam* e del *juju priest* per costringere le giovani all'obbedienza. La reiterazione di tali condotte mira ad annientare la volontà delle vittime di tratta, che, spesso, nemmeno si percepiscono come tali, mostrandosi anzi riconoscenti verso i membri dei *cults* per averle portate in Europa.

Non sorprende dunque che, nella prassi applicativa, le contestazioni a carico di cittadini nigeriani riguardino prevalentemente gli artt. 600-601 Cp, cui si aggiunge, in alcuni casi, la fattispecie associativa prevista dall'art. 416 co. 6 Cp.

Alla tratta di persone a scopo di sfruttamento sessuale sono strettamente connessi il traffico e lo spaccio al dettaglio di sostanze stupefacenti di vario tipo, quali cocaina, eroina, cannabis e derivati e droghe sintetiche. La disponibilità di sostanze è favorita dall'esser i *secret cults* immersi in una rete criminale transnazionale che permette loro di approvvigionarsi delle sostanze dai Paesi di produzione, talvolta senza l'intermediazione di attori locali, e di importarle negli *hub* di stoccaggio dell'Africa Occidentale. Da qui, gli stupefacenti sono spediti in tutta Europa[82]. In questo contesto, i *secret cults* stanno assumendo un ruolo sempre più rilevante proprio nel mercato italiano[83] grazie a una rete di spaccio diffusa, poggiante su un meccanismo "a pioggia", nel quale i vari corrieri, molto mobili sul territorio, trasportano e rivendono al dettaglio piccole quantità di stupefacenti[84].

La struttura dei gruppi attivi nello spaccio è del tutto sovrapponibile a quella tipica dello sfruttamento della prostituzione. Gestisce i soggetti incaricati della vendita uno specifico responsabile di zona o una *madam* con l'incarico di procurarsi le sostanze e amministrare gli introiti[85] (raramente i vertici dei *cults* hanno a che fare con i terminali delle operazioni); le persone impiegate nella vendita al consumatore finale sono solitamente giovani in uno stato di marginalità[86]. Infine, i *secret cults* controllano le numerose piazze di spaccio attraverso un elevato tasso di violenza psico-fisica e atteggiamenti intimidatori verso gli altri soggetti attivi nel settore, di fatto costretti ad abbandonarlo[87].

---

persona offesa sia un minore, ovvero ancora dalla commissione del fatto nei confronti di un minore in stato di infermità o minorazione psichica, naturale o provocata; (co. 7) dalla somministrazione di sostanze alcoliche, narcotiche, stupefacenti o comunque pregiudizievoli per la salute fisica o psichica del minore che sia persona offesa, ovvero dalla commissione del fatto nei confronti di tre o più persone. La norma prevede infine un vincolo al bilanciamento di circostanze: le attenuanti differenti da quelle previste dagli artt. 98 Cp (minore età dell'agente) e 114 Cp (partecipazione di minima importanza) sono sottratte al giudizio di bilanciamento *ex* art. 69 Cp e, qualora presenti, incidono unicamente sulla pena risultante dall'applicazione delle aggravanti.

[82] Il punto di ingresso in Europa degli stupefacenti provenienti dal Sud America (in transito, quindi, dalle zone del Golfo di Guinea) è rappresentato dai porti olandesi. I corrieri ovulatori giungono via terra nei Paesi Bassi per rifornirsi delle sostanze che porteranno poi nelle varie piazze di commercio al minuto. Lo spaccio al dettaglio, oltre ad essere diffuso in Italia, avviene altresì in Spagna, Francia, Germania e Austria.

[83] Tra il 2017 e il 2018 si è assistito ad un aumento del 77% dei cittadini nigeriani denunciati all'Autorità Giudiziaria per fatti connessi a stupefacenti.

[84] Cfr. la *Relazione semestrale* ad opera della D.I.A. per il 2° semestre 2018, 516.

[85] I venditori diretti possono essere tanto di sesso femminile, quanto di sesso maschile; alla fase della vendita partecipano più soggetti, che ricoprono ruoli vari (ad es., c'è chi procaccia la clientela, chi procura le sostanze richieste, chi riceve il danaro e chi invece fa da vedetta); solitamente, le dosi di eroina e cocaina sono celate in bocca o in altri orifizi, ovvero nascoste in alcuni anfratti circostanti il luogo adibito a punto-vendita. Inoltre, in un'ottica di diversificazione del rischio, i venditori, molto mobili sul territorio, impiegano sia il metodo della cessione diretta che quello della triangolazione, nel quale il soggetto che si incarica di trasportare la sostanza al cliente è diverso da quello che riceve l'ordinazione.

[86] Si tratta prevalentemente di migranti con un progetto migratorio dagli esiti negativi, o di richiedenti asilo in attesa di risposta, ovvero di soggetti la cui richiesta di protezione internazionale è stata più volte rigettata: persone, quindi, con necessità di rapidi guadagni economici per sostentarsi.

[87] Il controllo delle piazze di spaccio passa altresì attraverso lo sfruttamento sistematico dell'accattonaggio organizzato, strettamente connesso con lo spaccio di stupefacenti (si nota un frequente avvicendamento del personale criminale impiegato nell'una e nell'altra attività), per espandere le proprie attività. I mendicanti forzati, talvolta assoggettati a un rito *juju* analogo a quello effettuato sulle vittime di sfruttamento sessuale, possono guadagnare sino a €200 giornalieri. I

Come noto, le principali fattispecie incriminatrici in materia di stupefacenti si trovano agli artt. 73 e 74 d.P.R. 9.10.1990 n. 309[88]. È qui necessario concentrarsi sulla seconda norma, fattispecie associativa che incrimina l'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti[89], atteso che negli ultimi anni sono stati avviati più procedimenti penali a carico di cittadini nigeriani *ex* art. 74 d.P.R. 309/1990, sovente esitati in sentenze di legittimità che confermano la condanna di merito[90]. In tali vicende si notano generalmente le diramazioni territoriali dei *secret cults*, l'impiego di vari soggetti quali corrieri o venditori al dettaglio di differenti sostanze[91], e, talora, la presenza di legami, anche transnazionali, con altre cellule criminali (in alcuni casi, si tratta delle cellule "madri" rimaste in Nigeria).
Sui rapporti con altre associazioni per delinquere, anche come strategia impiegata per infiltrare i settori dell'economia illecita italiana, si tornerà a breve. Preme al momento sottolineare come, in

soggetti sfruttati per l'accattonaggio sono solitamente stanziali e fanno riferimento ad un capo che organizza il lavoro, controlla e raccoglie i guadagni.

[88] A riguardo, si v. S. Milone, *L'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309): un'indagine sugli aspetti più controversi della fattispecie nel diritto vivente, tra paradigmi teorici e prassi giurisprudenziale*, in *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, a cura di G. Morgante, Giappichelli 2015, 227 ss.; P. Pacifico, *Il traffico di sostanze stupefacenti e la legge 9 ottobre 1990, n. 309*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., 261 ss.; F. Fasani, *Terrorismo islamico e giustizia penale*, Padova 2016, 180 ss.; M. Gambardella, *Illeciti in materia di stupefacenti e riforma dei reati contro la persona: un antidoto contro le sostanze velenose*, in *www.penalecontemporaneo.it* 31.5.2019; P. Insolera, *Reati in materia di stupefacenti e dialogo tra le corti*, in *I reati in materia di sostanze stupefacenti. Fattispecie monosoggettive. Criminalità organizzata. Profili processuali*, a cura di G. Insolera, G. Spangher, L. Della Ragione, Milano 2019, 89 ss.; L. Della Ragione, F. Trapani, *L'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope*, *ivi*, 415 ss.; per una recente indagine di ampio respiro in materia di stupefacenti, si v. O. Di Giovine, *Stupefacenti: meglio "di tutta l'erba un fascio" oppure "un fascio per ogni erba?"*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 27.2.2020.

[89] L'art. 73 d.P.R. 309/1990 sanziona condotte monosoggettive di coltivazione, produzione, fabbricazione, estrazione, raffinazione, vendita, offerta o messa in vendita, cessione, distribuzione, commercializzazione, trasporto o procacciamento, invio, passaggio, spedizione in transito e consegna per qualunque scopo delle sostanze indicate dalla Tabella I (richiamata al co. 1, ove si prevedono la reclusione da sei a vent'anni dopo l'intervento di Corte Cost., n. 40/2019, e la multa da 26.000,00 a 260.000,00 euro) e dalla Tabella II (richiamata al co. 4, che, a seguito della sentenza di Corte Cost. n. 32/2014, prevede la reclusione da due a sei anni e la multa da dieci milioni a centocinquanta milioni di lire: cioè da 5.164,57 a 77.468,54 euro). Le condotte sono tra loro alternative (si tratta di una norma a più fattispecie); il dolo è generico. L'art. 73 prevede inoltre al co. 5 un autonomo titolo di reato che sanziona con la reclusione da sei mesi a quattro anni e con la multa da 1.032,00 a 10.329,00 euro il fatto di lieve entità. La prassi mostra un'elevata incidenza di procedimenti penali per condotte monosoggettive di spaccio di sostanze stupefacenti. In parte diversa, in parte connessa all'art. 73 d.P.R. 309/1990 è la morfologia dell'art. 74, i cui primi due commi sanzionano la condotta di tre o più persone che «si associano allo scopo di commettere più delitti tra quelli previsti (…) dall'art. 73», prevedendo due diversi titoli di reato, tra loro alternativi, a seconda che l'autore sia un mero partecipe dell'associazione ovvero un soggetto qualificato (promotore, costitutore, direttore, organizzatore o finanziatore. Quest'ultimo ruolo rappresenta un elemento di novità rispetto alle condotte associative qualificate della fattispecie associativa base *ex* art. 416 Cp; tale condotta è punibile tanto nella fase genetica del sodalizio, quanto nel caso in cui le sovvenzioni si rivolgano ad associazioni già costituite). L'art. 74 d.P.R. 309/1990, al pari di tutti i reati associativi, è di natura permanente e si perfeziona a prescindere dall'effettiva commissione dei reati concernenti il programma criminoso; nella struttura obiettiva di fattispecie rientrano altresì un vincolo associativo tale da far ritenere sussistente un minimo di organizzazione e un accordo più o meno stabile tra gli associati, relativo alla commissione di più delitti. In relazione alla norma in esame, la giurisprudenza tende peraltro a svalutare il requisito dell'organizzazione, adottando un paradigma "teleologico" che valorizza gli scopi associativi (la commissione di delitti in materia di stupefacenti) e la concreta commissione dei reati-scopo. Si rammenti infine la particolare severità del trattamento sanzionatorio *ex* art. 74 d.P.R. 309/1990: le condotte apicali sono punite con la reclusione non inferiore a vent'anni; la mera partecipazione è punita con la reclusione non inferiore ad anni dieci (in entrambi i casi, il massimo edittale è di anni 24, secondo l'art. 23 Cp); a corredo di tali cornici edittali, il co. 3 prevede un'aggravante ad effetto comune per l'associazione composta da almeno dieci membri, ovvero per l'associazione in parte composta da «persone dedite all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope»; il co. 4 contiene un'aggravante ad effetto speciale correlata alla disponibilità di armi; il co. 5 dispone un aumento di pena qualora le sostanze oggetto delle condotte incriminate siano adulterate o commiste ad altre in modo tale da aumentarne la potenzialità lesiva.

[90] Si v. Cass. 26.9.2013 n. 16222 (dep. 2014) in *www.dejure.it*; Cass. 30.4.2015 n. 27846 in *www.dejure.it*.

[91] Prevalentemente cocaina, hashish e marijuana, e, recentemente, eroina. Lo spaccio di sostanze sintetiche è meno frequente.

alcuni casi[92], la giurisprudenza applichi congiuntamente ai *secret cults* l'art. 416-*bis* Cp e l'art. 74 d.P.R. 309/1990. E ciò, conformemente all'orientamento – assolutamente prevalente – che riconosce il concorso formale[93] tra le varie fattispecie associative "qualificate", anche qualora il consesso criminale sia il medesimo[94]. Tale orientamento[95], sebbene condivisibile quanto alla condotta del singolo partecipe di due organizzazioni tra loro differenti per composizione sociale (ed eventualmente mercati illeciti di operatività)[96], appare complessivamente criticabile in relazione alla partecipazione a quelle associazioni che, come i *secret cults*, sono attive contemporaneamente in settori criminali distinti (ad esempio, delitti contro il patrimonio e reati in materia di stupefacenti). Ed invero, più fattori – l'innegabile unitarietà del fatto storico (un'unica associazione per delinquere, eventualmente attiva in più settori criminali); un nucleo comune di tutela (l'ordine pubblico) comune alle varie fattispecie; il rispetto del *ne bis in idem* sostanziale, conforme a logiche di proporzionalità della sanzione penale – inducono in questi casi a ritenere più corretto applicare il criterio di consunzione, alla stregua del quale affermare l'applicabilità del solo art. 74 d.P.R. 309/1990, eventualmente aggravato *ex* art. 416-*bis*.1 Cp[97]. Questa soluzione è l'unica che consente di evitare irragionevoli duplicazioni sanzionatorie in relazione al medesimo fatto associativo concreto, che si manifesta in forme varie, mutevoli, in costante cambiamento e adattamento al contesto criminale.

4.3. Occorre ora soffermarsi sulle varie modalità impiegate dai *secret cults* per affermarsi nella scena illecita italiana. A riguardo, di fondamentale importanza è l'interazione con le organizzazioni criminali già attive localmente. Si notano in particolare differenti modelli comportamentali a seconda della presenza o meno di mafie storiche già in controllo dei traffici criminali territoriali, in relazione alle quali i *secret cults*, tendenzialmente, si mostrano maggiormente deferenti.
Paradigmatici di tali tendenze sono i rapporti tra i *secret cults* e l'associazione per delinquere di tipo mafioso conosciuta come Cosa Nostra. Tra i *cults* e alcune famiglie, in particolare quelle nei quartieri Brancaccio e Ballarò di Palermo, sarebbe intercorso un vero e proprio contratto di subappalto

[92] Si v. ad es. la recente Cass. 9.3.2022 n.14300 in *wwwdejure.it*.
[93] Va da sé che è inconcepibile il concorso (formale) tra la fattispecie associativa base, *ex* art. 416 Cp, e l'associazione terroristica, l'associazione per delinquere di tipo mafioso, l'associazione per delinquere finalizzata a commettere illeciti in materia di stupefacenti, l'associazione per delinquere finalizzata a commettere reati in materia di immigrazione: evidente, in tali circostanze, l'applicazione del principio di specialità *ex* art. 15 Cp a sancire la (sola) ricorrenza dell'associazione qualificata. Un discorso diverso potrebbe svolgersi in relazione a consorterie criminali che nascono quali "mere" associazioni per delinquere, salvo poi "evolvere" in associazioni qualificate (ad es., in associazioni finalizzate a commettere delitti in materia di stupefacenti): qualora si riuscisse a ravvisare una precisa cesura temporale, si potrebbe pensare di trovarsi in presenza di due condotte (concorsuali) tra loro differenti, il che potrebbe condurre al concorso materiale tra le due fattispecie incriminatrici. Si ritiene tuttavia più coerente con il sistema la scelta della consunzione, in ossequio alla quale dovrà prevalere l'associazione "qualificata", la cui formazione implica, per necessità, la pregressa costituzione di un'associazione per delinquere "base", la cui evoluzione determina una progressività di lesione culminante nell'attività della – più gravemente sanzionata – associazione "qualificata".
[94] Principio consolidato a partire da Cass. S.U. 25.9.2008 n. 1149 in *www.dejure.it*.
[95] Per il quale si v. da ultimo Cass. Pen., 20.4.2021 n. 28154 in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, ove, affermate la diversità strutturale tra l'art. 416-*bis* Cp e l'art. 74 d.P.R. 309/1990 e la differente natura dei beni giuridici tutelati dalle due fattispecie, si riconosce la possibilità di un concorso formale tra le due norme (salvo poi, nel caso di specie, annullare con rinvio la sentenza di appello che aveva confermato il concorso formale tra i due reati, stante, nel caso di specie, la ricorrenza dell'art. 649 Cpp: la medesima associazione per delinquere di tipo mafioso era stata oggetto di un primo, distinto giudizio nel 2019).
[96] Si v. Cass. 23.10.2009 n. 4651 con nota critica di L. La Greca, *L'associazione criminale "al quadrato": la responsabilità dei soggetti operanti nel comparto di produzione e traffico di droga dell'impresa mafiosa*, in *CP*, 12/2010, 4372 ss. (in particolare, per l'A. dovrebbe applicarsi, quanto ai rapporti tra associazioni, il principio di consunzione, con prevalenza della fattispecie associativa in materia di stupefacenti; quanto alle condotte del singolo partecipe a distinte associazioni, il concorso materiale di reati, stante la pluralità delle condotte associative).
[97] Per più ampie riflessioni sui rapporti tra l'art. 416-*bis* Cp e l'art. 74 d.P.R. 309/1990, si v. E. Mezzetti, *Il concorso (formale?) tra fattispecie associative,* in AA. VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino 2015, 227 ss.; S. Milone, *L'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti*, cit., 248 ss.; E. Birritteri, *Il concorso tra associazione a delinquere di stampo mafioso e associazione finalizzata al traffico di stupefacenti: alla ricerca di una razionale repressione del fenomeno*, in *www.penalecontemporaneo.it* 25.5.2018.

criminale in forza del quale i primi sarebbero incaricati della vendita al dettaglio di stupefacenti e della gestione della prostituzione, mentre le famiglie di mafia si occuperebbero di affari illeciti più "alti". In questa chiave di collaborazione sostanzialmente priva di conflittualità tra gruppi sarebbero da interpretare: la presenza di una cellula *Black Axe* impegnata nello spaccio di stupefacenti e nello sfruttamento della prostituzione; una casa di prostituzione gestita da esponenti del *cult* EIYE; la presenza a Palermo di membri del *cult Vikings*[98].

Dopo un periodo conflittuale durato circa vent'anni[99], analoghi sembrano i rapporti tra i *secret cults* e i gruppi camorristici attivi in Campania. Qui il litorale domizio può essere considerato l'esempio della convivenza tra gruppi nigeriani e gruppi camorristici, le cui interazioni paiono impostate su binari di mutuale rispetto e riconoscimento criminale[100], tanto che a Castel Volturno è stato recentemente individuato un sodalizio composto da più di venti persone, nigeriane e italiane, impegnato nel traffico internazionale di eroina[101]. In questo ambito i *secret cults* si trovano a gestire il traffico di stupefacenti, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e la tratta di esseri umani finalizzata allo sfruttamento della prostituzione, attività che consentono di accumulare risorse economiche ingenti successivamente inviate in Nigeria e in Ghana. Pare inoltre che tra gli interessi criminali dei sodalizi nigeriani insediati in quell'area[102] rientrino altresì l'esercizio di violenze, minacce, lesioni, rapine ed estorsioni a danno dei connazionali, con conseguente reimpiego dei proventi in attività commerciali apparentemente lecite quali bar, negozi di *import-export* (con i quali si introducono beni e sostanze stupefacenti dall'Africa), *connection house*, supermercati per africani. Peraltro, più di recente, i *secret cults* hanno iniziato ad esercitare forme di estorsione e intimidazione anche verso autoctoni campani, in ciò sostituendosi per certi versi alle famiglie locali, stante il ridimensionamento di queste[103].

