La Legislazione Penale

Fondata da Mario Chiavario *e* Tullio Padovani

Anno 2023

Nº 3

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)

Sommario

A. Falcone, La videoconferenza nel procedimento penale italiano: riflessioni a margine della recente riforma cartabia in materia di partecipazione a distanza 2

R. Bartoli, Ripensare le confische 33

M. A. Bartolucci, Confiscation (without conviction) and defence rights . 54

M. G. Brancati, Sulle strategie di risposta al reato: il caso della riparazione 67

C. Cupelli, Covid-19 e responsabilità colposa: bilanci e prospettive 88

G. De Francesco, La riforma della giustizia e gli stratagemmi della politica 101

A. Gargani, Emergenza "covid-19" e "rischio penale": osservazioni sull'applicabilita' della fattispecie di epidemia colposa 104

E. Marzaduri, Il declino del paradigma accusatorio ed il ritorno all'istruzione sommaria* 114

V. Mongillo, Ai confini della responsabilità *ex* d.lgs. N. 231/2001: la sfida della *compliance* penale negli enti imprenditoriali di piccole dimensioni* 123

A. Vernacotola Gualtieri D'Ocre, Teleologismo penale, metafisica e diritto naturale. Un'analisi comparata dei presupposti filosofici della scienza penale di Welzel e Bettiol 155

LA VIDEOCONFERENZA NEL PROCEDIMENTO PENALE ITALIANO: RIFLESSIONI A MARGINE DELLA RECENTE RIFORMA CARTABIA IN MATERIA DI PARTECIPAZIONE A DISTANZA

di Antonella Falcone
(*Dottoranda di ricerca in diritto processuale penale, Università degli Studi di Messina*)

L'articolo analizza l'intervento della "riforma Cartabia" in materia di collegamenti audiovisivi. Come è noto, infatti, il d.lgs. 150/2022, con l'intento di innovare profondamente la digitalizzazione del procedimento penale e al fine di favorire l'efficienza della giustizia penale, ha previsto misure *ad hoc* sul fronte della formazione degli atti informatici e del loro deposito telematico, nonché delle registrazioni audiovisive e della partecipazione a distanza alle udienze e a specifici atti. In particolare, la riforma, nella misura in cui ha esteso considerevolmente l'ambito applicativo delle videoconferenze oltre alle già contemplate ipotesi della partecipazione a dibattimento dell'imputato o dell'esame a distanza dei collaboratori di giustizia, suscita diversi interrogativi per le implicazioni che tale estensione è in grado di dispiegare sui diritti e sulle garanzie fondamentali. Tutto ciò premesso richiede, dunque, un'attenta analisi che metta in luce tanto i vantaggi quanto gli svantaggi che la "liberalizzazione" di tali strumenti audio-video comporterà nell'ambito dell'amministrazione della giustizia penale in Italia.
The paper deals with the recourse to videoconference in the Italian criminal proceedings as provided for by the recent "Cartabia reform". As is well known, indeed, the Legislative Decree 150/2022 – aiming at both deeply innovating the digitalisation of criminal proceedings and promoting the efficiency of the criminal justice system – set out specific rules in the field of digital acts and their telematic filing, as well as audiovisual recordings and remote participation in hearings and specific acts. In particular, the "Cartabia reform", insofar as it has considerably broadened the scope of the application of videoconferencing beyond the hypotheses of participation in trial of the defendant or the remote examination of collaborators of justice, raises several questions because of the implications that this extension can deploy on fundamental rights and guarantees. In this light, there is a need for an accurate analysis of this topic aiming at highlighting both the advantages and disadvantages that the increased use of such audio-video tools may entail in the context of the administration of criminal justice in Italy.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le "tecnologie dell'aula giudiziaria" e le videoconferenze: definizioni preliminari ed esperienze giuridiche europee in materia di collegamento audio-video a confronto. – 3. La "liberalizzazione" dello strumento audiovisivo nel procedimento penale italiano nell'ultimo trentennio. Coordinate normative di fondo. – 4. Le novità introdotte dalla riforma Cartabia in materia di connessioni virtuali. – 5. Meriti e mancanze del recente intervento riformatore in materia di partecipazione a distanza. – 5.1. L'uso della videoconferenza nel dibattimento e tenuta dei *core principles* della giustizia penale. – 5.1.1. *Remote participation*, diritto alla presenza fisica e principio del contraddittorio quale metodo epistemologico: tra razionalità emotiva e nuovi codici comunicativi a dibattimento. – 5.1.2 Contraddittorio e diritto al confronto al cospetto delle connessioni audiovisive. –5.1.3 L'impatto delle connessioni virtuali sul principio di immediatezza. – 5.1.4 Le nuove frontiere tecnologiche: verso un realismo partecipativo sempre maggiore. – 5.1.5 Il diritto di difesa mediato dallo strumento tecnologico: tutela rafforzata o vulnera significativi? – 5.2. Il consenso degli interessati al collegamento telematico: requisito garantista o inutile orpello? – 5.2.1 Le ipotesi più problematiche della partecipazione a distanza vincolate al consenso delle parti interessate. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Nell'era del progresso tecnologico, gli strumenti informatici e telematici (ICTs)[1] rappresentano senza dubbio un valore aggiunto per l'amministrazione della giustizia penale in ragione del contributo che essi sono in grado di apportare in termini di efficienza ed efficacia al procedimento penale[2]. Non può inoltre trascurarsi che l'impiego della tecnologia nelle aule dei tribunali è in grado di favorire un controllo sull'operato delle autorità giudiziarie (come accade, per fornire un esempio, nel caso di un interrogatorio video e fono registrato), così concorrendo alla tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle attività procedimentali. Significativamente tali considerazioni hanno indotto il legislatore italiano ad intervenire sulla digitalizzazione del procedimento penale prevedendo, nella riforma promossa dall'*ex* Ministro della Giustizia prof.ssa Marta Cartabia, misure *ad hoc* sul fronte della formazione degli atti informatici e del loro deposito telematico, nonché delle registrazioni audiovisive e della partecipazione a distanza alle udienze e a specifici atti.
Al netto delle censure che saranno mosse più avanti, alla riforma Cartabia va certamente riconosciuto il merito di aver tentato di adeguare la gestione degli "affari della giustizia penale" alle opportunità offerte oggi dalla tecnologia, nella ricerca di una soluzione agli irrisolti problemi del carico processuale dei tribunali e della eccessiva durata dei procedimenti penali[3]. Tuttavia, il risultato perseguito dagli organi di indirizzo politico, ancorché apprezzabile, impone una riflessione circa le modalità di realizzazione dello stesso. In particolare, l'intervento compiuto in materia di collegamenti audiovisivi, nella misura in cui ne ha esteso considerevolmente l'ambito applicativo oltre alle già contemplate ipotesi della partecipazione a dibattimento dell'imputato o dell'esame a distanza dei collaboratori di giustizia, suscita diversi interrogativi per le implicazioni che esso dispiega sui diritti e sulle garanzie fondamentali.
Più in generale, le *virtual participations* a udienze e attività procedimentali non possono dirsi neutre e sollevano da sempre perplessità di ordine pratico e giuridico giacché toccano direttamente i *core principles* della giustizia penale, tra cui l'immediatezza e il contraddittorio, con ciò richiedendo una riconsiderazione della dialettica processuale, della stessa nozione di "udienza" e, soprattutto, della effettività del diritto di difesa.
Le preoccupazioni appena manifestate hanno polarizzato l'attenzione del mondo accademico già a partire dagli anni '90, da quando, cioè, il mezzo audiovisivo ha fatto il suo primo ingresso nel processo penale con l'esame a distanza dei collaboratori di giustizia (art. 147-*bis* NACpp) e con la partecipazione virtuale al dibattimento degli imputati detenuti per reati di mafia (art. 146-*bis* NACpp)[4]. I profili più delicati inerenti alle connessioni *online* hanno interessato i piani