Non vi sono invece riscontri di rapporti tra *cults* e gruppi pugliesi appartenenti alla galassia criminale della Sacra Corona Unita. Non è tuttavia da escludere che vi siano legami tra questi e i *cults*, nella misura in cui, ad esempio, numerose attività di sfruttamento della prostituzione avvengono a Bari, in

---

[98] Ciò consentirebbe a Cosa Nostra di evitare la parte più pericolosa dello spaccio, di dare una sensazione di minore presenza e di intascare un corrispettivo per consentire lo svolgimento dell'attività criminale ai *secret cults* nigeriani, che sfrutterebbero questa possibilità per aumentare il loro potere e il loro prestigio. Del resto, il mercato del narcotraffico permette a tutti gli attori coinvolti di coesistere ed aumentare il proprio giro di affari. *Black Axe* e EIYE sarebbero attivi nel campo del traffico di stupefacenti e dello sfruttamento della prostituzione. Inoltre, gli EIYE avrebbero partecipato ad alcuni scontri con altri *cults* e, in Sicilia, sarebbero attivi anche a Catania. In generale, l'isola sarebbe la loro base logistica per pianificare le attività criminali e infiltrare il Nord Italia. Cfr. G. Pipitone, *Mafia nigeriana: il patto con Cosa Nostra, agguati con l'ascia e sangue bevuto. A Palermo prima inchiesta sulla 'Cosa Nera'*, in *Il Fatto Quotidiano*, 19.10.2015; *Relazione semestrale* ad opera della D.I.A. per il 2° semestre 2018, 529 ss.; M. Bova, *Mafia nigeriana, l'investigatore: a Palermo integrazione criminale con Cosa Nostra. Senza arresti si sarebbe arrivati alla guerra*, in *Il Fatto Quotidiano*, 23.11.2019; M. Omilusi, *A researcher's visit to Italy: human trafficking and the Nigerian-Sicilian Mafias*, in *African Sociological Revue*, 1/2019, 110 ss.; U. Santino, *Un mercato del sesso a Palermo. Mafia e nuovi gruppi criminali*, in *Socioscapes. International Journal of Societies, Politics and Cultures*, 2020, 163 ss.; A. Di Nicola, G. Musumeci, *op. cit.*, 46 ss. La presenza di *secret cults* in Sicilia trova riscontro in alcune pronunce di Cassazione (rese in fase cautelare) in procedimenti penali aventi ad oggetto episodi di violenza, minaccia e spaccio di sostanze stupefacenti: per la presenza di *Maphite*, si v. Cass. 3.10.2019 (dep. 28.1.2020) n. 3474, in *www.dejure.it*; Cass. 3.10.2019 (dep. 29.1.2020), n. 3761, in *www.dejure.it*; Cass. 19.2.2021 n. 28441, in *www.dejure.it*; quanto a *Black Axe*, si v. Cass. 19.11.2019 (dep. 07.2.2020) n. 5258, in *www.dejure.it*; quanto ad *EIYE*, si v. Cass. 28.5.2020 (dep. 10.7.2020), n. 20709, in *www.dejure.it*.

[99] I primi episodi di violenza a danno di cittadini africani risalgono al 1986; è invece avvenuta nel 1990 la cd "strage di Pescopagano" (CE), organizzata dal clan La Torre per conto dei Bardellino al fine di ribadire l'egemonia nello spaccio degli stupefacenti, che produsse dodici vittime (cinque morti, sette gravi feriti) tra cittadini africani. Da ultimo, nel 2008, il *clan* Setola ha ucciso più cittadini africani dopo aver sparato su un gruppo di nigeriani, ferendone cinque.

[100] L'equilibrio, precario, si basa su equilibri di forza mutevoli: cfr. la *Relazione semestrale* ad opera della D.I.A. per il 1° semestre 2021, 324.

[101] I capi e i promotori erano tre nigeriani, residenti a Castel Volturno (CE), a Villa Literno (CE) e in Ruanda. L'operazione è del novembre 2019. Cfr. *Relazione semestrale* ad opera della D.I.A. per il 1° semestre 2020, 396.

[102] Tra le associazioni criminali nigeriane più attive nel territorio vi sono altresì alcuni gruppi a composizione prevalentemente femminile, impegnati in vario modo in attività concernenti l'ingresso illegale in Europa di giovani nigeriane sfruttate sessualmente.

[103] Cfr. la *Relazione semestrale* ad opera della D.I.A. per il 2° semestre 2018, 517 ss.

immobili oggetto di locazione e a ciò appositamente adibiti[104].
Né sono chiari i rapporti tra i *secret cults* e le cosche di 'ndrangheta, sebbene anche in questo caso è ragionevole affermare che siano già in atto relazioni di vario tipo tra attori siffatti, senza che però se ne conoscano ancora gli epifenomeni.
Nettamente differenti i metodi di adattamento dei *secret cults* ai soggetti attivi nei mercati criminali del Centro-Nord Italia, ove difettano forme associative analoghe, per tradizione criminale e struttura, alle mafie storiche. In questi contesti i *secret cults* adottano alternativamente approcci più voraci, tendenti ad eliminare *tout court* la concorrenza criminale, ovvero strategie di convivenza e sinergia con i gruppi già presenti; il *discrimen* tra le due strategie pare ravvisabile nella caratura criminale del gruppo di riferimento. Così, alcune recenti azioni investigative hanno individuato un gruppo composto da cittadini albanesi e nigeriani, dedito al traffico e allo spaccio di stupefacenti, con ramificazioni transnazionali. Il gruppo avrebbe avuto la propria base operativa in Roma, e avrebbe utilizzato i trasporti su linee ferroviarie e autobus per smerciare le sostanze psicotrope in tutta Europa[105]. Ciò, a conferma di un certo "rispetto" criminale nei riguardi di altre associazioni per delinquere di fama internazionale, come le organizzazioni criminali albanesi, con le quali i *cults* non esitano ad entrare in rapporti al fine di ottenere un maggiore arricchimento. Relazioni di coordinamento paritetico di questo tipo si possono riscontrare altresì nello sfruttamento della prostituzione, che in alcune zone avviene secondo logiche di spartizione del territorio e del mercato con altri gruppi albanesi e talora con sodalizi romeni. Un'analoga, elevata considerazione criminale non viene invece riservata ad altri (gruppi di) cittadini stranieri che non siano in grado di proporsi su un piano di equivalenza rispetto ai *secret cults*. In questi casi le consorterie nigeriane si impongono di forza nel mercato, sfruttando al più altri stranieri come mera manovalanza criminale, soprattutto nello spaccio di sostanze stupefacenti. Sebbene questa situazione si verifichi più frequentemente verso cittadini di nazionalità ghanese[106], in alcuni casi tali dinamiche si concretizzano altresì nei confronti di persone provenienti dal Maghreb, a loro volta subordinati rispetto ai cultisti. Questo è quanto accaduto a Mestre, ove un gruppo di nigeriani riconducibili al *cult Viking* avrebbe progressivamente inondato il mercato di stupefacenti purissimi, venduti a prezzi sensibilmente inferiori rispetto a quelli praticati dalla conventicola maghrebina ivi precedentemente operante, di fatto estromessa dal giro di affari. Tale strategia ricalca le modalità di insediamento nei territori del Nord Italia, storicamente estranei all'attività delle associazioni di stampo mafioso, quantomeno per quanto attiene alle attività illecite di minor rilievo. Così, a mezzo di una presenza capillare sul territorio accompagnata dall'utilizzo di una strategia imprenditoriale vincente, con l'aggiunta di un'elevata capacità intimidatoria e l'impiego di alcuni intermediari criminali, i *cults* si sono diffusi in Piemonte, in Emilia-Romagna (soprattutto a Ferrara, in cui gestiscono la quasi totalità delle piazze di spaccio e di prostituzione) e nella città di Trento, ove stanno assumendo un ruolo egemone nello spaccio di stupefacenti (per il quale si coordinano in vario modo con bande già localmente operanti,

[104] Cfr. Dipartimento di Pubblica Sicurezza – Direzione centrale della Polizia Criminale, Servizio Analisi Criminale, *La mafia nigeriana in Italia*, cit., 17. L'attività dei *secret cults* in Puglia è riscontrata ad esempio da Cass. 15.3.2021 n. 15935, in *www.dejure.it*, (resa in fase cautelare nel procedimento penale concernente gli scontri avvenuti tra membri di *Black Axe* e membri di opposti *cults* nel C.A.R.A. di Bari Palese).
[105] I corrieri erano soggetti incensurati, reclutati direttamente nei Centri di prima accoglienza del Lazio. Tra le sostanze contrabbandate vi era la marijuana, che giungeva direttamente dall'Albania sulle coste pugliesi, e da qui giungeva in tutta Europa, nascosta nei *trolley* dei corrieri. Cfr. R. Marceca, *Roma, da migranti a corrieri della droga. La mafia nigeriana recluta negli Sprar: 55 arresti*, in *La Repubblica*, 9.3.2021; *Relazione semestrale* ad opera della D.I.A. per il 1° semestre 2021, 327. Del resto, i gruppi criminali albanesi – prevalentemente attivi nel traffico di stupefacenti e di armi – sarebbero soliti intrattenere relazioni affaristico-criminali a dinamiche variabili con associazioni per delinquere di vario tipo: si v. ad esempio la recente Cass. 8.11.2022 (dep. 21.2.2023) n. 7380 in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, che riconosce l'esistenza di due distinte associazioni per delinquere finalizzate al traffico di stupefacenti di varie tipologie, attive tra l'Italia e l'Albania e composte da cittadini albanesi e italiani, alcuni dei quali peraltro dichiarati appartenenti a formazioni criminali riconducibili alla Sacra Corona Unita.
[106] Le interazioni tra formazioni criminali nigeriane e cittadini ghanesi sono favorite dall'affinità linguistica (in entrambi i Paesi si parla il *Pidgin English*, sebbene con varietà parzialmente differenti) e (talvolta) etnica, come nel caso dell'etnia Yoruba.

composte prevalentemente da cittadini nordafricani) e nello sfruttamento della prostituzione.

5. Inquadrati i reati-scopo perseguiti dai *secret cults*, occorre analizzare i rapporti tra questi e il reato-mezzo di cui all'art. 416-*bis* Cp, il cui ultimo comma, appositamente modificato con d.l. 23.5.2008 n. 92 ne consente l'applicabilità altresì alle «altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso».
Ebbene, già prima di tale riforma, la giurisprudenza aveva autonomamente affermato la natura mafiosa di alcuni sodalizi etnici, facendo impiego di cadenze argomentative tendenzialmente poggianti sulla necessità di un impiego concreto del metodo mafioso[107].

[107] Sebbene i primi approcci giurisprudenziali relativi all'estensione dell'art. 416-*bis* Cp a sodalizi stranieri siano riconducibili agli anni '90 (Cass. 13.12.1995 in *Foro It.*, 1996, parte II, col. 478, resa in fase cautelare, aveva affermato la compatibilità dell'art. 416-*bis* Cp con forme di criminalità organizzata differenti da quelle tradizionali, purché si trovino in concreto gli elementi caratterizzanti dell'associazione mafiosa, annullando, peraltro, il provvedimento cautelare sul rilievo che la forza intimidatrice propria dell'associazione perseguita penalmente derivasse dalla sua rilevanza culturale-religiosa, e non dall'impiego di atti di intimidazione o di violenza; peraltro, Cass. 10.12.1997 in *Ced Cass. Pen*, rv. 209609, aveva invece negato tale possibilità), la prima decisione di una certa rilevanza risale al 2001 e si riferisce a un gruppo criminale cinese attivo in Toscana che, anche mediante pratiche violente, controllava le attività economiche dei connazionali. La pronuncia (Cass. 30.5.2001, in *Foro It.*, 2004, parte II, col. 6) afferma dunque che l'art. 416-*bis* Cp è applicabile altresì ad organizzazioni che, senza controllare tutti coloro che vivono o lavorano in un determinato territorio, rivolgono le proprie mire sui componenti di una certa collettività, anche composta da cittadini stranieri fatti immigrare clandestinamente, purché si avvalgano dei metodi mafiosi e sfruttino la condizione di assoggettamento e omertà da ciò derivante: poiché l'elemento di fattispecie nel quale risiede il maggior disvalore dell'illecito è l'utilizzo del metodo mafioso, il numero delle vittime che ne subiscono l'impiego avrebbe un peso secondario. La Cassazione precisa inoltre che, in contesti analoghi, onde pervenire ad un'affermazione di mafiosità, la forza prevaricatrice esercitata dal consesso criminale dovrebbe essere parametrata dal giudice al grado di resistenza delle vittime e potrebbe esprimersi attraverso aggressioni alla vita o al patrimonio, ma anche attraverso semplici minacce di percosse rispetto a soggetti che si trovano già in condizioni di clandestinità e semi-legalità. Peraltro, analoghe conclusioni non sono state condivise, pochi anni dopo, dal Tribunale di Bari (Trib. Bari, 28.3.2003, in *Foro It.*, 2004, parte II, col. 6), che, pur aderendo a parte del percorso argomentativo svolto dalla Cassazione e sostenendo la struttura mista del delitto associativo mafioso, ha negato la natura mafiosa di un sodalizio cinese ivi operante, derubricandolo a mera associazione per delinquere. Dirimente a tal fine l'asserita differenza strutturale tra mafie storiche e altre organizzazioni criminali, alla stregua della quale solo in quest'ultimo caso occorrerebbe rinvenire concreti atti di sopraffazione che abbiano fatto acquisire al gruppo criminale un'autonoma *vis* intimidatoria, del tutto mancante nel caso di specie, atteso che la capacità intimidatoria era piuttosto determinata da specifici atti di violenza, commessi da singoli membri del gruppo nei confronti di altri cittadini cinesi illegalmente presenti in Italia: così l'intimidazione si sarebbe risolta solo all'interno del gruppo etnico considerato e non avrebbe raggiunto il diffuso allarme sociale richiesto dall'art. 416-*bis* Cp, difettando così l'elemento obiettivo di fattispecie. Analogamente, il Tribunale di Rimini (Trib. Rimini, 14.3.2006, in *Foro It.*, 2007, parte II, col. 510), in un procedimento a carico di una conventicola criminale russa impegnata a controllare le attività commerciali gestite da alcuni connazionali, negava la natura mafiosa del "gruppo di Mosca" sostenendo che, laddove i fatti riguardino esclusivamente cittadini stranieri, la sussistenza dei requisiti richiesti dal co. 3 dell'art. 416-*bis* Cp debba essere valutata con riferimento al contesto etnico di appartenenza, con specifico riferimento a due elementi indicatori: il conseguimento, già in patria, di un prestigio criminale mafioso, con correlato stato di soggezione e omertà diffusi all'esterno, e la persistenza di tale potenziale intimidatorio anche nei territori di radicamento; l'eventuale mancato riscontro della persistente "fama criminale" domestica anche in Italia non osterebbe all'integrazione della fattispecie, tenuto conto del principio di ubiquità *ex* art. 6 Cp e della funzione di tutela del diritto penale, elementi che, presi insieme, imporrebbero di perseguire penalmente l'associazione di matrice estera che abbia costituito una sua ramificazione in territorio italiano, purché il suo potenziale intimidatorio nei confronti della comunità di appartenenza sia rimasto intatto, elemento, nel caso di specie, non provato. Infine, una recente decisione della Cassazione (Cass. Pen. 8.6.2018 n. 43898 in *www.dejure.it*) ha sancito la natura mafiosa di un gruppo criminale rumeno operante a Torino (c.d. *Brigada Oarza*, già oggetto di altro, precedente e autonomo procedimento penale esitato parimenti in una condanna *ex* art. 416-*bis* Cp: si v. a riguardo Cass. Pen. 9.6.2017 n. 36111, in *www.dejure.it*, le cui argomentazioni sono state in parte riproposte dalla sentenza successiva, come si vedrà appresso). In particolare, dopo aver affermato che la forza di intimidazione dell'associazione si può esplicare in vari modi ed è ravvisabile anche in assenza di elementi che dimostrino la concreta commissione di atti prevaricatori, purché vi sia un clima di diffusa intimidazione derivante dalla capacità del sodalizio criminale di esercitare violenze e minacce, la Corte statuisce che, per sussumere le mafie straniere *sub* art. 416-*bis* Cp, occorrerebbe elaborare «nuove linee guida ai fini dell'ermeneusi del concetto di 'metodo mafioso' e, quindi, dell'applicazione della norma a tali 'nuovi' fenomeni criminali contemplati dalla disposizione». In questo senso, per applicare il delitto in esame anche ad organizzazioni

In senso sostanzialmente analogo si sono mosse quelle poche[108] pronunce che hanno applicato l'art. 416-*bis* Cp ai *secret cults*, sulle quali ora ci si soffermerà, rinviando al prossimo paragrafo brevi considerazioni circa la portata innovativa dell'intervento approntato dal d.l. 92/2008 e lo stato attuale del metodo mafioso[109] nel diritto vivente.