[1] La *Information and Communication Technology* (ICT) comprende piattaforme di videoconferenza, *Case Management System* (CMS), piattaforme di comunicazione digitale e scambio di dati, intelligenza artificiale e tecnologie di apprendimento automatico. Per un approfondimento sui termini tecnici si veda S. Signorato, *Indagini penali, Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino 2018, 6 ss.
[2] Secondo E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflattivi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *www.lalegislazionepenale.ue*, 25.1.2022, 3, il concetto di efficienza deve essere inteso quale «capacità costante di un sistema operativo di rispondere ai propri fini». Per efficacia dovrebbe intendersi invece il grado di raggiungimento di un obiettivo prefissato che nel caso della giurisdizione penale non può che individuarsi nell'accertamento garantito della responsabilità penale oltre ogni ragionevole dubbio. Così B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*. *Verso un processo penale virtuoso*, Milano 2022, 261.
[3] Sempre il prof. Marzaduri sottolinea però che «traendo spunto dalla circostanza che già nell'intitolazione della l. n. 134 del 2021 si allude all'efficienza del processo penale, l'interprete potrà sì legittimamente convenire con chi ha osservato che in tal modo 'efficienza' diventa "la parola chiave" della riforma della ministra Cartabia, ma dovrà anche evitare di rinvenire il significato di detta espressione sulla scorta di un rapporto privilegiato, se non addirittura esclusivo, con l'esigenza di assicurare una ragionevole durata ai processi penali». E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali*, cit., 3.
[4] Fra le molte voci che hanno operato una puntuale ricostruzione delle principali criticità, si legga D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano 2006, 56 ss.

internazionale[5] e transnazionale, i quali hanno storicamente rappresentato un vero e proprio banco di prova della *remote justice*[6]. Soprattutto a livello transfrontaliero, la necessità di favorire la cooperazione internazionale o di risparmiare costi e tempo legati alle lunghe operazioni logistiche del trasferimento di indagati e detenuti[7], è stata talvolta perseguita a scapito del diritto di difesa[8]. Le più serrate critiche alla giustizia virtuale, tuttavia, sono emerse durante la pandemia da Covid-19 allorquando, per assicurare il diritto alla salute, i procedimenti penali allora in corso sono stati sospesi o, nella migliore delle ipotesi, sostituiti con la partecipazione virtuale alle udienze di tutte, o quasi tutte, le parti interessate, così favorendo la celebrazione di vere e proprie *virtual hearing*[9]. Non si possono certo sottovalutare i vantaggi che la tecnologia da remoto ha apportato al funzionamento dei sistemi giudiziari e, a sua volta, al mantenimento dello Stato di diritto in una parentesi storica difficile per i sistemi liberal-democratici[10]. Eppure, nonostante gli evidenti benefici a favore del sistema

---

[5] Si ricorda che già il Tribunale penale internazionale per l'*ex* Jugoslavia (ICTY) consentiva la partecipazione a distanza per proteggere vittime e testimoni vulnerabili. È interessante notare che nella nota sentenza *Prosecutor c. Tadić*, il Tribunale ha stabilito che la testimonianza introdotta in videoconferenza non può essere considerata alla stessa stregua di quella resa in aula. Il maggiore apprezzamento dell'affidabilità o meno delle prove dichiarative rese in presenza potrebbe far pensare ad un tentativo di valorizzazione del principio inquisitorio a livello internazionale; eppure, pare potersi ravvisare una soluzione di compromesso che tiene conto delle peculiarità dei diversi sistemi giuridici. *Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia*, 25.06.1996, *Prosecutor c. Tadić*, par. 21, cfr. *www.icty.org*. Ed ancora, nei procedimenti penali davanti alla CPI è normalmente richiesta la presenza; tuttavia, ai sensi degli artt. 68 e 69 dello Statuto di Roma, per proteggere le vittime e i testimoni vulnerabili o un imputato, le Camere possono condurre qualsiasi parte del procedimento a porte chiuse o consentire la presentazione di prove con mezzi elettronici o altri mezzi speciali (ivi comprese le videoconferenze o le tecnologie che alterano la voce o rivelano solo la *silhouette*).

[6] La videoconferenza è solitamente definita "rogatoria del terzo tipo". In questi termini M. Pisani, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 981.