---

straniere già operanti in patria, sarebbe necessario che queste esplicassero anche sul territorio italiano una carica intimidatrice effettiva, e non solo potenziale, non essendo possibile, secondo la Corte, prescindere dagli elementi tipici di fattispecie, richiamati, per le consorterie straniere, dall'ult. co. dell'art. 416-*bis* Cp, il cui inserimento avrebbe unicamente adeguato la normativa a un dato già chiaro e conseguito per via di interpretazione: in altri termini, poiché il metodo mafioso rappresenta il «dato di qualificazione» del sodalizio (e, sia consentito precisarlo, di qualsiasi sodalizio) *ex* art. 416-*bis* Cp, esso non può rimanere allo stato di mera potenzialità, presupponendo piuttosto una concreta e riscontrabile manifestazione esterna. La Corte sostiene dunque che l'art. 416-*bis* Cp sia ravvisabile anche qualora il gruppo criminale straniero, ancorché non rispondente al modello tradizionale di "associazione mafiosa", presenti i tratti costitutivi tipici della fattispecie incriminatrice: cioè che abbia una reale capacità di intimidazione scaturente dal vincolo associativo, funzionale alla realizzazione del programma criminale, dalla quale consegua una condizione di omertà e di assoggettamento in un numero indeterminato di soggetti appartenenti ad una determinata e circoscritta comunità etnica: cfr. *Relazione semestrale* per il 2° semestre 2019 ad opera della D.I.A., 465. Sulla compatibilità dell'art. 416-*bis* Cp con consorterie straniere, si v. G. Grasso, *Compatibilità tra la struttura del reato di cui all'art. 416* bis *e i moduli organizzativi della criminalità straniera*, in AA. VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Vol. IV, Torino 2010, 1753-1777; P. Scevi, *Riflessioni sulla compatibilità tra la struttura del reato di cui all'art. 416* bis *Cp ed i sodalizi criminali di matrice etnica*, in *RP* 2011, 855 ss.; S. Petralia, *La criminalità organizzata di origine straniera: il fenomeno delle nuove mafie fra paradigma socio-criminologico e paradigma normativo*, in *IP* 1/2013, 106 ss.; A. De Bonis, *Mafiosità ed associazioni mafiose nella contemporaneità. La normativa antimafia in relazione all'evoluzione delle mafie*, in *Rass. It. Crim.* 3/2014, 201 ss.; C. Visconti, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416*-bis*?*, in *www.penalecontemporaneo.it* 22 settembre 2014; G. Amato, *Mafie etniche, elaborazione e applicazione delle massime di esperienza: le criticità derivanti dall'interazione tra "diritto penale giurisprudenziale" e legalità*, in www.penalecontemporaneo.it 4 novembre 2014; A.M. Maugeri, *Vecchie e nuove sfide per la fattispecie di associazione di stampo mafioso*, in *Mafie, antimafia e cittadinanza attiva*, a cura di R. Barcellona, A. Fisichella, S. Laudani, Milano 2021, 165 ss.

[108] Tra i procedimenti penali a carico di cittadini nigeriani non sono ancora numerosi quelli in cui è (stato) contestato l'art. 416-*bis* Cp, e di questi non tutti sono giunti a sentenza definitiva: la prevalente giurisprudenza sul tema è dunque di natura cautelare. Ad ogni modo, per lungo tempo le agenzie di contrasto formali e la giurisprudenza non si sono interessate alla configurabilità di associazioni di tipo mafioso a matrice nigeriana; e anche quando lo hanno fatto le loro attività sono state probabilmente viziate da precomprensioni sociologicamente orientate e da uno scarso interesse ad approfondire le dinamiche interne alla comunità nigeriana, il che ha ragionevolmente portato ad una complessiva sottovalutazione del fenomeno tale da omettere, nella maggior parte dei casi, valutazioni attinenti ai tratti tipici della fattispecie codicistica *ex* art. 416-*bis* Cp: l'assoggettamento e l'omertà derivanti dall'utilizzo sistemico della forza di intimidazione del gruppo criminale; con la conseguenza che le decisioni in questione hanno prevalentemente riguardato le fattispecie associative previste dall'art. 416 Cp (eventualmente aggravato ai sensi del co. 6) e dall'art. 74 d.P.R. 309/1990.

[109] Il metodo mafioso costituisce sostanzialmente il *quid proprium* di illiceità penale dell'art. 416-*bis* Cp ed è descritto nei seguenti termini dal co. 3 della disposizione in parola: «[avvalersi] della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali». Sul co. 3 dell'art. 416-bis Cp come «ibrido risultato di una giustapposizione» nella quale «agli elementi costitutivi della tradizionale fattispecie penale dell'associazione per delinquere» sono affiancati «quelli che sono venuti delineandosi come i presupposti di applicazione di una "fattispecie preventiva" di prevalente formazione giurisprudenziale», in relazione alla giurisprudenza formatasi in relazione agli "indiziati di appartenere ad associazioni mafiose" *ex* art. 1, l. 31.5.1965, n. 575, si v. G. Fiandaca, *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982 n. 646*, in *LP* 1983, 257 ss.; sulla «*infelice formulazione*» dell'art. 416-*bis* Cp, che elenca una serie di finalità eterogenee, alcune delle quali sono lecite, altre illecite, mentre altre costituiscono delitto, con conseguente ambiguità della formulazione impiegata per definire il metodo mafioso, si v. A. Cavaliere, *L'associazione di tipo mafioso*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 391 ss.; più in generale, sul "metodo mafioso", si v. (ma senza pretese di esaustività) G. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*[4], Padova 1993; M. Pelissero, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, in *Reati contro la personalità dello stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, Torino, 2010, 284 ss.; A. Ingroia, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano 1993; Id., *Associazione di tipo mafioso*, in *ED*, Agg. I, 1997, 135 ss.; M. Ronco, *L'art. 416*-bis *nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., 31 ss.; G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*[3], Milano 2015, 283 ss.; C. Grandi, *The contribution of Italian case law in defining the notion of "mafia"*, in www.lalegislazionepenale.eu, 28.11.2016; S. Riondato, D. Provolo, *Associazioni di tipo mafioso anche*

Le prime decisioni in materia sono due sentenze rese dalla Cassazione del 2007.
L'una[110] si pone a conclusione di un procedimento penale avente ad oggetto una serie di gravi delitti contro la persona commessi nel territorio catanese da un sodalizio nigeriano sussunto nel paradigma dell'art. 416-*bis* Cp. Nella sua concisa motivazione, la Corte ritiene integrata la fattispecie *de qua* avendo verificato la sussistenza di assoggettamento e omertà conseguenti all'impiego di «un metodo di condizionamento e di intimidazione, realizzato mediante la prospettazione di eventi nefasti in caso di inosservanza di un solenne giuramento al quale le donne nigeriane, destinate all'immigrazione clandestina in Italia, erano obbligate». Tanto è sufficiente per ravvisare la connotazione mafiosa dell'associazione[111], dal momento che «una corretta lettura della norma di cui all'art. 416-bis Cp […] postula libertà di forme, riconnettendo la caratteristica della mafiosità all'irresistibile forza di intimidazione conseguente al vincolo associativo e, ad un tempo, allo sfruttamento della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva non solo nei confronti della realtà esterna, ma anche degli stessi associati»; del resto, si afferma, è necessario «contestualizzare e relativizzare la nozione stessa di mafiosità» rispetto al contesto socio-culturale nel quale si collocano le condotte in esame.
L'altra decisione del 2007 è invece una pronuncia cautelare[112] intervenuta nell'ambito di un procedimento penale condotto a Torino[113] a carico di alcuni appartenenti a cellule locali di EIYE e *Black Axe*. La Corte afferma qui che l'art. 416-*bis* Cp poggerebbe sull'implicito requisito del controllo del territorio, da intendersi non come un'area geografica, bensì come una comunità o aggregazione sociale, in ragione della «matrice sociologica della definizione normativa» del metodo mafioso e della *ratio* di tutela delle vittime del sodalizio. Ne discende l'adesione al principio di diritto per il quale possono definirsi mafiose anche organizzazioni che, pur non avendo il controllo di tutti coloro che si trovano in una determinata area nazionale, sono finalizzate ad assoggettare al proprio potere criminale un numero indeterminato di persone ivi immigrate o fatte immigrare clandestinamente, avvalendosi di metodi mafiosi e della forza di intimidazione del vincolo associativo, purché tali caratteristiche abbiano un sostrato empirico riscontrabile. Il che nel caso di specie sarebbe stato correttamente individuato, stante la diffusa e totale omertà delle vittime del sodalizio (gli immigrati nigeriani)[114], aggravata dal timore di ritorsioni nei confronti dei famigliari rimasti in patria; la gravità quantitativa e qualitativa dell'intimidazione all'interno e all'esterno del gruppo, finalizzata a realizzare vantaggi ingiusti e delitti di varia natura; la presenza di una struttura delinquenziale organizzata, dotata di un'elevata capacità criminale. Tali conclusioni erano sostanzialmente condivise dalla sentenza di Cassazione che nel 2010 concludeva il giudizio[115], ove si sanciva la natura mafiosa delle espressioni torinesi di *Black Axe* ed EIYE: dirimente a tal fine affermare che l'art. 416-*bis* Cp farebbe riferimento all'archetipo di una struttura criminale replicabile da parte di qualsiasi associazione delinquenziale che ne riproduca le caratteristiche essenziali

---

straniere, in *Reati contro l'ordine pubblico*[2], a cura di G. Fornasari, S. Riondato, Torino 2017, 65 ss.; G. Amarelli, *Mafie delocalizzate all'estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, in *RIDPP* 3/2019, 1220-1128; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte Speciale. Vol. 1*[6], Bologna 2021, 513 ss.; R. Bartoli, *I delitti contro la sicurezza dello stato e contro l'ordine pubblico*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 767 ss.

[110] Si tratta di Cass. 20.11.2007 n. 10431 in *www.leggiditaliaprofessionale.it*.

[111] Si osservi come l'associazione non sia mai definita *secret cult* dalla pronuncia di legittimità qui in commento. D'altro canto, la sentenza sottolinea che «il vincolo era connesso al rito *woodoo*», definito «una pratica tribale che avvinceva definitivamente chi lo praticava e che garantiva ai capi dell'organizzazione la fedele obbedienza delle adepte».

112 Si tratta in questo caso di Cass. 13.3.2007 n. 15595 in *www.dejure.it*.

[113] Come si anticipava *supra*, il capoluogo piemontese rappresenta uno dei principali luoghi di insediamento dei *secret cults*. La presenza cultista è riscontrata dalle numerose pronunce rese (in fase cautelare) a riguardo: si v. ad esempio le recenti Cass. 10.9.2020 n. 29134 in *www.dejure.it*; Cass. 20.4.2021 n. 19596 (entrambe aventi ad oggetto cellule locali di *Maphite*) in *www.dejure.it*.

[114] Non pare invece che sia valorizzato in maniera autonoma il requisito dell'assoggettamento, suscettibile invece di assumere una maggiore rilevanza, tenuto conto delle continue pratiche violente e intimidatorie perpetrate dai *secret cults* nei confronti delle vittime, nonché – nel caso delle vittime di tratta sottoposte a sfruttamento sessuale – dell'estremo condizionamento psicologico derivante dalla sottoposizione ai riti *juju*.

[115] Cass. 5.5.2010 n. 24803 in *CP* 5/2011, 1731 ss., con nota di R. Cappitelli, *Brevi osservazioni intorno alla nozione di "associazione di tipo mafioso" e all'interpretazione dell'art. 416*-bis*, ultimo comma, Cp.*

individuate al co. 3.
La natura mafiosa di *Black Axe* e *EIYE* è stata ribadita nel 2015. In questa pronuncia[116] la Corte afferma che, in generale, l'associazione di tipo mafioso è connotata dalla sua capacità di proiettarsi verso l'esterno, per il suo radicamento nel territorio e per l'assoggettamento e l'omertà che può determinare nell'area di insediamento del sodalizio. Tali sarebbero i tratti dei *cults* in esame, entrambi in possesso del requisito strutturale, tipico del delitto associativo mafioso: un'elevata forza intimidatoria promanante dal vincolo associativo dalla quale consegue una condizione di assoggettamento ed omertà interna, in capo agli affiliati, ed esterna, in capo alle vittime (i membri della comunità nigeriana locale). Poste queste premesse, è agevole per la Corte confermare la mafiosità dei gruppi in questione. La sentenza del 2015 merita però ulteriore attenzione per il percorso logico-argomentativo seguito dalla Sezione I di Cassazione. Di interesse, in particolare, è il rilievo attribuito dai giudicanti alle finalità tipiche che il sodalizio criminale persegue avvalendosi del metodo mafioso, ai sensi dell'art. 416-*bis* co. 3 Cp. Tra i vari scopi ivi descritti[117], i giudici si soffermano in particolare sulla realizzazione di «profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri». Questa formula farebbe riferimento non solo a profitti di natura economica, bensì anche, più generalmente, a benefici che il sodalizio acquisisce per sé, per i suoi componenti o per altri soggetti, attraverso i delitti commessi dai sodali e sfruttando l'assoggettamento e l'omertà. Più in particolare, sostiene la Corte, il vantaggio consisterebbe nella posizione egemone, di superiorità gerarchica, ottenuta dai *secret cults* nella comunità nigeriana locale. Tale finalità, di per sé non illecita, si colorerebbe di una particolare ingiustizia derivante dalle modalità impiegate per raggiungerla: la reiterazione di varie minacce e violenze, anche di oggettiva gravità criminale, capaci di ingenerare una condizione di assoggettamento ai voleri dei *cults* e di diffusa omertà. Ebbene tali condotte, ancorché circoscritte unicamente alla platea di cittadini nigeriani residenti nel capoluogo piemontese, oltre a dare la misura di un metodo mafioso impiegato "in concreto", rendono irrilevante la liceità del fine, del tutto sopravanzata dall'illiceità del mezzo.
Nel medesimo solco ermeneutico si muove la sentenza con la quale la Corte di Cassazione, nel 2020, ha nuovamente affermato la mafiosità di una cellula torinese di EIYE, sancendo al contempo la medesima natura della cellula locale di *Maphite*[118]. La Cassazione prende le mosse dalla natura mista dell'art. 416-*bis* Cp, affermando che l'avvalersi della forza intimidatrice può esplicarsi in vari modi, sia limitandosi a sfruttare l'aura intimidatoria già conseguita dal gruppo, sia compiendo nuovi atti di violenza e di minaccia di cui occorre comunque un'esternalizzazione fattuale. Poiché il *proprium* dell'associazione mafiosa consiste in tale riverbero ambientale, la Corte ribadisce che il delitto in esame è configurabile anche in relazione a gruppi composti da cittadini stranieri operanti nel territorio italiano che mirano ad assoggettare al proprio potere criminale un numero indeterminato di persone appartenenti a una certa comunità, avvalendosi del metodo mafioso e della conseguente loro condizione di soggezione e omertà, pur senza avere il controllo del territorio. A riguardo, la Corte sostiene che il controllo del territorio, «requisito implicito di fattispecie», è integrato dal controllo della aggregazione sociale di riferimento, ottenuto mediante intimidazioni finalizzate a conseguire gli scopi *ex* art. 416-*bis* co. 3 Cp. In tale contesto, i «vantaggi ingiusti» possono anche non essere di natura economica, come nel caso di un sodalizio che voglia apparire e affermarsi come gruppo egemone di una comunità etnica di cospicue dimensioni. La Corte sostiene inoltre che, ai fini dell'integrazione dell'art. 416-*bis* Cp, è necessario che il gruppo abbia conseguito una reputazione criminale autonoma e distinta da quella dei singoli partecipi, manifestando una concreta capacità di intimidazione effettivamente percepita e in grado di produrre un assoggettamento omertoso, oggettivo e soggettivo. Da ciò discende che la fruizione della fama criminale dell'associazione originaria è un tratto solo eventuale, come solo eventuale è l'adozione dei modelli organizzativi di quest'ultima. In

[116] Cass. 1.10.2014 n. 16353 in *www.dejure.it*.
[117] Consistenti, lo si ricorda, nel commettere delitti, acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o il controllo di attività economiche, realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, impedire od ostacolare il libero esercizio del voto, procurare voti a sé od altri.
[118] Si tratta di Cass. 19.11.2020 (dep. 22.12.2020) n. 37081 in *www.dejure.it*.

questa cornice, i gruppi torinesi di *Maphite*[119] ed EIYE, già di per sé titolari della notorietà criminale posseduta e diffusa in Nigeria[120], avrebbero assunto una maggiore indipendenza ed autogestione rispetto alle cellule madri, potendo decidere in autonomia i loro programmi criminali e le strategie di espansione in Italia. Ciò sarebbe correlato a un'ulteriore, importante differenza tra i *secret cults* in Italia e le basi in Nigeria: mentre queste ultime sarebbero legate al mondo universitario, e tendenzialmente interessate ad infiltrarsi nella politica, le propaggini italiane sarebbero piuttosto attive nella gestione di attività illecite in materia di stupefacenti, prostituzione e clonazione di carte di credito; inoltre, le cellule nigeriane si limiterebbero a fornire un aiuto a quelle dislocate in Italia, in tal modo rafforzandone, ma non fondandone, la pericolosità[121].
Recenti interventi della giurisprudenza di legittimità hanno ribadito la sussumibilità[122] di alcuni *secret*

[119] Come si ricordava *supra*, una recente operazione investigativa ha portato al ritrovamento del documento costitutivo di *Maphite*, denominato *Green Bible*. Valorizzando questo documento, parte della giurisprudenza ha di recente ribadito – ancorché in sede cautelare – la riconducibilità di una cellula locale di *Maphite* alla fattispecie associativa *ex* art. 416-*bis* Cp: si v. a riguardo Cass. 19.2.2021 n. 28441, in *www.dejure.it*.

[120] La fama criminale ottenuta in Nigeria e l'ermetica organizzazione dei *secret cults* sono elementi costantemente valorizzati dalla Cassazione per argomentare la "mafiosità" dei gruppi volta per volta oggetto di indagine. Del resto, i *secret cults* sono dotati di autorità legislative, esecutive e giurisdizionali, potendosi pertanto definire quale anti-Stato il cui scopo sarebbe quello di affermare il proprio predominio nella comunità etnica di appartenenza, realizzando profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri; parimenti, la capacità di intimidazione tipica dei *cults* sul territorio italiano sarebbe direttamente proporzionale alla fama criminale conseguita in Nigeria, grazie alla quale sarebbe possibile condizionare e controllare le comunità nigeriane ivi residenti. Sulla concezione di mafia come ordinamento (giuridico), si v. in generale G. Fiandaca, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *FI* 1995, 21 ss.

[121] Dai rilievi concernenti l'autonomia tra i *secret cults* attivi in Italia e le cellule madri rimaste in Nigeria discende la configurabilità dell'aggravante della transnazionalità *ex* art. 4 l. 146/2006 (ora trasfusa nell'art. 61-*bis* Cp, in ossequio al principio della riserva di codice). A riguardo, segnatamente, la Corte procede anzitutto considerando che il gruppo criminale organizzato *ex* l. 146/2006, è configurabile in presenza di (1) stabilità di rapporti fra gli adepti; (2) minimo di organizzazione senza formale definizione di ruoli; (3) non occasionalità o estemporaneità dell'organizzazione stessa; (4) costituzione in vista anche di un solo reato e per il conseguimento di un vantaggio finanziario o di altro vantaggio materiale. La Corte afferma dunque (conformemente a Cass. S.U. 18374/2013), che l'aggravante della transnazionalità è applicabile al reato associativo, purché il gruppo criminale organizzato transnazionale non coincida con l'associazione a delinquere, sostenendo altresì che l'aggravante in questione può applicarsi anche quando il gruppo criminale organizzato commetta un reato associativo, a condizione che non ricorra una "immedesimazione" tra le due strutture criminose. Tale sarebbe il caso dei *secret cults*, quantomeno nel caso di specie, atteso che le associazioni operanti in Italia erano sorte nel corso di ordinari fenomeni migratori, e non per una decisione dei *secret cults* nigeriani; le propaggini locali avevano autonomamente mutuato schemi delle associazioni madri nigeriane, dandosi però un proprio coordinamento nazionale senza ingerenze nigeriane; avevano soltanto versato contributi alle cellule madri, come una sorta di *franchising* criminale; gli arruolamenti avvenivano autonomamente in Italia, ove i *cults* beneficiavano dell'alone intimidatorio offerto dalla provenienza nigeriana, pur possedendo una forza intimidatrice propria; i *secret cults* attivi in Nigeria perseguono interessi differenti, preferendo infiltrarsi in ambienti politici e istituzionali, mentre quelli italiani commettono reati ordinari (traffici di stupefacenti, controllo della prostituzione, immigrazione clandestina, clonazione di carte di credito). La Corte giunge quindi a rigettare il motivo di gravame *sub* aggravante della transnazionalità, confermandone la sussistenza, conformemente a quanto deciso in primo grado e in appello. Conforme a questa decisione la successiva Cass. 3.11.2022 n. 1880, in *www.dejure.it*, avente ad oggetto la compatibilità dell'aggravante in parola con i *secret cults* e altresì la responsabilità penale per il ruolo apicale di alcuni cittadini nigeriani nella struttura organizzativa cultista. In generale, sull'aggravante della transnazionalità, i cui rapporti con il reato associativo (ma anche con i reati-fine) sono oggetto di vario dibattito giurisprudenziale, si v. F. Fasani, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, nota a Cass. S.U., 23.4.2013, n. 18374, in *DPP* 7/2013, 793 ss.; L. Della Ragione, *L'aggravante della transnazionalità*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, a cura di V. Maiello, Torino 2015, 93 ss.; A. Mingione, *La configurabilità della circostanza aggravante della transnazionalità nei reati fine dell'associazione per delinquere: poche certezze e molte contraddizioni*, in *www.penalecontemporaneo.it* 2.2.2018.

[122] Di recente, la Cassazione, pronunciandosi in sede cautelare, è intervenuta nell'ambito di un procedimento penale avviato in Abruzzo nei confronti di cellule locali di *Black Axe* e *EIYE*, tendenzialmente per confermare la correttezza della qualificazione giuridica dei fatti nell'art. 416-*bis* Cp. Di particolare interesse sono le motivazioni di talune sentenze in materia. A riguardo si v. anzitutto Cass. 13.1.2021 n. 14225, in *www.dejure.it*, ove si sostiene l'esistenza di una fondamentale distinzione tra le «mafie c.d. "storiche"», che godono di un «capitale criminale» ottenuto per accumulo della forza di intimidazione, e «mafie straniere a base etnica», per le quali invece «la sussistenza della forza di intimidazione deve essere verificata non su base "storica", ma in concreto, attraverso la registrazione della consumazione reiterata di azioni illecite, di regola a base violenta, idonee a strutturale il capitale criminale del consorzio»; a ciò

cults nel paradigma normativo dell'associazione per delinquere *ex* art. 416-*bis* Cp, collocandosi nel filone ermeneutico qui in commento. In questo senso è stata nuovamente confermata la mafiosità di una cellula palermitana di *Black Axe*[123] valorizzando, oltre alla segretezza e all'organizzazione gerarchica interna al gruppo, frequenti vessazioni nei confronti dei membri della comunità nigeriana locale e la conseguente, diffusa intimidazione all'interno della stessa, peraltro rinforzata dalla fama criminale dei *secret cults*.

6. Le pronunce giurisprudenziali che affermano la natura mafiosa dei *secret cults* applicano ad essi direttamente l'art. 416-*bis* co. 3 Cp senza ricorrere all'ultimo comma della fattispecie in parola, il quale, pure, sembra specificamente riferirsi a fenomeni differenti dalla mafia tradizionale, sancendo che «le disposizioni contenute [nell'art. 416-*bis* Cp] si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, anche straniere, comunque localmente denominate, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso».
La dottrina è divisa sulla natura, sulla portata – così come, comprensibilmente, sull'utilità – dell'ult. co. dell'art. 416-*bis* Cp, anche a seguito delle interpolazioni succedutesi tra il 2008 e il 2010[124].
Alcuni commentatori hanno sostenuto che la clausola di equiparazione consentirebbe di svincolare l'applicazione della fattispecie dai territori a tradizionale infiltrazione mafiosa[125] e sarebbe così suscettibile di assumere una propria autonomia concettuale[126]. Altri hanno sostenuto che gli interventi del 2008 e del 2010 avrebbero avuto natura meramente ricognitiva, tale cioè da esplicitare un dato già da tempo acquisito: la maggiore ampiezza del fenomeno associativo-mafioso rispetto a quello rappresentato dalla cosca siciliana. Ciò sarebbe già stato confermato dall'utilizzo, nella rubrica della

---

corrisponde un'ulteriore differenza tra i sodalizi in esame, consistente nel fatto che le mafie a base etnica possono impiegare la forza di intimidazione non tanto o non solo per controllare il territorio, bensì anche – e soprattutto – per ottenere una posizione di predominio rispetto ad un gruppo di persone caratterizzata dalla medesima appartenenza etnica degli agenti. In questo contesto, i precedenti giurisprudenziali che affermano la mafiosità di *EIYE* – definita «associazione antistatuale su base etnica con finalità aggregante» – possono assumere argomento a sostegno dell'attuale correttezza di una siffatta qualificazione giuridica, per confermare la quale è però necessario il riscontro concreto di atti di intimidazione. In senso analogo, si v. Cass. 26.10.2021 (dep. 2022) n. 719, in *www.dejure.it*, ove si valorizzano altresì i collegamenti tra la propaggine locale di *Black Axe* e la sede centrale, operante in Nigeria; Cass. 26.10.2021 (dep. 2022) n. 721, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, ove ci si sofferma sul recentissimo orientamento giurisprudenziale che ha stabilito la valenza dell'affiliazione rituale a un *clan* "storico" quale «indizio grave della condotta di partecipazione al sodalizio», qualora risulti, tenuto conto del contesto, «un patto reciprocamente vincolante e produttivo di un'offerta di contribuzione permanente» tra il singolo e il sodalizio (si tratta di Cass. S.U. 27.5.2021 n. 36958, con note di V. Maiello, *La partecipazione associativa tra (fuga dalla) tipicità e (assorbimento nella) prova*, in *GI* 3/2022, 732 ss.; F. Capitani, *Sezioni Unite: il "battesimo iniziatore" fa dell'affiliato un mafioso*, in *D&G* 6/2021, 6 ss.; S. De Blasis, *L'affiliazione rituale come indizio da contesto: la partecipazione tra "essere" e "fare"*, in *www.archiviopenale.it* 4.1.2022; G. Amarelli, *La tipicità debole della partecipazione mafiosa e l'affiliazione rituale: l'incerta soluzione delle Sezioni Unite tra limiti strutturali del 416*-bis *e possibili alternative*, in *DPP* 6/2022, 786 ss.; per l'ordinanza di rimessione, si v. Cass. 28.1.2021 n. 5071, con nota di V. Maiello, *L'affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle Sezioni Unite*, in *www.sistemapenale.it* 10.5.2021); in senso conforme, si v. Cass. 26.10.2021 (dep. 2022) n. 722, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*; Cass. 22.2.2022 n. 16232, in *www.dejure.it*.

[123] Cass. 2.4.2021 (dep. 23.6.2021) n. 24495, in *www.dejure.it*. In senso analogo, Cass. 9.3.2022 (dep. 13.4.2022) n. 14300 in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, ha confermato la qualificazione giuridica di una propaggine partenopea di *Black Axe* già operata dalla Corte d'Appello campana.

[124] Risale al 2008 l'inserimento dell'inciso «anche straniere», tanto nella *rubrica legis* quanto nell'ultimo co. dell'art. 416-*bis* Cp, mentre è del 2010 l'introduzione del riferimento «alla 'ndrangheta». Per una ricostruzione del dibattito dottrinale intorno alla (interpolazione della) fattispecie *de qua*, si v. G. Amato, *op. cit.*, 268-269.

125 In giurisprudenza, si v. Cass. 14.1.1987, in *CP* 1988, 1163; più di recente, in senso sostanzialmente analogo, Cass. 4.3.2017, n. 270442, in *www.dejure.it*.

[126] Osserva come l'ultimo comma della norma in parola «autorizzi ampiamente la "delocalizzazione" del fenomeno tipico», poiché la clausola «comunque localmente denominate» avrebbe la funzione di permettere la «frantumazione della monoliticità dell'associazione mafiosa», indicando che la realtà associativa deve essere parametrata strutturalmente rispetto al territorio in cui insiste P. Gaeta, *Nuove mafie: evoluzione di modelli e principio di legalità*, in *CP* 9/2018, 2718 ss.

norma, della locuzione «associazioni di tipo mafioso» piuttosto che di «associazione mafiosa»[127], nonché dalla tipizzazione delle – vaste – finalità illecite perseguite.
Altra parte della dottrina ha invece rilevato la radicale superfluità della previsione in esame, dal momento che la norma sarebbe già stata in grado, di per sé, di ricomprendere nella sua sfera applicativa quelle conventicole che presentino, sotto il profilo strumentale e finalistico, tutti gli elementi caratteristici dell'associazione mafiosa. La funzione di tale disposizione – e nella specie, dell'inciso «anche straniere» – sarebbe dunque meramente simbolica[128]. Trattasi dell'unica interpretazione che, ancorché confliggente con il canone ermeneutico tendente ad attribuire a ciascuna fattispecie incriminatrice una propria autonomia concettuale, consente di accantonare dubbi di legittimità costituzionale della fattispecie in relazione al principio di tassatività[129] e al principio di uguaglianza, anche in relazione alla proporzionalità della sanzione penale. La clausola di equiparazione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 416-*bis* Cp è difatti sprovvista di qualsiasi riferimento espresso all'assoggettamento e all'omertà, elementi costituenti tuttavia il *proprium* (oggettivo e penalistico, in termini di disvalore del fatto) della fattispecie. Laddove si affermasse l'autonomia concettuale e strutturale dell'ultimo comma, si giungerebbe al paradosso di sanzionare con la medesima pena – peraltro particolarmente elevata (da dieci a quindici anni, ovvero da dodici a diciotto anni a seconda del ruolo ricoperto, cui si aggiunge un gravoso regime penitenziario differenziato) – fattispecie tra loro eccessivamente divergenti: esitando così, per un verso, in un'interpretazione analogica *in malam partem* dell'art. 416-*bis* Cp, per altro verso in un'evidente lesione del principio di uguaglianza, e, per altro verso ancora, nel sovvertimento della proporzionalità tra fatto e pena.
Accantonati i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 416-*bis* Cp, ult. co., occorre ora verificare in che modo la giurisprudenza applichi la fattispecie alle formazioni criminali differenti da quelle tradizionali propriamente considerate.

6.1. La prassi applicativa palesa taluni tentennamenti circa l'applicabilità dell'art. 416-*bis* Cp alle

[127] Quest'ultima locuzione non è invero suscettibile di ricomprendere qualsiasi forma di criminalità organizzata che utilizza metodi intimidatori da cui conseguono assoggettamento e omertà, come invece è in grado di fare la locuzione "associazione di tipo mafioso". Peraltro, una siffatta astrazione dei tratti salienti della mafia non era prevista nella proposta legislativa, che aveva invece aderito alla locuzione «*associazione mafiosa*», come sottolinea G. Spagnolo, *op. cit.*, 97.
[128] Per la tesi della superfluità, si v. G. Fiandaca, *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *FI*, 1985, 301 ss; G. Spagnolo, *op. cit.*, 83; più di recente, si v. M. Pelissero, *op. cit.*, 286 ss.; L. Fornari, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo di intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia" fino a "Mafia Capitale"*, in *www.penalecontemporaneo.it* 9.6.2016; G. Insolera, T. Guerini, *op. cit.*, 95 ss. Ciò sarebbe peraltro coerente con la – criticabile – tendenza all'utilizzo simbolico dello strumento penale. A riguardo, si v. AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, dibattito promosso nell'ambito della AIPDP, in *www.penalecontemporaneo.it* 21.12.2016; S. Bonini, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli 2018.
[129] Già la versione originaria dell'art. 416-*bis* Cp era stata tacciata di esser «estremamente vaga ed elastica» da P. Nuvolone, *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *RIDPP* 1/1984, 3 ss. (*contra*, G. Neppi Modona, *Associazione di tipo mafioso*, in *Studi in onore di Giacomo Delitala II*, Milano 1984, 882 ss., per il quale «il risultato [della tecnica incriminatrice impiegata] è comunque il pieno rispetto del principio di tipicità, in quanto gli elementi descritti dall'art. 416-bis comma 3° Cp sono più che sufficienti ad individuare … il fenomeno mafioso», giungendo persino a sostenere che «il legislatore avrebbe potuto anche ricorrere alla tecnica degli elementi normativi di fattispecie, limitandosi a fare riferimento alla associazione mafiosa pur senza definirla»); con riguardo all'ultimo comma di fattispecie, G. Insolera, *Considerazioni sulla nuova legge antimafia*, in *PD* 4/1982, 691. Analoghi dubbi di legittimità costituzionale derivano dalla particolare tecnica normativa utilizzata nella disposizione in questione, ove si fa ora riferimento «alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso». Né la menzione degli «scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso» pare sufficientemente in grado di soddisfare esigenze di determinatezza della fattispecie, il cui tipo legale è sostanzialmente afflitto da astrattezza. Per tali critiche, in generale, si v. G.A. De Francesco, Societas sceleris. *Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *RIDPP* 1/1992, 54 ss.; più di recente, v. S. Riondato, D. Provolo, *op. cit.*, 92 ss.; G. Insolera, T. Guerini, *op. cit.*, 93 ss.

associazioni per delinquere che impiegano condotte riconducibili al metodo mafioso in luoghi nei quali manifestazioni mafiose "storiche" non vi siano (ancora) state[130].
Il riferimento corre qui a quei fenomeni criminali oramai definiti «piccole mafie» o «mafie autoctone». A riguardo, il principale ostacolo interpretativo sarebbe dato dalla possibilità di riscontrare o meno un'autonoma forza intimidatrice promanante dal vincolo associativo di tali associazioni, potendosi piuttosto verificare atti di intimidazione singoli e concreti[131] provenienti da singoli soggetti eventualmente dotati di una loro propria carica intimidatoria.
In punto di diritto, il tema afferisce all'annosa questione ermeneutica del metodo mafioso, del quale gli associati *ex* art. 416-*bis* Cp «si avvalgono»: ma se ne avvalgono in concreto, tramite un effettivo impiego della forza intimidatrice, o è sufficiente che si propongano di conseguire i loro obiettivi mediante il mero ricorso potenziale ad essa[132]?
Paradigmatica della complessità sottesa alla questione è l'oscillazione definitoria che ha contraddistinto la vicenda giudiziaria ribattezzata "Mondo di mezzo" (altresì nota come "Mafia Capitale"). Accertata l'assenza di un concreto, effettivo sistema di intimidazioni criminali perpetrato dagli appartenenti al macro-gruppo in esame, il fenomeno indagato è stato: ritenuto mafioso in fase cautelare[133]; ritenuto non mafioso all'esito della pronuncia di primo grado[134]; riqualificato in mafioso dalla Corte di Appello di Roma[135]; definito infine non mafioso all'esito del giudizio di Cassazione[136].
Vicenda, questa, dai percorsi e dagli esiti significativamente divergenti rispetto alle – quasi coeve –

[130] Come acutamente rilevato, le difficoltà interpretative in questione derivano in buona parte dalla natura originariamente emergenziale della fattispecie *ex* art. 416-*bis* Cp: che, come tutte le norme di carattere eccezionale, non si presta facilmente ad essere estesa al di fuori dell'ambito di applicazione per la quale era stata designata. Cfr. A.M. Dell'Osso, *I "limiti" del reato di associazione di tipo mafioso di fronte alle "mafie in trasferta"*, in *Riv. Studi Ricerche Crim. Org.* 2016, 63 ss. Del resto, già nella sua originaria versione l'art. 416-*bis* Cp presentava «*tutti i segni caratteristici della legislazione dell'emergenza*», anche perché si trattava «di una legge varata sotto forti spinte emotive, pur se l'iter di elaborazione della legge, svoltosi in sedi istituzionali e non, risal[iva] nel tempo»: da qui, peraltro, la presenza di «alcune sviste, difetti di coordinamento e incertezze del dettato normativo che aprono la strada a diverse interpretazioni». Così F. Bricola, *Commento alla L. 13/9/1982, n. 646,* in *LP* 1983, 237 ss. D'altro canto, si è osservato che l'applicazione dell'art. 416-*bis* Cp impone uno studio della sua matrice sociologica, il che richiede di «verificarne l'adattabilità alle esigenze interpretative poste dal raffronto con le peculiarità proprie di formazioni criminali non autoctone»: in termini G. Amato, *op. cit.*, 272 ss.
[131] S. Riondato, D. Provolo, *op. cit.*, 94.
[132] Questione già puntualmente individuata da G. Fiandaca, *Commento*, cit., 261 ss.
[133] Per la fase cautelare, si v. Cass. 10.4.2015 n. 24535 e n. 24536, in *www.dejure.it.*
[134] T. Roma 20.7.2015 sentenza n. 11730, con nota di E. Zuffada, *Per il Tribunale di Roma "Mafia Capitale" non è mafia: ovvero, della controversa applicabilità dell'art. 416*-bis *c.p. ad associazioni criminali diverse dalle mafie "storiche"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29.11.2017.
[135] App. Roma Sez. III, 11.9.2018, sentenza n. 10010, con nota di C. Greco, *Mafia capitale: il banco di prova dell'art. 416*-bis *Cp*, in *www.penalecontemporaneo.it* 21.6.2019.
[136] Cass. 22.10.2019 n. 18125, con commento di G. Amarelli, C. Visconti, *Da "mafia capitale" a "capitale corrotta". La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime*, in *www.sistemapenale.it* 18.6.2020; si v. altresì le note a sentenza di G. Fiandaca, *Metodo mafioso e metodo corruttivo non vanno sovrapposti*, in *FI (web)*, 26.6.2020; P. Pomanti, *Alle "origini" della fattispecie. Brevi note sull'art. 416*-bis *Cp*, in *Dir. Dif.* 4.9.2020, 675 ss.; G. Amarelli, *Mafia capitale: per la Cassazione non si tratta di vera mafia*, in *CP*, 2020, 3644 ss.; L. Della Ragione, *"Mafia Capitale" e "mafia corrotta": la parola definitiva della Suprema Corte nel processo di stabilizzazione giurisprudenziale dell'associazione di tipo mafioso*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 21.10.2020; E. Mezzetti, *Quel che resta di "Mafia capitale"*, in *www.discrimen.it* 25.11.2020; E. Zuffada, *Non-mafia capitale: l'ultima parola della Cassazione*, in *GI* 2/2021, 420 ss.