[7] Ciò accade per lo più perché alcuni Stati richiedono la presenza di indagati e imputati per l'espletamento di specifici atti, soprattutto, negli interrogatori svolti durante la fase cautelare e delle indagini. In questa ottica, l'intervento a distanza può rappresentare un'alternativa al trasferimento temporaneo di tali soggetti.

[8] A titolo d'esempio, secondo la Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 sull'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati dell'area UE, l'esame in videoconferenza può essere diretto dall'autorità giudiziaria dello Stato richiedente secondo le disposizioni del diritto nazionale, con ciò delegandosi alla propria *lex* interna la definizione delle modalità e delle possibilità di coinvolgimento della difesa. A tal proposito, il mancato riferimento all'assistenza di un avvocato desta preoccupazioni. La persona interrogata telematicamente nel corso di un'indagine transnazionale rischia, infatti, di essere privata della difesa legale in quei casi in cui, invece, la legge dello Stato richiesto pretende l'affiancamento di un avvocato. Per un approfondimento sul tema sia permesso rimandare a A. Falcone, Online *Hearings and the Right to Effective Defence in Digitalised Trials*, in *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights* a cura di S. Ruggeri, L. Bachmaier Winter, Cham 2022, 189 ss. Tuttavia, abbracciando un'altra prospettiva, giova ricordare che la partecipazione in videoconferenza potrebbe facilitare l'esercizio della "doppia difesa" quando è oltremodo gravoso pagare due avvocati per partecipare ad una udienza in due Stati membri. Sottolinea questo beneficio M. Bargis, *Il diritto alla* "dual defence" *nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva (UE) 2016/1919*, in *DPenCont* 2017, 40 ss. Inoltre, sempre entro l'ottica di valorizzazione dello strumento tecnologico, si rinvia all'analisi condotta da A. Falcone. C. Orlando, *The right to confrontation and the taking of witness evidence in the field of transnational criminal justice*, in *Galileu* 2023, in fase di pubblicazione, i quali rammentano che il ricorso alle videoconferenze transnazionali rappresenta una valida alternativa alle rogatorie scritte in cui viceversa il diritto dell'imputato di contestare le argomentazioni dell'accusa è fortemente compromesso.

[9] In generale, in molti Stati dell'Europa, gli indagati sono stati interrogati da pubblici ministeri e giudici a distanza nelle stazioni di polizia e l'assistenza legale è stata fornita tramite un collegamento telefonico o tramite una strumentazione video, mentre i procedimenti di custodia cautelare si sono svolti attraverso connessioni *online* installate nei luoghi di detenzione. Infine, si sono tenute udienze in videoconferenza per acquisire prove dichiarative e per discutere questioni cruciali nel rispetto, per quanto possibile, del principio del contraddittorio. Per un esame delle sfide che le Corti europee hanno dovuto affrontare durante la prima ondata del virus COVID-19, si veda il rapporto OCSE, *The functioning of Courts in the Covid-19 pandemic*: *A Primer*, in *www.osce.org*, 2.11.2020.

[10] Con l'intento di avvalorare le potenzialità applicative della "giustizia a distanza", oltralpe c'è stato addirittura chi, per meglio garantire il diritto di accesso alla giustizia, ha sollecitato l'avvento di un nuovo modo di pensare al futuro dei tribunali e ha promosso un sito web per aiutare i pratici del diritto a condividere le migliori esperienze e *best practises*

giustizia, né la dottrina né l'avvocatura hanno accolto all'unanimità il massiccio ricorso alle connessioni virtuali. Alcuni hanno intravisto nella legislazione d'urgenza che le ha previste un'occasione utile per introdurre strumenti idonei ad incidere su principi essenziali della giustizia penale[11], quali l'oralità, la pubblicità e l'immediatezza[12]. Altri hanno evidenziato una violazione della ritualità e della sacralità del processo penale, tradizionalmente concepite come elementi per veicolare l'equità procedimentale[13]. I timori legati all'uso delle strumentazioni audio-video non hanno, tuttavia, intaccato le intenzioni del nostro legislatore che, sull'onda dell'emergenza da Covid-19, con la l. 27.9.2021 n. 134 ha delegato il Governo a «individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'atto del procedimento o all'udienza possa avvenire a distanza» (art. 1 co. 8 lett. *c*. D'altro canto, la stessa Commissione Lattanzi aveva auspicato di «non disperdere l'esperienza emergenziale che, al di là delle polemiche e delle resistenze, si era dimostrata positiva, sia per assicurare maggiore efficienza e rapidità al procedimento penale sia per incrementare i diritti della difesa»[14].

Ebbene, da questo breve *excursus* può notarsi che, a fronte di un aggrovigliato labirinto normativo più volte rimaneggiato lungo un arco temporale di oltre trent'anni, il confronto giuridico-culturale sulla *remote justice* si è mantenuto pressoché identico a sé stesso e ha visto fronteggiarsi essenzialmente due "filosofie" estreme. Con uno sforzo di sintesi queste possono essere ricondotte rispettivamente ad un atteggiamento di totale respingimento e a uno di fideistica accettazione degli strumenti audiovisivi i quali, a loro volta, esprimono un diverso grado di apprezzamento dei diritti e delle garanzie riconosciuti nell'ambito della giustizia penale. Partendo da questi due diffusi approcci, non possiamo dunque esimerci dal tentare di condurre un'indagine di più ampio respiro sui riflessi che il ricorso alle *virtual connections* per come è oggi configurato proietta sulla fisionomia del

---

sulle *remote hearings.* R. Susskind, Online *Courts and the Future of Justice*, Oxford 2019.

[11] L'intervento statale nel diritto processuale penale derivante da "situazioni di eccezionale pericolo", come è noto, è frequente. In Italia, ad esempio, i cosiddetti "pacchetti sicurezza" hanno affrontato taluni emergenti fenomeni criminosi, solo apparentemente urgenti, attraverso l'introduzione di sanzioni, limitazioni delle garanzie, congelamento o esclusione dei benefici in ambito carcerario. Al riguardo, R. Orlandi, *Una giustizia penale a misura di nemici?* in *RIDPP* 2020, 7 ss; O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, in *www.archiviopenale.it*, 2020, 1 ss.

[12] Si vedano, fra i molti, V. Manes, M. Trevi, *Processo penale* online*: opinioni a confronto*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 3.5.2020; M. Gialuz, J. Della Torre, *D.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla "giustizia virtuale" servono maggiore cura e consapevolezza*, in *www.sistemapenale.it*, 9.11.2020. Di «normalizzazione dell'eccezionalità» parla L. Kalb, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in N*uove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*. *Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n. 11 (c.d. legge sulla videoconferenza)*, a cura di A. A. Dalia, Milano 1998, 59. D'altro canto, non si può ignorare che, una volta superata l'emergenza sanitaria, le videoconferenze hanno continuato ad assumere una vasta portata applicativa potendosi ricorrere ad esse per esercitare l'azione penale, per procedere con l'archiviazione o emettere misure istruttorie o coercitive, nonché per avanzare richieste di riti alternativi rispetto a quello ordinario e perfino per condurre un interrogatorio di garanzia. Per un'accurata ricostruzione della normalizzazione della connessione *online* una volta superata la crisi sanitaria, cfr. B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 206 ss.

[13] L. Semeraro, *Il pragmatismo dei giuristi e la sacralità del processo*, in *QuestG*., 4.5.2020. «L'irruzione della tecnologia nello "spazio sacro" (lo *ieròs kùklos* dello scudo di Achille, descritto nel libro XVIII dell'Iliade) spezza la solennità ieratica delle tre antiche unità di tempo, luogo e azione tratte dalla tragedia greca». Così si esprime G. Di Chiara, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *Crim* 2007, 1, 21. Più di recente, sempre in questi termini, G. Di Chiara, *«Come s'uno schermo». Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie,* upgrade *tecnologici*, in AA.VV., *Imputazione e prova nel dibattimento tra regole e prassi*, *Atti del XXXI Convegno Nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale (Campobasso, 13-14 ottobre 2017*), Milano 2018, 136-140. Si rammenti inoltre il ruolo centrale e simbolico attribuito alla fisicità dal codice del 1988 per il quale «Nelle aule di udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all'organo giudicante. Le parti private siedono a fianco dei propri difensori, salvo che sussistano esigenze di cautela. Il seggio delle persone da sottoporre ad esame è collocato in modo da consentire che le persone stesse siano agevolmente visibili sia dal giudice che dalle parti» (art. 146 NAttaCpp).