indagini che hanno coinvolto il c.d. *clan* Fasciani[137] e il c.d. *clan* Spada[138] e che hanno dato luogo a procedimenti penali esitati in condanne *ex* art. 416-*bis* Cp. Dirimente in tutti questi casi l'adesione al paradigma per il quale il metodo mafioso deve essere impiegato in concreto: così, in assenza di un fattuale riscontro di assoggettamento e omertà, sarebbe preclusa l'applicazione dell'art. 416-*bis* Cp. Sul modo in cui condurre l'indagine volta ad accertare l'effettivo impiego del metodo mafioso soccorrono le argomentazioni contenute nelle sentenze Fasciani: poiché l'art. 416-*bis* Cp, reato associativo a natura mista, ricomprende non solo le mafie storiche, ma anche «piccole mafie con un basso numero di appartenenti»[139], per farne applicazione è necessario ricercare un coefficiente di effettività alla stregua del quale poter affermare che il «sodalizio si sia manifestato in forme tali da aver offerto la dimostrazione di possedere in concreto quella forza di intimidazione e di essersene poi avvalso», a prescindere dal territorio di riferimento e dal *nomen* impiegato, perché se per raggiungere gli obiettivi tipici *ex* art. 416-*bis* Cp «un'associazione priva di storia determina, in un certo alveo sociale e ambientale, un clima diffuso di intimidazione che genera uno stato di assoggettamento (…) e di omertà (…), non viene affatto in discorso un'applicazione analogica della fattispecie, ma una normale applicazione del fatto tipizzato», ben potendo difatti la norma adattarsi a chiunque «dia vita o partecipi ad un sodalizio che persegua quei fini con quel metodo»; e si giunge persino a fornire al giudice delle linee guida[140] sulla base delle quali condurre il giudizio concreto di conformità al tipo legale di riferimento[141].
Evidente il tentativo, davvero apprezzabile, di attribuire al dettato normativo *ex* art. 416-*bis* co. 3 Cp una maggiore tassatività, connotandone al contempo in modo più pregnante la (concreta) offensività, nel solco di quella corrente ermeneutica che, per l'integrazione dell'art. 416-*bis* Cp, richiede una

[137] Il *clan* Fasciani, attivo nella zona del litorale di Ostia, è stato oggetto dell'indagine "Alba nuova", avviata nel 2013 e sfociata in un *iter* processuale piuttosto articolato, nell'ambito del quale la Cassazione è intervenuta per ben due volte quale giudice di ultima istanza. Nella specie, il Tribunale di Roma, nel gennaio 2013, affermava la mafiosità del gruppo oggetto di indagine; nel 2015, la Corte d'Appello di Roma la negava; nel 2017, la Cassazione, annullando con rinvio tale ultima sentenza, invitava la Corte d'Appello a riconsiderare l'applicabilità dell'art. 416-*bis* Cp; la Corte d'Appello di Roma quale giudice del rinvio, conformemente all'indicazione della Cassazione, condannava *ex* art. 416-*bis* Cp; infine, nel novembre 2019, la Cassazione confermava definitivamente la natura mafiosa del gruppo in questione. Si v. Cass. 29.11.2019 n. 10255, con nota di L. Cattelan, *La Cassazione alle prese con la configurabilità del metodo mafioso in relazione alle organizzazioni criminali autoctone*, in *Ilpenalista.it* 26.5.2020, e di F. Salviani, *Osservazioni a Cass. Pen. Sez. II, Ud. 29 novembre 2019 (dep. 16 marzo 2020), n. 10255*, in *CP* 7/2020, 2728 ss.; G. Amarelli, *Mafie autoctone: senza metodo mafioso non si applica l'art. 416*-bis *Cp*, in *GI* 10/2020, 2249 ss.; e con commento di A. Manna, A. De Lia, *"Nuove mafie" e vecchie perplessità. Brevi note a margine di una recente pronuncia della Cassazione*, in *www.archiviopenale.it* 15.4.2020, 264 ss.; C. Visconti, "*Non basta la parola mafia": la Cassazione scolpisce il fatto da provare per un'applicazione ragionevole dell'art. 416 bis alle associazioni criminali autoctone*, in *www.sistemapenale.it* 24.3.2020; E. Damante, *Art. 416*-bis *Cp e associazioni criminali "senza nome": la Cassazione propone uno "*screening *di mafiosità" con riferimento al* Clan *Fasciani di Ostia*, in *www.giurisprudenzapenale.com* 13.4.2020.

[138] Nel corso degli anni, vari procedimenti penali hanno interessato alcuni membri del *clan* Spada, parimenti operante sul litorale di Ostia. In alcuni di questi è stata riconosciuta l'aggravante *ex* art. 416-*bis*.1 Cp, ma è solo con l'indagine ribattezzata "Operazione eclissi" che si è contestato l'art. 416-*bis* Cp. La vicenda processuale che ne è conseguita è infine esitata in Cass. 13.1.2022 n. 25991, in *www.dejure.it*, che ha confermato la condanna *ex* art. 416-*bis* Cp. Si v. a riguardo G. Morello, *Il* clan *Spada è associazione mafiosa: una nuova applicazione dell'art. 416*-bis *Cp per le mafie non tradizionali*, in *www.giurisprudenzapenale.com* 22.6.2021.

[139] Così Cass. 26.10.2017 n. 57896, in *www.dejure.it*, in sede di primo rinvio.

[140] In specie, sono menzionati «intensità del vincolo di assoggettamento omertoso, la natura e le forme di manifestazione degli strumenti intimidatori, gli specifici settori di intervento e la vastità dell'area attinta dalla egemonia del sodalizio, le molteplicità dei settori illeciti di interesse, la caratura criminale dei soggetti coinvolti, la manifestazione esterna del potere decisionale, la sudditanza degli interlocutori istituzionali e professionali».

[141] Cass. 29.11.2019 n. 10255, in *www.dejure.it*, dalla quale sono tratte altresì le citazioni precedenti.

capacità intimidatrice attuale[142], empiricamente riscontrabile[143] attraverso atti materiali di violenza e minaccia[144], in qualunque modo essi siano declinati, purché tali da generare una forza di assoggettamento e di omertà che si riverberi tanto nei confronti dei sodali, quanto nei confronti delle vittime[145].

Il problema è che tale approccio ermeneutico è seguito solo da parte della giurisprudenza.

In particolare, rispetto alle mafie "tradizionali" si tende a ritenere sufficiente un impiego meramente potenziale del metodo mafioso. E ciò, quand'anche i sodalizi oggetto di indagine presentino talune analogie strutturali e fenomeniche con le piccole mafie, come nel caso delle propaggini locali delle mafie storiche al Nord Italia[146], che tendono a non indugiare in atti concreti di sopraffazione violenta (da qui, peraltro, la – discussa – definizione di «mafie silenti»[147]).

La giurisprudenza si è occupata di questioni concernenti l'applicabilità della fattispecie associativa di tipo mafioso a siffatti gruppi criminali a partire dai primi anni Duemila, in vicende che hanno

[142] In Cass. 16.7.2018 n. 55141, in *www.dejure.it*, si afferma che «la capacità intimidatrice del metodo mafioso è momento imprescindibile della figura criminosa oggetto di scrutinio [e] deve essere attuale, effettiva, deve avere necessariamente un riscontro esterno», non potendo essere «limitata ad una mera potenzialità astratta», ma dovendo «trovare conforto in elementi oggettivi che possano consentire all'interprete di affermare che l'azione riferibile ad un determinato gruppo organizzato di persone, strutturato secondo le connotazioni tipiche degli organismi di matrice mafiosa, sia anche effettivamente in grado di permeare (…) l'ambiente territoriale, economico, sociale, politico di riferimento, deviandone le dinamiche e piegandone ai propri scopi l'ordinario assetto».

[143] Cass. 4.7.2018 n. 6933 in *www.dejure.it*.

[144] Cfr. C. Visconti, *Mafie straniere*, cit., 371.

[145] I requisiti in parola sono talora fatti dipendere dal radicamento dell'associazione nel territorio di insediamento. Del resto, tratto tipico dell'associazione per delinquere di tipo mafioso sarebbe la sua proiezione esterna, il suo radicamento nel territorio in cui vive. Il controllo di una porzione territoriale sarebbe quindi elemento (tipico, ancorché implicito) di fattispecie, che condizionerebbe la fenomenologia concreta dell'assoggettamento omertoso rispetto alla specifica realtà territoriale. In questo senso si v. P. Pomanti, *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l'art. 416*-bis *Cp*, in *www.archiviopenale.it* 28.2.2017, per il quale «allorquando il legislatore ha previsto la fattispecie in esame per contrastare una struttura di imponente consistenza (…) si è ispirato ad una concezione di mafia intesa come antistato o come parte del sistema di potere (…)», da cui discende l'assunto secondo il quale l'estensione territoriale rientra tra le «connotazioni implicite e note caratterizzanti della fattispecie»; P. Gaeta, *op. cit*., 2720 ss., per il quale nell'art. 416-*bis* Cp, rispetto all'art. 416 Cp, «vi è un concetto strutturale indefettibile di territorio», che è «un ambito e qualifica l'associazione: più sfumata è la territorialità, più difficile è rinvenire la tipizzazione e l'offensività in concreto», perché «priva di territorialità rigorosamente individuata, l'associazione mafiosa è un'evanescenza».

[146] L'arrivo al Nord delle mafie tradizionali, in particolare nelle zone di Milano, Torino e Genova, risale agli anni '60-'70 ed è stato favorito da più fattori. Tra questi, rientrano l'importante posizione occupata dalle aree metropolitane settentrionali nel commercio degli stupefacenti, la volontà di alcuni appartenenti a cosche locali di fuggire dalle zone di origine e l'impiego della misura di prevenzione del soggiorno coatto, che, se in alcuni casi recise il legame del prevenuto con il territorio, in altri – e forse, più numerosi – casi contribuì a fornire i primi appoggi al Nord di famiglie mafiose. Cfr. R. Sciarrone, *op. cit*., 207 ss.; M. Massari, *Gli insediamenti mafiosi nelle aree non tradizionali*, in *Quad. sociol.* 1998, 5 ss.; F. Serraino, *Associazioni 'ndranghetiste di nuovo insediamento e problemi applicativi dell'art. 416*-bis *Cp*, in *RIDPP* 1/2016, 264 ss.; N. Dalla Chiesa, *Passaggio al Nord. La colonizzazione mafiosa*, Milano 2016; R. Sciarrone, *Tra Sud e Nord. Le mafie nelle aree non tradizionali*, in *Mafie del Nord. Strategie criminali e contesti locali*[2], a cura di R. Sciarrone, Roma 2019, 3 ss.

[147] Critica la definizione, poiché sarebbe incongrua la pretesa di definire silente un'associazione mafiosa (ancorché il riferimento sia da intendere a quei gruppi criminali insediati in contesti nei quali è storicamente sconosciuta una tale forma criminale) L. Fornari, *op. cit*., 14 ss., il quale evidenzia la coerenza di tale locuzione con l'allentamento dei requisiti essenziali del metodo mafioso: la forza intimidatrice non richiederebbe un'ostentazione particolare, bastando la "spendita del nome" della cosca di riferimento; l'assoggettamento potrebbe riguardare solo certi soggetti "qualificati", obiettivi delle infiltrazioni mafiose; l'omertà si potrebbe riferire ad una diffusa ritrosia a denunciare; e assumerebbe valenza essenziale la prova del condizionamento subìto, consistente ad es. in comportamenti "anomali" di alcuni imprenditori, anche in assenza di intimidazioni palesi. Per una netta critica al concetto di "mafia silente", sul presupposto che «se la mafia è silente (…) non è mafia in senso giuridicamente rilevante», cfr. C. Visconti, *op. ult. cit.*, 369; in senso sostanzialmente analogo, osserva come questa locuzione sia adoperata quale artifizio retorico servente a celare l'assenza dell'impiego della forza intimidatrice F. Serraino, *op. cit.*, 265 ss.

tendenzialmente riguardato l'infiltrazione di cellule di 'ndrangheta in Piemonte[148]. Recenti pronunce in materia di "locali" al Nord affermano la natura mafiosa di tali gruppi valorizzando il dato del loro mero insediamento anche in assenza del riscontro di manifestazioni effettive ed attuali del metodo mafioso. Così, la presenza di una forza di intimidazione meramente potenziale, unita ad elementi strutturali sintomatici della mafiosità dell'associazione e a legami permanenti con l'associazione madre, stanziata nei luoghi di origine e dotata di una elevata "fama criminale", sarebbe sufficiente per integrare l'art. 416-*bis* Cp[149], perché la nascita per "gemmazione" dall'organizzazione-madre comporterebbe l'attitudine della formazione locale ad utilizzare la forza intimidatrice e la capacità di condizionare l'ambiente circostante proprie dell'associazione mafiosa originaria[150]. Non sarebbe pertanto necessario trovare riscontri fattuali del metodo mafioso[151], ciò comportandone un accertamento semplificato[152]. Così, per un verso, si sposta il *focus* dell'interprete dall'individuazione del metodo mafioso all'individuazione di forme organizzative tipiche della cosca mafiosa[153], e, per altro verso, si assiste ad una notevole anticipazione della tutela penale, conformemente all'interpretazione dell'art. 416-*bis* Cp come un reato associativo puro[154] perfezionato nel momento

[148] Questa circostanza avrebbe permesso agli inquirenti e alla magistratura di sviluppare una certa sensibilità al fenomeno mafioso, il che ha consentito un approccio più aperto all'individuazione di espressioni mafiose non tradizionali, quali quelle nigeriane.

[149] Un collegamento con la struttura "madre" e la permanenza dei tratti distintivi del sodalizio originario sarebbero cioè sufficienti ad affermare la mafiosità del gruppo locale. In questo senso, si v. Cass. 3.3.2015 n. 31666, in *www.dejure.it*, ove si è valorizzato altresì il fatto che una delegazione di appartenenti allo stesso si fosse recata in Calabria per ottenere il benestare alla costituzione di una nuova cellula in altro comune piemontese; Cass. 11.7.2018 n. 47535, in *www.dejure.it*.

[150] Né, stante la permanenza del legame tra le conventicole "derivate" e quelle "originarie", si potrebbe parlare di differenti associazioni per delinquere: cfr. ad esempio Cass. 28.3.2017 n. 24850, in *www.dejure.it*, ove si afferma che l'immediatezza e l'alta cifra di diffusione dei moderni mezzi di comunicazione hanno contribuito ad accrescere a dismisura la fama criminale di certe consorterie, di cui sono noti a tutti la spietatezza dei metodi, l'ineluttabilità delle reazioni sanzionatorie, l'inequivocità e l'efficacia persuasiva dei codici comunicativi: il che consentirebbe di affermare, da un lato, che sarebbe difficile dare per esistenti contesti ambientali refrattari all'imposizione mafiosa, e, dall'altro lato, che non sarebbe possibile ravvisare l'esistenza di distinte ed autonome espressioni mafiose (nella specie, 'ndranghetiste), posto che si tratterebbe di fenomeni criminali unitari, articolati in diramazioni locali con sostanziale autonomia operativa. Come osservato in dottrina, tuttavia, la logica di una mafiosità derivata, se non persino *in re ipsa*, non convince appieno: si è pertanto sottolineata la necessità di un'inversione di rotta, che prenda le mosse dalla percezione del gruppo sul territorio, e non dai rapporti con i luoghi di origine. Cfr. A.M. Dell'Osso, *op. cit.*, p79; C. Visconti, *Mafie straniere*, cit., 356 ss. Una tale impostazione, inoltre, parrebbe scontare uno "sfasamento" spaziale originato dal fatto che il sodale potrebbe essere chiamato a rispondere di atti di violenza e minaccia posti in essere solo in prossimità della casa-madre; il che si va ad aggiungere a quello, più generale, che si cela nella struttura del co. 3 dell'art. 416-*bis* Cp, ove l'affiliato rischia di dover rispondere di atti non strettamente imputabili allo stesso (quest'ultimo rilievo appare però opinabile in quanto parrebbe introdurre un'indebita responsabilità da posizione dell'affiliato). Per altro verso, è stato osservato che l'unitarietà del sodalizio criminale potrebbe aprire questioni concernenti la competenza territoriale: per una rapida rassegna della giurisprudenza al riguardo, che tende ad attribuire comunque rilievo al luogo in cui si è manifestata l'operatività della struttura, si rimanda a F. Serraino, *op. cit.*, 267 ss. In senso contrario, individua la competenza territoriale in relazione al luogo in cui si trova la cosca-madre Cass. 29.9.2020 n. 29819.

[151] Occorrerebbe invece ricercare specifici e concreti atti intimidatori o violenti nella nuova dimensione territoriale laddove non sia trovata prova dei legami tra la cellula locale e la cellula-madre. Cfr. A. Balsamo, S. Recchione, *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416*-bis *Cp e l'efficacia degli strumenti di contrasto,* in *www.penalecontemporaneo.it*, 18.1o.2013; R.M. Sparagna, *Metodo mafioso e mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10.11.2015; E. Damante, *Quando manca l'intimidazione. A proposito della c.d. "mafia silente" o "mercatista"*, in *www.discrimen.it*, 2.3.2020. Per un caso peculiare, afferente a una nuova realtà associativa formatasi in un contesto già controllato da altri aggregati di natura mafiosa (in specie, camorristica) si v. Cass. Pen. Sez. II, 13.5.2020, n. 20926, con nota di I. Merenda, *Niente scorciatoie probatorie: anche per l'associazione "derivata" che opera nello stesso territorio va accertato il metodo mafioso*, in *DPP* 3/2021, 336 ss.

[152] E. Mazzantini, *Il punto su "mafie delocalizzate" e impiego del metodo mafioso*, in *DPP* 9/2020, 1270 ss.

[153] Come evidenziato da A. Balsamo, S. Recchione, *op. cit.*, 14 ss.

[154] La tendenza a scivolare verso interpretazioni siffatte è tipica della «processualizzazione delle categorie sostanziali», alla stregua della quale il materiale probatorio disponibile condiziona la costruzione dei fatti sostanziali, portando, in questo caso, all'enucleazione di una fattispecie meramente associativa, dai contorni indefiniti e connotata da una fama criminale "per attrazione" la cui affermazione supera una puntuale e analitica verifica degli estremi di una sufficiente esternalizzazione del metodo mafioso. Cfr. C. Visconti, *Mafie straniere*, cit., 379 ss.

della costituzione di un'associazione illecita che abbia in programma l'utilizzo della forza di intimidazione per conseguire gli obiettivi tipizzati, anche senza la concreta produzione dell'effetto intimidatorio[155].
Ad onta di un contrasto ermeneutico piuttosto evidente, le Sezioni Unite, investite per ben due volte della questione, non hanno mai preso posizione sul punto, asserendo piuttosto la prevalenza di interpretazioni concrete del metodo mafioso[156].
Questo autorevole (duplice) assunto è tuttavia smentito dalle – perduranti – aporie inficianti i modi di intendere il metodo mafioso[157], che, lasciando in concreto la decisione alle singole sezioni, alimentano la percezione di un art. 416-*bis* Cp che viaggia a due velocità[158]: più veloce (per semplificazione probatoria)[159] per le mafie delocalizzate, più lento (per la necessità di riscontrare in concreto intimidazioni da cui derivino assoggettamento e omertà) per le mafie "piccole".

6.2. Occorre pertanto chiedersi a quale velocità viaggino i *secret cults*: cioè, in quale filone ermeneutico rientrino le pronunce che applicano al fenomeno criminale oggetto di analisi l'art. 416-*bis* Cp. Tali percorsi interpretativi potrebbero difatti snodarsi tanto lungo vie più agevoli, a più rapida percorrenza, sancendo cioè la natura mafiosa dei *secret cults* neo-emergenti per mera derivazione dalle cellule-madri delle quali già tale caratteristica è stata accertata, quanto lungo sentieri più ripidi, scivolosi, ostacolati dalla necessità di concreti riscontri – in termini di effettivo impiego – del metodo mafioso[160].

---

[155] Trattasi peraltro di un'interpretazione già emersa tra i primi commentatori dell'art. 416-*bis* Cp, fatta propria (almeno inizialmente) da G. Fiandaca, *Commento*, cit., 261 ss.; R. Bertoni, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *CP*, 1983, 1017 ss.; G. Neppi Modona, *op. cit.*, 899 ss.; G.A. De Francesco, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig.DPen* Torino 1987, 289 ss.

[156] Nel 2015 il Primo Presidente di Cassazione rigettava la richiesta di intervento a Sezioni Unite avanzata dalla II Sezione, sostenendo che, secondo il «panorama giurisprudenziale complessivamente considerato», l'interpretazione del metodo mafioso *ex* art. 416-*bis* Cp in termini di concretezza fosse maggioritaria. Analogamente, nel 2019, il Presidente aggiunto della Corte di Cassazione non ravvisava la sussistenza del contrasto ermeneutico denunciato dalla I Sezione, sostenendo che per affermare la natura «*giuridicamente*» mafiosa di un sodalizio sarebbe necessaria la concreta esteriorizzazione del metodo mafioso, il che riguarderebbe la corretta valutazione delle evidenze probatorie raccolte. Si v. a riguardo C. Visconti, *I giudici di legittimità ancora alle prese con la "mafia silente" al Nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così*, in *www.penalecontemporaneo.it* 5.10.2015; Cfr. G. Amarelli, *Mafie delocalizzate: le Sezioni unite risolvono (?) il contrasto sulla configurabilità dell'art. 416*-bis *Cp "non decidendo"*, in *www.sistemapenale.it* 18.11.2019; C. Visconti, *La mafia "muta" non integra gli estremi del comma 3 dell'art. 416*-bis *Cp: le Sezioni unite non intervengono, la I sezione della Cassazione fa da sé*, in *www.sistemapenale.it* 22.1.2020; G. De Vero, *L'ambigua connotazione "nemicale" della criminalità di stampo mafioso*, in *RIDPP* 2/2020, 1032 ss. Da ciò conseguirebbe che, per ravvisare gli estremi dell'art. 416-*bis* Cp rispetto a una cellula "delocalizzata", non si potrebbe dar rilievo a forme mute di mafiosità, esorbitanti dall'ambito applicativo dell'art. 416-*bis* Cp, bensì occorrerebbero il riscontro di un collegamento organico-funzionale con la base e la riconoscibilità esterna del gruppo. In senso analogo, richiedendo in aggiunta che vengano commessi almeno alcuni reati-fine, si v. Cass. Pen. Sez. II, 13.5.2020, n. 20926, con nota di G. Iannotti, *Come cambia l'associazione mafiosa: le nuove organizzazioni autonome dai clan mafiosi storicamente operanti sul medesimo territorio*, in www.ilpenalista.it 26.10.2020.

[157] Per una rassegna dei quali cfr. A. Corbo, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *CP*, 2021, 1456 ss.

[158] Parlano di «doppia intensità» I. Merenda, C. Visconti, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416*-bis *Cp tra teoria e diritto vivente*, in *La legislazione antimafia*, a cura di E. Mezzetti, L. Luparia Donati, Bologna 2020, 37 ss.

[159] A riprova delle difficoltà interpretative connesse alla fattispecie, un analogo contrasto ermeneutico si manifesta altresì in relazione alla partecipazione all'associazione, fattispecie a forma libera la cui delimitazione è piuttosto controversa, come comprovato dall'elaborazione di vari paradigmi – uno causale, uno organizzatorio, uno misto – per darne definizione; si v. S. Riondato, D. Provolo, *op. cit.*, 87 ss.; I. Giugni, *La nozione di partecipazione associativa penalmente rilevante tra legalità penale e disorientamenti ermeneutici*, nota a Cass. 31.5.2017 (ud. 10.5.2017) n. 27394 in *AP* 3/2018, 3 ss.; G. De Leo, *Presupposti e diverse declinazioni del contributo partecipativo all'associazione di stampo mafioso*, in *CP* 3/2022, 1220 ss.

[160] Il richiamo corre alle divergenze – di cui si è dato conto – tra percorsi argomentativi seguiti da alcune sezioni della Cassazione, per le quali è assodato e fuori discussione il valore costitutivo dell'esercizio concreto (e percepito) dell'intimidazione come *modus operandi*, e quei sentieri alternativi, definiti tortuosi e persino spericolati, seguiti da altri

Nonostante l'avvenuta affermazione della mafiosità dei *secret cults*, si tende a richiedere per tali conventicole l'estrinsecazione fattuale del metodo mafioso, quale elemento tangibile, concreto di fattispecie. Su tale aspetto di fondamentale importanza la giurisprudenza (anche e soprattutto cautelare) in via di formazione circa la sussunzione dei *secret cults* nell'art. 416-*bis* Cp non pare disposta a transigere[161]. Ne derivano procedure più accidentate di accertamento del tipo, stante la necessità di riscontrare l'impiego di violenze, minacce, condotte materiali finalizzate a ingenerare assoggettamento e omertà; una strada a lenta percorrenza, ma nel solco dei principi di materialità e offensività.

7. Al pari delle associazioni per delinquere di tipo mafioso "tradizionali", i *secret cults* poggiano su rigidi codici comportamentali interni, riti di affiliazione per far parte del sodalizio e si sono mostrati in grado di esercitare un diffuso controllo criminale su soggetti esterni al gruppo tramite il ricorso a frequenti intimidazioni e violenze. Queste caratteristiche hanno portato la giurisprudenza a ricondurre i *secret cults* nel paradigma dell'associazione *ex* art. 416-*bis* Cp nei termini di cui si è detto. Le pronunce che si inseriscono in questo filone ermeneutico riconoscono però una sostanziale differenza tra le mafie "tradizionali" e i *secret cults*: mentre le prime si connotano per il loro riverbero esterno e sono solitamente correlate a un perimetro territoriale ben definito, i *secret cults* si presentano come fenomeno prevalentemente circoscritto alla comunità etnica di riferimento. A queste divergenze corrispondono, come si è visto, procedimenti differenziati di accertamento del tipo: se per le mafie "tradizionali" – e in alcuni casi per le loro propaggini locali, dislocate altrove – è sufficiente riscontrare il riferimento alla fama criminale atavica, e quindi un impiego solo potenziale del metodo mafioso, per sussumere i *secret cults* e le altre "mafie straniere" nel paradigma normativo dell'art. 416-*bis* Cp pare ancora necessario l'impiego fattuale del metodo mafioso. Insomma, se per le mafie tradizionali l'art. 416-*bis* Cp pare atteggiarsi a mera norma associativa, per le "mafie etniche" la medesima fattispecie sembra invece presentarsi come reato associativo a struttura mista[162]: in questi casi, per integrarla è dunque necessario un *quid pluris* – nella specie, l'esercizio concreto del metodo

orientamenti: per tali critiche, cfr. I. Merenda, C. Visconti, *op. cit.*, 14 ss.

[161] E ciò, anche laddove il procedimento penale abbia ad oggetto diramazioni di *secret cults* le cui cellule madri siano già state dichiarate "mafiose". In questo senso, oltre alle pronunce riportate *supra*, espressive di una – condivisibile – tendenza a "materializzare", in chiave di maggiore offensività, il precetto di cui all'art. 416-*bis* Cp, si v. Cass. 30.4.2019 n. 24211, in *www.dejure.it*. In questa sentenza cautelare, la Corte afferma che la caratteristica propria dell'associazione mafiosa è la sua «capacità di proiettarsi verso l'"esterno", per il suo radicamento nel territorio», da ciò derivando l'assoggettamento e l'omertà di soggetti estranei al gruppo; in assenza di tali requisiti, non è fondata l'attribuzione di responsabilità *ex* art. 416-*bis* Cp, ancorché talune propaggini dell'associazione criminale di riferimento (nella specie, *EIYE*) siano già state dichiarate mafiose. Parimenti, Cass. 29.5.2019 n. 39062, in *www.dejure.it* (avente ad oggetto una propaggine locale di *EIYE*), sostiene la necessità di un concreto riscontro esterno del «binomio potere di intimidazione-omertà», non essendo sufficiente a fondare la valutazione di mafiosità del *secret cults* l'eventuale condanna *ex* art. 416-*bis* Cp della cellula madre. Più in particolare, la Corte afferma l'impossibilità di estendere alla vicenda dei *secret cults* l'indirizzo interpretativo, emerso con riferimento alle cellule locali di 'ndrangheta operanti al Nord, secondo il quale sarebbe possibile sancire la mafiosità della cellula dislocata di un'organizzazione criminale "madre" purché ne siano mantenuti i tratti organizzativi e vi siano legami tra le stesse, anche senza la prova di specifici atti intimidatori. Difatti, sebbene l'esistenza del gruppo torinese di *EIYE* (individuato come casa-madre del sodalizio) sia stata «accertata, e con i caratteri della mafiosità», le differenze tra lo stesso e la 'ndrangheta, la cui caratura criminale sarebbe di indiscutibile riguardo, osterebbero ad un'applicazione *sic et simpliciter* del principio da ultimo ricordato al caso in esame. Piuttosto, afferma la Corte, poiché il *secret cult* in parola non manifesterebbe una presenza, una notorietà e prestigio criminale in campo nazionale paragonabili a quelli della consorteria calabrese, si renderebbe necessaria la ricerca di riscontri empirici che provino l'utilizzo del metodo mafioso attraverso atti di intimidazione concreti e fattuali. Di analogo tenore le cadenze interpretative di Cass. 16.7.2019 n. 49462, in *www.dejure.it* (relativa a un procedimento cautelare avviato avverso un gruppo riconducibile al *cult Viking*) ove si sostiene che, per essere sussunto nell'art. 416-*bis* Cp, il sodalizio straniero deve esercitare «sul territorio italiano una carica intimidatrice effettiva, non solo potenziale, non potendo ritenersi perseguibile in Italia il fatto che l'organizzazione dispieghi la forza di intimidazione soltanto nelle terre di origine, mentre risulti inerte ed inoffensiva sul territorio nazionale italiano, risultando il metodo mafioso un dato di qualificazione specifico della condotta sanzionata ai sensi dell'art. 416-bis Cp».

[162] Per tale distinzione, cfr. per tutti G. Spagnolo, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano 1987, 156.

mafioso – rispetto alla mera struttura associativa pluripersonale. Rinviando al prosieguo della trattazione più approfondite considerazioni sul punto, si ritiene ora opportuno ampliare lo spettro dell'indagine ad aspetti caratteristici del complessivo sistema di contrasto alla criminalità associativo-mafiosa per valutarne l'estensibilità ai *secret cults* per poi soffermarsi brevemente su alcuni aspetti di coordinamento comunitario.

7.1. Quanto al primo versante, viene anzitutto in esame la normativa premiale connessa alla collaborazione di giustizia[163] avente un ruolo rilevante nel contrasto alla criminalità associativa[164]. Norma cardine in materia di associazioni di tipo mafioso è l'originario art. 8 d.l. 13.5.1991, n. 152, ora trasposto nell'art. 416-*bis*.1 co. 3 Cp. Questa disposizione, riferita ai delitti di cui all'art. 416-*bis* Cp[165], introduce un'attenuante speciale[166] nei confronti dell'imputato[167] che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori[168], «*anche aiutando*

[163] La prima norma in materia di collaborazione di giustizia è la l. 14.10.1974, n. 497, riferita ai sequestri di persona a scopo di estorsione. La fattispecie prevedeva una disciplina di favore nei confronti del concorrente nel reato che, dissociatosi dagli altri, si fosse adoperato per far acquistare la libertà al sequestrato. Gli interventi successivi sono stati numerosi e in un primo momento hanno riguardato prevalentemente la criminalità eversiva (a riguardo, il legislatore è intervenuto dapprima con d.l. 21.3.1978 n. 59, con d.l. 15.12.1979 n. 625, poi con l. 29.5.1982 n. 304 e di nuovo con l. 18.2.1987 n. 34). La collaborazione per fatti riconducibili ad associazioni di tipo mafioso si è poi arricchita di previsioni introdotte con i decreti-legge del 1991 (per i quali si v. subito *infra*) poi integrati e modificati nel 1993, nel 2001, e, da ultimo, nel 2018. Per riferimenti bibliografici, si v. T. Padovani, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *RIDPP* 2/1981, 529 ss.; D. Siracusano, *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, in *DPP* 11/1997, 1303 ss.; F. De Leo, *La collaborazione di giustizia: bilanci e prospettive*, in *CP* 4/2002, 1577 ss.; A. Bernasconi, *La collaborazione processuale: incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano 1995; C. Ruga Riva, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano 2002; G. Leo, *Collaborazione processuale dei partecipi di organizzazioni criminali e concorso di fattispecie attenuanti*, in *DPP* 9/2010, 1073 ss.; P. Rivello, *La collaborazione con la giustizia*, in *La legislazione antimafia*, cit., 1167 ss.

[164] L'importanza del contributo di *ex* associati nel contrasto alla criminalità associativa è riconosciuta altresì a livello comparatistico, sebbene il contributo dei pentiti sembri finalizzato a reprimere e prevenire specifici fatti di reato, piuttosto che per disarticolare una particolare associazione per delinquere. Ad esempio, nell'ordinamento tedesco si prevedono benefici per soggetti che rivelino quanto da loro conosciuto, purché non ancora conosciuto dalle autorità procedenti, per accertare la responsabilità per reati già commessi o per impedire futuri reati nell'ambito di specifici delitti connessi alla criminalità organizzata (quali il traffico di stupefacenti o il riciclaggio). Dal canto suo, il sistema francese prevede singole ipotesi premiali che costituiscono *excuse absolutoire* ovvero *excuse atténuante* per chi confessi i reati progettati (o commessi) e riveli il nome dei complici o degli altri membri dell'associazione, mentre il sistema spagnolo stabilisce la comminazione di una pena inferiore di uno o due gradi rispetto a quella prevista (dal reato per il quale il soggetto che collabori con la giustizia sia stato condannato) laddove la collaborazione sia utile nell'economia delle indagini. Parimenti, nel sistema britannico è stata introdotta nel 2005 una previsione di "immunità" per chi collabora con le autorità nel contrasto al crimine organizzato. Cfr. G. Fornasari, *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata: aspetti comparatistici nell'esperienza europeo-continentale*, in *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, a cura di G. Fornasari, Padova 2002, 193-196; A. Bernardi, *La disciplina prevista dal nuovo codice penale francese in tema di criminalità organizzata*, *ivi*, 73-79; J.J. Gonzàlez Rus, J.M. Palma Herrera, *Trattamento penale della criminalità organizzata nel diritto penale spagnolo*, *ivi*, 123-126; S. Bonini, *Uno sguardo comparato sulle sanzioni contro la criminalità organizzata in alcuni sistemi-modello*, in *Scenari di mafia*, cit., 105 ss. Parte della dottrina ha invece criticato la compatibilità di tali sistemi con istanze di prevenzione generale: sul punto, si v. per tutti la sintesi operata da G. Insolera, T. Guerini, *op. cit.*, 139-143.

[165] O comunque ai delitti commessi avvalendosi del metodo mafioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di siffatte associazioni.

[166] All'ergastolo è sostituita la reclusione da dodici a venti anni; le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà. Si ritiene che l'attenuante abbia natura soggettiva. Per una più approfondita disamina, si v. G. Amarelli, *L'attenuante della dissociazione delittuosa (art. 8, d.l. 152/1991)*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata*, cit., 227-237; S. Riondato, D. Provolo, *op. cit.*, 98; G. Insolera, T. Guerini, *op. cit.*, 143; S. De Blasis, *La circostanza aggravante del metodo e del fine per reati connessi ad attività mafiose. L'attenuante della "dissociazione mafiosa"*, in *La legislazione antimafia*, cit., 178 ss.

[167] In via ermeneutica, all'imputato viene aggiunto l'indagato: cfr. G. Amarelli, *op. ult. cit.*, 212.

[168] Carattere indefettibile del contributo, per la giurisprudenza, è la sua effettiva utilità. Così, la Cassazione ha sottolineato che l'attenuante in parola non può essere legata a qualsiasi atteggiamento di resipiscenza, bensì postula una vera e propria attività di collaborazione, concreta e fattiva (sebbene la locuzione "si adopera per evitare" lasci intendere la necessità di

concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per ricostruire i fatti e per individuare o catturare gli autori dei reati»[169]. A questa figura si affianca quella del collaboratore di giustizia *ex* art. 9, d.l. 8/1991, *id est* il membro di un'associazione criminale che decide di dissociarsene e fornire agli organi inquirenti informazioni[170] in cambio dell'accesso a misure di protezione e ad un regime favorevole dal punto di vista sanzionatorio[171]. Il fenomeno del pentitismo rispetto ai *secret cults* è tuttavia molto raro[172], così come sono rari i testimoni di giustizia[173] provenienti dalla comunità nigeriana. In entrambi i casi, è ragionevole ricondurre la scarsa incidenza di tali comportamenti alla particolare struttura dei *secret cults* e alla relativa marginalità della comunità nigeriana in Italia. In questo contesto, la collaborazione di giustizia si presenta infatti come alternativa scarsamente percorribile per (*ex*) affiliati e (attuali) vittime dei *cults*: in entrambi i casi, non sembrano esservi sufficienti incentivi per recidere i legami con il luogo di residenza e quindi con la comunità etnico-famigliare di appartenenza, presupposto necessario per accedere al sistema protettivo e premiale delineato dal legislatore[174].