[14] Così M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*. *Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *www.sistemapenale.it*, 2.11.2022, 22.

procedimento penale, al netto, chiaramente, di un corredo di valori considerati intoccabili perché posti a presidio di un accertamento penale equo[15].
Pertanto, alla luce di queste prime battute introduttive il presente studio, dopo aver ripercorso succintamente l'evoluzione storica che ha interessato la giustizia virtuale nel nostro sistema giuridico, si prefigge di analizzare tanto le novità introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2022 quanto il mancato intervento del legislatore italiano rispetto a questioni aperte connesse all'uso della videoconferenza, assumendo come angolo visuale privilegiato quello delle ripercussioni che le ICTs producono sull'immediatezza e il contraddittorio, ma anche sui diritti alla presenza fisica e alla difesa[16]. In tale prospettiva, fondamentale sarà il confronto con le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per il fondamentale ruolo da queste giocato nel bilanciare gli interessi dei soggetti coinvolti e i "formanti" del procedimento penale con i valori vigenti in un determinato momento storico.
Nel perseguire questi obiettivi risulterà utile ricorrere ad una prospettiva metodologica che, rifiutando «tesi preconcette ed automatismi di maniera», opera per «*check and balance*», soppesa «le poste in gioco», dosa «gli itinerari concreti» e approfondisce «gli ambiti di discrezionalità valutativa»[17]. Dal punto di vista di questo elaborato, una siffatta impostazione risulta senz'altro utile per due ragioni. Da un lato, per vagliare se, in vista del fine ultimo della riforma Cartabia, ovvero favorire una gestione efficiente del procedimento penale[18], la tecnologia audiovisiva comporti o una deroga o un affievolimento della tutela dei diritti e delle garanzie fondamentali. Dall'altro, per saggiare se il ricorso ai dispositivi offerti dall'ICT, come auspicato dalla Commissione Lattanzi possa, al contrario, dare vigore e vitalità a quei diritti di difesa che sono spesso declamati ma non effettivamente tutelati[19].
Tutto ciò nella consapevolezza che ogni garanzia deve puntualmente confrontarsi con la ragionevole durata del processo la quale, lungi dall'identificarsi *sic et simpliciter* con l'efficienza del sistema, è un connotato essenziale del procedimento penale secondo l'art. 111 co. 1 Cost. Con l'ulteriore precisazione che la ragionevole durata sol si può postulare o pretendere rispetto ad un processo che comunque soddisfi tutte le condizioni di un esercizio equo della giurisdizione[20].