7.2. D'altro canto, l'art. 416-*bis*.1 Cp contiene altresì le aggravanti del "metodo mafioso" e della "agevolazione mafiosa"[175], che prevedono un aumento di pena da un terzo alla metà qualora un delitto

---

un giudizio di adeguatezza della collaborazione di tipo prognostico, *ex ante*); parimenti, si è sottolineato che la costruzione oggettiva dell'attenuante comporta la sua riconoscibilità altresì nei casi in cui la condotta sia dettata da ragioni prettamente "utilitaristiche", anche perché all'ordinamento non interessa l'eventuale abiura da parte del collaborante. Residuano invece dubbi sulla valenza decisiva dell'aiuto e sulla nozione di "fatti" alla cui ricostruzione gli elementi raccolti devono contribuire. Cfr. G. Amarelli, *op. cit.*, pp. 217-224; G. Insolera, T. Guerini, *op. cit.*, 144.

[169] Su questa norma ha parzialmente inciso la l. 13.2.2001 n. 45, che ha introdotto un presupposto procedurale indispensabile per il riconoscimento dell'attenuante, consistente nella trascrizione e sottoscrizione tempestiva delle dichiarazioni nel verbale illustrativo, per incentivare un'immediata collaborazione (il verbale deve infatti essere redatto entro 180 giorni dalla manifestazione della volontà di cooperare, pena l'inutilizzabilità delle dichiarazioni): cfr. G. Amarelli, *op. ult. cit.*, 209-211. L'utilizzo della disgiuntiva a proposito della "cattura" dei responsabili, contrapposto all'utilizzo della congiunzione tra la ricostruzione dei fatti e l'individuazione degli autori, impone una lettura alla stregua della quale ritenere sufficiente che il dissociato si sia adoperato nell'una o nell'altra direzione. Così G. Insolera, T. Guerini, *op. cit*.

[170] Le informazioni devono avere carattere di intrinseca attendibilità, di novità o di completezza, o comunque devono apparire di notevole importanza per lo sviluppo delle indagini, ai fini del giudizio ovvero per le attività di investigazione sulle connotazioni strutturali, le articolazioni e i collegamenti interni (o internazionali) delle predette associazioni.

[171] L'accesso alle misure è garantito al soggetto che versi in un grave e attuale pericolo conseguente all'esito delle dichiarazioni rese o delle condotte di collaborazione tenute nell'ambito di procedimenti penali aventi ad oggetto delitti ricompresi fra quelli di cui all'art. 51 co. 3-*bis* Cpp. Le misure di protezione, il cui contenuto può essere vario, sono deliberate da un'apposita commissione centrale che decide sulla proposta del Procuratore della Repubblica procedente, e sono sottoscritte dagli interessati, che si impegnano ad osservarle e a sottoporsi a interrogatori o altri atti di indagine.

[172] Il primo collaboratore di giustizia sarebbe un *ex* membro della cellula bolognese di *Maphite*, poi collaboratore di giustizia con la Procura di Torino e di Bologna: così A. Di Nicola, G. Musumeci, *op. cit.*, 23. Tra le pronunce riportate *supra*, si riferiscono espressamente all'attività di uno o più collaboratori di giustizia Cass. 3.10.2019 (dep. 28.1.2020) n. 3474 in *www.dejure.it*, e Cass. 28.5.2020 (dep. 10.7.2020) n. 20709, cit.; altre sentenze si fondano invece sulle dichiarazioni di un solo, differente testimone di giustizia: è l'esempio di Cass. 26.10.2022 (dep. 2023), n. 720 in *www.leggiditaliaprofessionale.it*.

[173] Si tratta di soggetti estranei ad un contesto criminale che possono però portare un contributo conoscitivo importante nel processo penale – in quanto persone offese dal reato, persone informate sui fatti o testimoni – attraverso dichiarazioni di fondata attendibilità, rilevanti per le indagini o per il giudizio. Laddove alle dichiarazioni consegua una situazione di grave, concreto e attuale pericolo rispetto alla quale risulta l'inadeguatezza delle ordinarie misure di tutela attuabili direttamente dalle autorità di Pubblica Sicurezza, l'ordinamento prevede l'applicazione di speciali misure di protezione, quali l'allontanamento dai luoghi di residenza, la predisposizione di misure di vigilanza e protezione o di documenti di identità di copertura, da stabilire secondo gli artt. 3 e ss., l. 11.1.2018 n. 6.

[174] I potenziali collaboratori di giustizia si troverebbero dunque a vivere una condizione di "doppia estraneità": l'una è originaria e sarebbe causata dalle particolari condizioni di marginalità delle comunità nigeriane in Italia; l'altra è derivata e sarebbe conseguenza della necessità di intraprendere un percorso di vita nuovo a seguito della collaborazione. Analoghe considerazioni, ma con specifico riferimento alla criminalità associativa (e alla comunità) cinese sono svolte da S. Perrucci, *Il contrasto della criminalità organizzata straniera*, in *Mafie straniere in Italia*, cit., 169-174.

[175] Per riferimenti dottrinali sulle aggravanti in esame, introdotte nel sistema dall'art. 7 d.l. 152/1991 conv. in l. 203/1991 e poi trasposte nell'art. 416-*bis*.1 Cp per attuare il principio della riserva di codice, si v. G. De Vero, *La circostanza*

non punibile con l'ergastolo sia commesso rispettivamente «avvalendosi delle condizioni dell'art. 416-bis Cp» ovvero «al fine di agevolare l'attività delle associazioni [ivi] previste». La norma consente di cogliere con precisione il disvalore delle attività tipiche delle associazioni mafiose "tradizionali" e soprattutto di quelle "nuove", che agiscono per estendere l'area di influenza criminale nella comunità etnica di riferimento utilizzando in concreto un metodo tipicamente mafioso. La fattispecie si presta dunque ad un'estesa applicazione, potendo adattarsi a tutti i reati-fine commessi dai *secret cults* e altresì al reato associativo che viene di volta in volta in questione. Occorre peraltro interrogarsi sui rapporti tra l'aggravante in parola e le altre figure che vengono in esame rispetto all'attività dei *secret cults* come gruppo, quali soprattutto l'art. 74 d.P.R. 309/1990, dalla cornice edittale di particolare rigore, che è talvolta ritenuta in rapporto di concorso formale con l'art. 416-*bis* Cp anche laddove la medesima associazione per delinquere agisca in più aree illecite. Sul punto, come si è visto, vi sono però più elementi che inducono piuttosto all'applicabilità del solo art. 74 d.P.R. 309/1990. In tutti questi casi, si ritiene opportuno impiegare altresì l'aggravante della mafiosità per evitare applicazioni congiunte delle fattispecie associative qualificate e dell'art. 416-*bis* Cp: in questo modo, il disvalore tipico connaturato all'impiego del metodo mafioso risulterebbe adeguatamente valorizzato dall'aggravante *ex* art. 416-*bis*.1 Cp.

7.3. Peraltro, il fatto potrebbe risultare ulteriormente aggravato dalla natura transnazionale dell'associazione. Questa considerazione apre a riflessioni sulla recente internazionalizzazione della grande criminalità associativa da cui dovrebbe derivare un corrispondente intervento coordinativo di analoga natura. Del resto, la risposta sanzionatoria alla criminalità associativa, anche nigeriana, non può oggi prescindere da un più ampio intervento a trazione sovranazionale, tenuto conto della spiccata componente transnazionale che ne caratterizza le attività. La presenza di attori criminali di caratura internazionale è peraltro nota da tempo alle agenzie di contrasto formali e in particolare alle agenzie europee. Difettano però gli strumenti normativi capaci di fornire una risposta comune rispetto alla criminalità mafiosa[176]: nonostante il mutato assetto strutturale[177], il sistema continua a fondarsi sulla

aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosa: profili sostanziali e processuali, in *RIDPP*, 1/1997 42 ss.; E. Squillaci, *L'aggravante della c.d. agevolazione mafiosa nel prisma del principio costituzionale di offensività*, nota a Cass. 30.3.2011 n. 13099, in *www.archiviopenale.it* 30.3.2011; L. Della Ragione, *L'aggravante della "ambientazione mafiosa" (art. 7 D.L. 13.5.1991, n. 152)*, in *La legislazione penale*, cit., 69-90.; S. Riondato, D. Provolo, *op. cit.*, 98; S. De Blasis, *La circostanza aggravante del metodo e del fine per reati connessi ad attività mafiose. L'attenuante della "dissociazione mafiosa"*, in *La legislazione antimafia*, cit., 178 ss.; A. Macchia, P. Gaeta, *"Al fine di…": ancora qualche riflessione su aggravante di agevolazione dell'associazione mafiosa e metodo giurisprudenziale*, in *CP* 9/2021, 2659 ss.; R. Bartoli, *op. cit.*, 853 ss. Peraltro, l'aggravante dell'agevolazione mafiosa è stata oggetto di un recente intervento delle Sezioni Unite che ne ha affermato la natura soggettiva dichiarandola al contempo estensibile ai concorrenti che siano consapevoli della finalità del compartecipe: si v. Cass. S.U. 19.12.2019 n. 8545, con nota di T. Guerini, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla natura soggettiva dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e sul regime di comunicabilità ai correi*, in *DPP* 6/2020, 763 ss.; di G. Fiandaca, A. Merlo, *L'aggravante dell'agevolazione mafiosa è estensibile ai concorrenti? Un aggrovigliato problema interpretativo che le Sezioni Unite tentano di sciogliere*, in *FI* 2020, 463 ss.; di D. Perrone, *La natura "ambivalente" dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e l'applicabilità ai concorrenti*, in *GI* 6/2020, 1485 ss.; di P. Bartolo, *L'aggravante della agevolazione mafiosa si "applica" anche al concorrente che ha agito con dolo eventuale?*, in *CP* 3/2021, 933 ss.

[176] È invece risultato più incisivo l'intervento sovranazionale in materia di criminalità associativo-terroristica. Sul punto si v. per tutti F. Fasani, *Terrorismo islamico*, cit., 320 ss.; Id., *L'impatto della direttiva antiterrorismo sulla legislazione penale sostanziale italiana*, in *DPP* 1/2018, 12 ss.

[177] A norma dell'art. 83, § 1 TrFUE, introdotto con i Trattati di Lisbona, il Parlamento Europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave dalla dimensione transnazionale, in particolare in relazione a «terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata». L'Unione Europea potrebbe altresì intervenire mediante direttive di ravvicinamento per stabilire «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» in un «settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione», secondo l'art. 83 § 2 TrFUE. In generale, sulle competenze dell'Unione Europea in materia penale, cfr. C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano 2007; A. Bernardi, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *RIDPP* 1/2008, 76 ss.; G. Sammarco, *Armonizzazione europea delle sanzioni, pluralità di ordinamenti giuridici e sistema*

Decisione Quadro 841/2008/GAI, risalente alla struttura a pilastri del Trattato di Maastricht. Se il ravvicinamento sostanziale (sul quale si tornerà più ampiamente *infra*) si è mostrato insoddisfacente, considerazioni parzialmente differenti sono riservate al ravvicinamento (*rectius*, coordinamento) di natura procedurale. Questo settore ha beneficiato anzitutto di una maggiore considerazione storica[178]. Tuttavia, l'attuazione pratica di un coordinamento procedurale è stata a lungo frustrata dall'assenza di un raccordo informativo tra gli Stati, mancando una chiara percezione dell'attività di associazioni per delinquere di carattere transnazionale – anche di tipo mafioso – nello spazio criminale comunitario[179], il che rappresenta d'altro canto il precipitato operativo di storiche sottovalutazioni (se non di un tendenziale disinteresse) in materia di criminalità associativa transeuropea.
Sul punto si sono però registrati recenti interventi normativi che hanno contribuito a formare un articolato sistema di cooperazione e coordinamento sovrastatale[180]: si tratta in particolare della dir. 41/2014/UE circa l'ordine europeo di indagine[181]; del reg. 1805/2018/UE, in materia di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca dei proventi del reato[182]; della recente

delle fonti, in *RIDPP*, 2/2011, 474 ss.; A. Bernardi, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *www.penalecontemporaneo.it* 27.10.2011; G. Panebianco, *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *RIDPP* 4/2016, 1724 ss.; V. Manes, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino 2020, 31 ss.

[178] Ad esempio, sottolineava l'opportunità di un'azione comune rispetto alla criminalità organizzata già M. Pisani, *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *RIDPP* 3/1998, 703 ss.; G. De Amicis, *Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale: l'esigenza del coordinamento investigativo*, in *GM* 2003, 2654; F. De Leo, *Il coordinamento giudiziario in Italia e in Europa. Normative e modelli a confronto*, in *DPP* 3/2006, 377 ss.; M. Bargis, *La cooperazione giudiziaria penale tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, in *RDPr* 4/2012, 914 ss.; P. Maggio, *La lotta alla criminalità organizzata in Europa fra strategie di contrasto e rispetto dei diritti umani*, in *CP* 2/2013, 808 ss.

[179] Così F. Spiezia, *La lotta alla criminalità organizzata fuori dai confini nazionali*, in *www.sistemapenale.it*, 20.7.2022. Più di recente, sull'approccio europeo alla criminalità organizzata transnazionale si v. V. Oddi, *Ambiente e criminalità organizzata transnazionale: quale futuro per la cooperazione giudiziaria e di polizia?*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 15.12.2022.

[180] Per la quale si v. G. De Amicis, *Gli organismi centralizzati della cooperazione giudiziaria*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R. E. Kostoris, Milano 2019, 249 ss.; A. Balsamo, R. Tartaglia, *Le espressioni più innovative della cooperazione giudiziaria internazionale: i magistrati di collegamento e le indagini comuni*, in *La Convenzione di Palermo*, cit., 353 ss.; M.R. Marchetti, *Rapporti giurisdizionali con altre autorità straniere*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di M. Bargis, Padova 2020, 1006 ss.; C. Conti, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano 2022, 1121 ss.

[181] Cui è stata data attuazione con d.lgs. 21.6.2017, n. 108. Sul punto si v. R. Piccirillo, *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo di indagine penale,* in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di T. Bene, L. Luparia, L. Marafioti, Torino 2017, 57 ss.; M. Caianiello, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017,* in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n° 108 del 2017*, a cura di M. Daniele, R.E. Kostoris, Torino 2018, 17 ss.; E. Lorenzetti, *L'ordine europeo di indagine penale: efficienza e garanzie per le acquisizioni probatorie in ambito eurounitario*, in *CP* 3/2020, 1302 ss.; A. Nascimbeni, *Ordine europeo di indagine penale e diritti fondamentali*, in *RIDPP* 1/2022, 591 ss.

[182] Il regolamento supera la dir. 42/2014/UE introducendo il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca dei proventi del reato, la cui definizione ricomprende «*ogni vantaggio economico derivato direttamente o indirettamente da reati, consistente in qualsiasi bene e comprendente successivi reinvestimenti o trasformazioni di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile*» nell'ambito di procedimenti penali che abbiano ad oggetto reati gravi, puniti con pena detentiva massima di almeno tre anni, per i quali non è peraltro necessaria la verifica della doppia incriminazione. Il concreto perimetro applicativo del regolamento è però permeato di incertezze per un'infelice formulazione normativa dei suoi presupposti. E maggiori incertezze investono l'inclusione della confisca c.d. "di prevenzione", normata dagli artt. 20-24, d.lgs. 159/2011, che l'esperienza italiana ha mostrato essere utile strumento di contrasto alla criminalità mafiosa, nel mutuo riconoscimento dei provvedimenti ablativi per come normato dal regolamento. Il principale problema interpretativo è rappresentato dalla negazione della natura sanzionatorio-punitiva della confisca di prevenzione, orientamento che ha trovato da ultimo un autorevole avallo da parte di Corte Cost., 27.2.2019, n. 24. In dottrina si è dunque auspicato un intervento chiarificatore della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Per tali aspetti si v. A.M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *www.penalecontemporaneo.it* 4.12.2018; C. Grandi, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca: una svolta epocale non priva di incognite*, in *DPP* 12/2019, 1619 ss.; Id., *Il*

riforma del mandato di arresto europeo[183]. Com'è noto, peraltro, il sistema è stato da ultimo ulteriormente innovato dall'istituzione della Procura europea[184] e dal correlato ampliamento delle competenze di *Eurojust*[185]. È dunque all'interno di questa nuova, ampia cornice normativa che saranno da calare più specifici interventi di contrasto comune alla criminalità associativa transnazionale.

8. È ora giunto il momento di passare alle conclusioni. Si tratterà dapprima dello stato attuale dell'art. 416-*bis* Cp nell'ermeneutica giudiziale per poi affrontare *breviter* taluni aspetti afferenti alla (auspicabile) armonizzazione della risposta sanzionatoria in relazione alla criminalità di tipo mafioso.

8.1. Come si è visto, nel diritto vivente l'art. 416-*bis* Cp si atteggia a norma a duplice tipicità, stante un contrasto interpretativo tra due versioni di fattispecie: in relazione alle mafie "storiche" – così come, in buona misura, per le loro propaggini delocalizzate al Nord Italia – è prevalente un orientamento che non richiede l'estrinsecazione fattuale della forza di intimidazione del vincolo associativo, bastando la fama criminale o la mera potenzialità di impiego del metodo mafioso; per contro, quanto alle neoformazioni criminali "in odore" di mafia, siano queste locali o straniere, si richiede che tale metodo sia concretamente impiegato[186]. Tale situazione è foriera di due distinte considerazioni.
Per un verso, non può che auspicarsi la definitiva prevalenza dell'orientamento più restrittivo anche, e soprattutto, per le mafie storiche e per le loro diramazioni *extra*-territoriali. Come si è argomentato, si tratta dell'unica soluzione *de lege lata* conforme a canoni di necessaria materialità e lesività della condotta, sebbene rimangano dubbi afferenti alle modalità attraverso le quali vagliare in via giudiziale la sussistenza degli elementi indicatori della mafiosità del sodalizio che viene in questione[187].

---

mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca alla luce del Regolamento UE 2018/1805, in www.lalegislazionepenale.eu 31.5.2021; A.M. Maugeri, *La direttiva 2014/42/UE come strumento di armonizzazione della disciplina di confisca nel diritto comparato*, in www.lalegislazionepenale.eu 15.7.2021; A. Sparavigna, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: nuove opportunità per il contrasto al crimine transnazionale*, in *CP* 3/2022, 1192 ss.; per quanto attiene invece al dibattito dottrinale conseguente agli interventi della Corte Costituzionale in materia di misure di prevenzione, si v. S. Finocchiaro, *Due pronunce della Corte Costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza de Tommaso della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it 4.3.2019; A.M. Maugeri, P. Pinto De Albuquerque, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanza di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria*, in www.sistemapenale.it 24.11.2019; A. Manna, *La natura giuridica delle misure di prevenzione tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *RIDPP* 2/2020, 1064 ss.

[183] Cfr. sul punto V. Urbinati, *La riforma del mandato di arresto europeo*, in www.archiviopenale.it 3.2.2021; V. Picciotti, *La riforma del mandato di arresto europeo. Note di sintesi a margine del D. Lgs. 2 febbraio 2021, n. 10*, in www.lalegislazionepenale.eu 12.4.2021.