---

[15] A tal proposito, non può non apprezzarsi quanto efficacemente sottolineato dalla prof.ssa Galgani, secondo la quale esistono regole processuali che richiedono di essere «ripensate e rifondate alla luce di nuove sfide assiologiche» e altre che, «garantendo la pienezza della giurisdizione, si ritengono irrinunciabili», B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 10.
[16] Sul tema, *ex multis*, P. Bronzo, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, in *La giustizia penale differenziata*, III, a cura di A. Gaito, G. Spangher, in *Gli accertamenti complementari*, coord. da M. Montagna, Torino 2011, 983-1000.
[17] G. Di Chiara, *«Come s'uno schermo»,* cit., 133.
[18] Non si dimentichi che l'avvio della riforma si lega al perseguimento della riduzione del 25% della durata media dei processi penali italiani entro il 2026 quale tappa obbligata del PNRR. Sul punto S. Quattrocolo, *Perché il differimento dell'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 è una sconfitta per la giustizia penale*, in *www.lalegislazionepenale.ue*, 2.11.2022, 1. L'Autrice evidenzia che «la riduzione dei tempi del processo, anche penale, produce, invero, effetti di lungo periodo, misurabili in termini di condizioni complessive socioeconomiche di un Paese, perché innesca effetti a cascata molto ramificati, capaci di indurre meccanismi virtuosi che certamente sfuggono a chi guardi al processo penale solo dalla specifica visuale offerta dalla postazione occupata nell'aula di udienza».
[19] Secondo la stessa Commissione «la tecnologia offre nuove forme di partecipazione, che non vanno escluse a priori, ma devono essere valutate con cura per verificare se e in che misura possano essere contemplate per garantire effettività al diritto di accesso al giudice, tanto all'imputato, quanto alle vittime del reato». *https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1622121336_relazione-finale-commissione-lattanzi-riforma-processo-penale-sistema-sanzionatorio-prescrizione.pdf*
[20] Per i giudici di Palazzo della Consulta le «discipline che mirino ad assicurare nel giudizio di sorveglianza una sollecita definizione dei contenziosi, lungi dal rispondere a una logica di "efficientismo giudiziario che privilegia in chiave statistica la quantità a scapito della qualità delle decisioni giudiziarie", come sostiene il giudice *a quo*, costituiscono attuazione di un preciso dovere costituzionale. La ragionevole durata è un connotato identitario della giustizia del processo». Così C. cost., 24.3.2022 n. 74, in *www.giustcost.org*. Queste conclusioni, ancorché dettate in materia di giudizio di sorveglianza, ben possono estendersi all'argomento qui trattato a riprova della centralità del *dictum*

2. Prima di entrare nel vivo della ricerca è necessario chiarire alcuni concetti di fondo. Come è stato già specificato, l'attenzione di questo contributo si rivolge in particolar modo alle videoconferenze, strumenti che a seconda del contesto e delle finalità per i quali sono adoperati «possono dividere, ma anche avvicinare o proteggere le persone coinvolte nei procedimenti penali, tanto nazionali quanto transnazionali»[21].
Ebbene, assieme alle teleconferenze, escluse tuttavia dall'oggetto precipuo della presente analisi, i collegamenti audio-video appartengono al novero delle c.d. "tecnologie dell'aula giudiziaria" a cui oggi può ricorrersi in diverse ipotesi[22]. Per quanto attiene più da vicino alla videoconferenza, essa usa connessioni digitali (definite anche virtuali o remote[23]) per riunire giudici, difensori, testimoni, imputati e altre parti eventuali quando questi, per diverse ragioni, non si trovano fisicamente nello stesso luogo. Esistono, a loro volta, collegamenti solo audio, se effettuati telefonicamente o con sistemi solo audio, e video, per lo più svolti *online* tramite piattaforme digitali come Zoom, Microsoft Teams, Meet etc. Ancora, potrebbe ricorrersi solo parzialmente all'audio e al video (*blended* o *hybrid*), quando, cioè, solo alcuni dei partecipanti sono collegati tramite audio e video. Possono infine aversi udienze virtuali in cui tutte le parti utilizzano collegamenti audiovisivi (c.d. *virtual hearings*).
Al di là delle classificazioni, è difficile negare che l'irruzione della tecnologia audiovisiva nel procedimento penale abbia comportato in generale un nuovo modo di intendere il ruolo di pubblici ministeri, giudici avvocati ma anche di indagati, imputati, testimoni e vittime al punto da doversi interrogare se sugli stessi gravi o meno un dovere di "diligenza informatica" e in che termini questa deve essere configurata[24]. Cosa accade, se l'avvocato non dispone di *hardware* e *software* adeguati a garantire una tele-video connessione? Si può imporre all'avvocato un obbligo di "*technological compliance*" senza pregiudicare la difesa[25]? O, piuttosto, un dovere di competenza tecnologica

---

costituzionale di cui all'art. 111 Cost. e, al contempo, della necessità di un suo affrancamento da un'ottica prevalentemente manageriale della giustizia penale.

[21] S. Buzzelli, *Le videoconferenze transnazionali*, in *PPG* 2017, 326.