[184] L'art. 22 reg. 1939/2017/UE attribuisce all'EPPO (acronimo di *European Public Prosecutor's Office*, Procura europea) la competenza per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di cui alla dir. 1371/2017/UE (che si riferisce a frodi e "*altre attività illegali*"), cui si aggiungono i reati relativi alla partecipazione a un'organizzazione criminale per come definiti dalla Decisione Quadro 841/2008/GAI, se l'attività criminosa di tale organizzazione criminale è incentrata sulla commissione di un reato lesivo degli interessi finanziari dell'Unione stessa. In generale, sulla Procura europea, si v. A. Bernardi, *Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della Procura europea*, in *www.sistemapenale.it* 25.11.2021; A. Venegoni, *L'EPPO nel panorama della cooperazione giudiziaria europea*, in *CP* 7-8/2022, 2798 ss.; G. De Amicis, *"Competenza" e funzionamento della Procura Europea nella cognizione del giudice*, in www.lalegislazionepenale.eu 31.1.2022; A. Procaccino, *Il Secondo Protocollo e le indagini della Procura Europea*, in *DPP* 9/2022, 1168 ss.; R. Belfiore, *L'esercizio dell'azione penale da parte dell'EPPO tra legalità e margini di discrezionalità*, in *CP* 10/2022, 2677 ss.

[185] Il riferimento corre al reg. 1727/2018/UE che rafforza le competenze di *Eurojust* – integrandole a EPPO – in relazione al coordinamento e alla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale contro varie forme di criminalità (definite dall'art. 3, § 1 mediante un rinvio all'All. 1 al Regolamento), tra le quali rientrano altresì la criminalità organizzata, il traffico di stupefacenti, il traffico e la tratta di esseri umani, il riciclaggio di danaro.

[186] Da ultimo, aderisce a tale interpretazione Cass. 2.4.2021 n. 24495, cit., proprio in relazione all'attività di alcune propaggini palermitane di *Black Axe*.

[187] Ci si riferisce, ad esempio, alla «intensità del vincolo»: come valutare in concreto la maggiore o minore intensità di un

Per altro verso, la persistenza di un siffatto conflitto ermeneutico, esitante in una fattispecie a due velocità, non può che sollevare talune perplessità afferenti a questioni di natura sostanziale (e non quindi meramente probatorie, come pare invece ritenere l'ultima ordinanza di restituzione degli atti proveniente dal Presidente aggiunto di Cassazione), derivanti in ultima istanza da due diversi modi di intendere la "mafia in sé". In altre parole, pare che il quesito di fondo sia il seguente: le mafie storiche e le mafie nuove sono diverse esplicazioni del medesimo fenomeno, ovvero sono manifestazioni di due questioni sostanziali differenti, ma accomunate dallo stesso termine impiegato per definirle? La risposta a tale interrogativo, che rimanda a temi distanti da quelli tipici dalla scienza penale[188], esula dagli obiettivi del presente contributo. Si ritiene tuttavia possibile individuare gli esiti – *rectius*, l'esito – di una tale frammentazione di metodi indicando possibili soluzioni *de jure condendo*.

Invero, se il fenomeno è il medesimo, non si vede perché sia necessario adottare due metodi alternativi e tra loro così distanti di applicazione della medesima fattispecie. Tale soluzione è suscettibile di inficiare non solo l'omogenea, uniforme applicazione della fattispecie (profilo, questo, che evoca inevitabilmente il principio costituzionale di uguaglianza, strettamente connesso al principio di proporzionalità della pena), ma anche la fondamentale prevedibilità della sanzione[189]: ne deriva la necessità di rivisitare l'impianto normativo in materia di criminalità associativo-mafiosa.

Se invece il fenomeno è diverso, perché si ritiene che le mafie "storiche" presentino tratti caratteristici autonomi e non replicabili da altre formazioni criminali, occorre allora – e anche in questo caso – ripensare l'art. 416-*bis* Cp, che non può tenere insieme, parificandoli *quoad poenam*, fattispecie concrete tra loro (così) distanti. In questo senso, e in ogni caso, può essere opportuno predisporre una differente incriminazione per le mafie "nuove", anche per recuperare una volta per tutte, e in maniera omogenea, l'avvertito *deficit* di disvalore sostanziale che spinge gli interpreti a ricercare, solo in relazione a tali associazioni criminali, indici concreti, fattuali, di mafiosità. Che poi tale incriminazione debba avere natura di fattispecie autonoma, ovvero di circostanza aggravante, è altra questione, parimenti esulante dallo spettro delle conclusioni qui rassegnate. Preme comunque sottolineare come l'adesione alla seconda tesi potrebbe fornire l'occasione per procedere ad una complessiva rivisitazione dei tipi di reato in materia di criminalità associativa, nel senso della definitiva affermazione di norme associative miste, più coerente a canoni di tassatività e materialità di fattispecie. Il che consentirebbe peraltro un generale ripensamento delle fattispecie associative qualificate, che potrebbero essere ricomprese in un'unica norma a più fattispecie, ovvero in più aggravanti speciali, autonome, eventualmente sottratte al giudizio di bilanciamento: del resto la dottrina ha già riconosciuto che il sistema italiano presenta «equivalenti funzionali»[190] per rigore sanzionatorio all'art. 416-*bis* Cp[191], fattispecie che avrebbe oramai valore eminentemente

---

tale legame, di per sé sprovvisto di una propria esplicazione fattuale? A ben vedere, si corre il rischio che formule siffatte si risolvano in meri artifizi retorici, impiegati per mascherare l'utilizzo di presunzioni di mafiosità derivanti, da ultimo, dalla mera «spendita del nome»: con il ritorno a una logica di mafiosità derivata distonica rispetto al profilo costituzionale dell'illecito penale, delineato dai principi più volte richiamati.

[188] La tematica afferisce più propriamente all'attitudine del linguaggio a definire l'essenza delle cose e alla persistente correttezza delle definizioni. Il rimando corre qui a U. Eco, *Kant e l'ornitorinco*, Milano 1997, al quale si rinvia per opportuni approfondimenti.

[189] Sulla prevedibilità della sanzione penale, cifra caratteristica della tipicità in chiave sovranazionale, si v. 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 e L. Risicato, Napoli 2016, 213 ss.; F. Mazzacuva, *La Corte Europea ritorna sul principio di "prevedibilità" del diritto penale tra irretroattività, retroattività della* lex mitior *e* préeminence du droit, in www.sistemapenale.it, 19.2.2020; F. Consulich, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *www.sistemapenale.it* 10.4.2020.

[190] L'espressione è di G. Amarelli, *Mafie delocalizzate all'estero*, cit., 1238.

[191] Il riferimento corre tipicamente all'art. 74 d.P.R. 309/1990, che sanziona le condotte apicali con la reclusione non inferiore a vent'anni e la mera partecipazione con la reclusione non inferiore ad anni dieci, ma è possibile includere in tali considerazioni altresì l'associazione per delinquere *ex* art. 416 co. 6 Cp (associazione diretta a commettere delitti *ex* artt. 600, 601, 601-*bis*, 602 Cp e *ex* art. 12 co. 3-*bis* d. lgs. 286/1998) che prevede la reclusione da cinque a quindici anni

simbolico[192], il che, quanto alle attività delle mafie etniche, potrebbe spingere *de jure condito* verso un ridimensionamento del suo impiego in favore di contestazioni tendenzialmente poggianti sui predetti «equivalenti», se del caso nella forma aggravata *ex* art. 416-*bis*.1 Cp – per meglio cogliere il disvalore tipico dell'ambiente mafioso – e *ex* art. 61-*bis* Cp, stante l'ampia attività transnazionale di tali sodalizi. Ad ogni modo, una riforma in materia pare davvero inevitabile.

8.2. La seconda linea lungo la quale si muovono le presenti conclusioni muove dal carattere transnazionale dell'attività dei *secret cults*, le cui attività tipiche – segnatamente, la tratta di esseri umani finalizzata alla prostituzione e il traffico di stupefacenti – sono in buona parte perpetrate in più Stati Membri dell'Unione Europea e favorite da numerosi contatti e diramazioni internazionali[193]. Questa caratteristica è stata di recente acquisita altresì dalle associazioni per delinquere di tipo mafioso tradizionali, quali la 'ndrangheta[194] o la mafia siciliana.
Come si è anticipato, negli ultimi anni la caratura internazionale e l'operatività su scala comunitaria dei grandi gruppi criminali sono note anche alle istituzioni di contrasto europee[195]. Non sorprende dunque che, quantomeno a partire dalla Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 ottobre 2011, la lotta alla criminalità organizzata rientri tra le priorità sovranazionali[196]. Ne dovrebbe pertanto conseguire una risposta sanzionatoria, si ritiene, articolata lungo due direttive: da un lato, un'armonizzazione "sostanziale" per l'uniforme attuazione del (nuovo) diritto comunitario, sfruttando la nuova competenza penale indiretta attribuita *ex* art. 83 TrFUE; dall'altro lato, un costante flusso informativo tra agenzie di contrasto formali dei vari Paesi dell'Unione Europea per favorire una cooperazione rafforzata di tipo "procedurale".
Già si è detto del coordinamento procedurale tra gli Stati Membri dell'Unione Europea, sicché occorre ora volgere lo sguardo al diritto "sostanziale". In questo settore poco – se non nulla – si è sinora mosso[197]. E difatti, l'attuale sistema comunitario di contrasto alla criminalità associativa si fonda tuttora sulla Decisione Quadro 841/2008/GAI, relativa in generale alle organizzazioni criminali[198]. Varie sono però le criticità connesse a tale strumento normativo, peraltro derivante

per i soggetti che in tali associazioni rivestono ruoli apicali e la reclusione da quattro a nove anni per i meri partecipi.
[192] Per queste considerazioni si v. per tutti G. Amarelli, *op. ult. cit.*, 1238-1241.
[193] Da tanto deriva il frequente riconoscimento giudiziale dell'aggravante della transnazionalità *ex* art. 61-*bis* Cp all'attività dei *secret cults*. Per una recente applicazione dell'aggravante in parola a un sodalizio nigeriano di natura mafiosa, si v. Cass. 3.11.2022 n. 1880, cit.
[194] Si pensi ad esempio alle cosche di 'ndrangheta delocalizzate in Germania o ai vari rapporti illeciti intercorrenti su scala internazionale per il traffico di sostanze stupefacenti, sfruttando spesso i porti del Nord Europa (in particolare, Amburgo e Amsterdam) quali punti di approdo delle sostanze. Si tratta dunque di associazioni che «hanno dimostrato negli ultimi tempi una straordinaria forza espansiva ed una eccezionale capacità camaleontica, giungendo ad operare in zone geograficamente e culturalmente molto differenti da quelle di origine»: così G. Amarelli, *op. ult. cit.*, 1197 ss. Per una recente pronuncia giurisprudenziale afferente a una locale di 'ndrangheta nell'Europa continentale, si v. Cass. 16.6.2022 n. 354 (cosca con diramazioni in Olanda) in *www.leggiditaliaprofessionale.it*; Cass. 29.4.2021 n. 35580 (cosca con propaggini in Svizzera e Germania) in *www.leggiditaliaprofessionale.it*.
[195] Si osservi in questo senso come la criminalità organizzata, e in particolare quella associativa, sia stata inclusa tra le principali minacce per la sicurezza e la stabilità dell'Unione Europea dal recente *report* di Europol in materia: si v. Europol, *Serious and organised crime threat assessment. A corrupting influence: the infiltration and undermining of Europe's economy and society by organized crime*, 2021.
[196] A riguardo, si v. Balsamo A., Lucchini C., *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento Europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, in *www.penalecontemporaneo.it* 26.1.2012.
[197] Sul punto, con specifico riferimento alla criminalità organizzata, si v. B. Hecker, *The EU and the fight against organised crime*, in *International Law and Transnational Organised Crime*, Oxford 2016, 63 ss.; F. Vilasi, *La strategia dell'Unione Europea per la lotta alla criminalità organizzata: la centralità dell'informazione e le prospettive di riforma futura*, in *Riv. Studi Ricerche Crim. Org.*, 2021, 66 ss. Più in generale, sulla comunitarizzazione delle regole penali sostanziali, si v. K. Tiedemann, *L'europeizzazione del diritto penale*, in *RIDPP*, 1/1998, 3 ss.; più in generale, si v. M. Delmas-Marty, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *RIDPP*, 2/1997, 543 ss.; V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*[2], Oxford 2022.
[198] Sul punto cfr. V. Militello, *La rilevanza della nozione di organizzazione criminale nell'Unione europea: percorsi di armonizzazione*, Palermo 2015.

dall'assetto comunitario precedente ai Trattati di Lisbona, dalle quali derivano plurime discrasie attuative da parte degli Stati Membri. Così, per un verso, gli elementi tipici dell'organizzazione criminale sono stabiliti in termini troppo vaghi, poiché ci si riferisce alla «associazione strutturata di più di due persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una più grave per ricavarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale»; per altro verso, l'organizzazione criminale è definita solo in negativo, stabilendo, in particolare, che essa «non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata»; ancora, i reati-fine e le sanzioni connesse sono definiti in termini troppo ampi, tramite un criterio quantitativo che solleva perplessità nell'ottica di possibili disallineamenti di tutela tra le varie legislazioni nazionali; né vi è un'espressa descrizione delle modalità operative dell'associazione incriminata[199].

Pare dunque opportuna una complessiva risistemazione del sistema "sostanziale" europeo di contrasto alla criminalità associativa.

Un punto di partenza in tale direzione potrebbe essere rappresentato proprio dalla citata Risoluzione del 25 ottobre 2011. Oltre alle indicazioni ivi contenute in materia di associazione di tipo mafioso – concentrare il disvalore di un'eventuale, futura fattispecie sulla forza di intimidazione del sodalizio e sulla sua capacità di incidere sul sistema economico, amministrativo, elettorale e dei servizi pubblici – è di particolare interesse l'invito a valutare la possibilità di riconoscere, sanzionandole, le organizzazioni criminali sulla base dei reati-fine perpetrati. Si tratta di un approccio già adottato dal legislatore statunitense con il *Racketeer Influenced Corrupt Organisations Statute* del 1970, c.d. *R.I.C.O.*, ove la definizione di criminalità organizzata è ricavata dalla realizzazione di un *pattern of racketeer activities*, cioè dalla commissione di almeno due tra i reati ivi elencati entro un periodo temporale ben definito[200]. L'adozione di una prospettiva siffatta consentirebbe di superare le difficoltà di stabilire gli elementi necessari di una fattispecie associativa comune agli Stati Membri, emerse con evidenza nel corso degli anni successivi alla Decisione Quadro del 2008 e in parte derivanti dalle non poche differenze intercorrenti tra i vari modelli di contrasto alla criminalità associativa[201]. A ciò potrebbe peraltro accompagnarsi l'introduzione di un'aggravante simile per

---

[199] Per tali – puntuali – critiche alla Decisione Quadro, si v. A. Balsamo, A. Mattarella, *op. cit.*, 38 ss.

[200] La normativa intende per *racketeering activity* la commissione o il tentativo di commettere un atto rientrante nel lungo elenco di reati previsti dalla sez. 1961, nella quale rientrano l'omicidio, l'estorsione, il traffico di droga, ma anche il furto, il contrabbando e la corruzione; la commissione di almeno due di questi reati in un arco temporale di dieci anni – esclusi eventuali periodi detentivi – realizza un *pattern of racketeering activities*. La normativa statunitense sanziona altresì i proventi dell'attività di *racketeering*: in particolare, sono incriminati l'investimento diretto o indiretto di profitti illeciti (anche mediante la creazione di società), l'acquisto di imprese commerciali e il *pattern of racketeering activity* di un impiegato o socio di un'impresa coinvolta nel commercio interstatale. La *R.I.C.O.*, fondata altresì su un vasto sistema di confische, ha introdotto nel sistema penale statunitense una nuova fattispecie, diversa dai singoli reati che la compongono, che consente di colpire la natura economica dell'organizzazione che sta alla base dei gruppi criminali. A riguardo, si v. E.U. Savona, voce *Criminalità organizzata*, in *Enciclopedia del Novecento*, Treccani, Roma, 1998; A. Di Nicola, *La criminalità economica organizzata*, in *RTrimDPenEc* 2002, 275 ss; J.B. Jacobs, E. Dondlinger Wyman, *Organized crime control in the United States of America*, in *The Oxford Handbook*, cit., 529 ss.

[201] Ad esempio, il nuovo codice penale francese del 1994, nel punire la «criminalità collettiva», colpisce sia la «criminalità di gruppo» (che sembra sostanzialmente ricalcare la disciplina italiana del concorso di persone nel reato) che la «criminalità organizzata». Quest'ultima può essere una circostanza aggravante o un elemento di fattispecie di parte speciale. Il sistema spagnolo invece prevede, a sua volta, un autonomo delitto di associazione illecita e un'aggravante per le condotte realizzate nell'ambito di un'organizzazione criminale. In tale sistema manca però una definizione di "criminalità organizzata", e il codice penale sembra utilizzare il concetto di "associazione" come sinonimo di "organizzazione" illecita. Si v. sul punto, rispettivamente, A. Bernardi, *La disciplina prevista dal nuovo codice penale francese*, cit., 33 ss.; J.J. Gonzàlez Rus, J.M. Palma Herrera, *op. cit.*, 95 ss.; M. Papa, *Un modello comune europeo per il contrasto dei gruppi criminali organizzati: meriti e limiti di un diritto uniforme alla luce dell'analisi comparatistica*, in AA. VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali. Atti del III Convegno Internazionale promosso dal Centro Studi Giuridici "Francesco Carrara", Lucca, 24-25 maggio 2002*, Milano 2005, 231 ss.; G. Panebianco, *Repressing organized crime in Italy: recent developments and shortcomings in substantive*

struttura e finalità a quella prevista dall'art. 416-*bis*.1 Cp, che, come si è visto, coglie con precisione il particolare disvalore tipico delle attività criminali in senso ampio riconducibili ad associazioni per delinquere di tipo mafioso. Tale intervento non potrà comunque prescindere da una previa indagine di natura comparatistica – necessariamente pluridisciplinare e da condurre in *équipe* – finalizzata a comprendere quali siano le prevalenti tendenze dogmatiche e prasseologiche in materia, al fine di non incorrere in ulteriori frammentazioni del sistema di contrasto collettivo alla criminalità associativa. Solo in questo modo sarà possibile fornire una risposta uniforme e comune a un'emergenza criminale pervasiva, diffusa nella maggior parte dei Paesi Membri, per evitare che la linea della palma continui a salire, inondando definitivamente un mercato già saturo di malapiante di analoga natura.

criminal law, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4/2017, 1156-1184.