[22] L'espressione si deve a F.I. Lederer, *Courtroom Technology: For Trial Lawyers the Future is Now. Popular Media*, in *www.scholarship.law.wm.edu*, 2008, 15 ss. Volendo fornire qualche esempio, i mezzi della ICT possono essere utilizzati per introdurre prove in giudizio tramite PowerPoint, proiezioni 3D o simulazioni virtuali. La tecnologia applicata al rito permette, inoltre, l'informatizzazione degli archivi giudiziari e la creazione di banche dati giuridiche per generare le prove stesse (intercettazioni, riprese video e audio) o, più semplicemente, per dare assistenza a distanza nei casi di testimonianza, esame e riconoscimento.

[23] Sulla portata semantica del termine "remoto" importato in Italia dall'esperienza anglosassone e sul suo uso improprio, si legga E. Amodio, *Smettiamo di storpiare l'italiano con il lugubre "da remoto"*, in *www.sistemapenale.it*, 28.4.2020, il quale ha sottolineato che «mentre l'aggettivo italiano "remoto" guarda al passato perché si riferisce alla distanza nel tempo, il termine inglese "*remote*" può designare un'attitudine a proiettarsi nel futuro superando la distanza nello spazio, e operando così in luoghi diversi».

[24] Così R. Aprati, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?* in *www.ilsistemapenale.it*, 2020, 2, 131 ss.

[25] La casistica giurisprudenziale emersa durante il periodo pandemico ci fornisce qualche esempio. Secondo la Corte di Cassazione, i problemi tecnici legati alla videoconferenza che non consentono la sostituzione del difensore di fiducia – impossibilitato ad attivare l'udienza a distanza – con un difensore d'ufficio, comportano l'annullamento della decisione per violazione del diritto di difesa per assenza della parte o del difensore. Cfr. Cass. 5.2.2021, n. 16120. Al contrario, la mancata comunicazione al difensore delle speciali modalità di svolgimento dell'udienza in videoconferenza durante il procedimento di riesame di una misura cautelare disposta nei confronti di un detenuto al di fuori della circoscrizione del giudice, non comporta la nullità dell'udienza ma costituisce un'irregolarità. Tale irregolarità può essere sanata mediante la rinnovazione dell'avviso e la concessione di un termine idoneo per il difensore di decidere se raggiungere o meno il luogo in cui è ristretto il proprio assistito. In questo caso, non si applica il termine di tre giorni previsto dall'art. 309 co. 8 Cpp. Così T. Siracusa, 13.3.2020.

dovrebbe gravare (anche) sulle autorità giudiziarie?[26] Alcune preoccupazioni di carattere tecnico potrebbero essere legate, ad esempio, all'uso e alla gestione dei microfoni[27].
Ad ogni modo, le trasformazioni tecnologiche che hanno ridisegnato la fisionomia del procedimento penale non sono state immediate e si sono piuttosto manifestate lentamente negli anni. D'altro canto, l'analisi comparatistica dimostra che in Europa, prima della pandemia, l'utilizzo delle videoconferenze è stato delimitato ad alcune isolate ipotesi, principalmente per facilitare le partecipazioni a distanza nelle aule dei tribunali in caso di reati gravi o per proteggere determinate categorie di persone (si pensi ai testimoni vulnerabili o alle persone esposte a ritorsioni da parte dell'imputato e dei suoi complici, ad agenti sotto copertura e a bambini e vittime che hanno subito abusi sessuali[28]).
Se volessimo fornire dei significativi esempi tratti dall'esperienza giuridica straniera, non potremmo che richiamare l'ordinamento tedesco nel quale la presenza dell'imputato al processo è generalmente obbligatoria e la videoconferenza è ammessa per l'esame di testimoni la cui incolumità potrebbe essere a rischio, così come per i bambini e le vittime vulnerabili (§§ 58b e 247 co. 2 StPO)[29]. E proprio a riprova della centrale importanza rivestita dall'*Anwesenheitsplicht* in Germania può menzionarsi la nota decisione del *Bundesverfassungsgericht* relativa ad un mandato d'arresto europeo (MAE) – emesso per dare esecuzione ad una sentenza pronunciata in contumacia nel Paese di emissione –, la *Solange* III, in cui i giudici costituzionali hanno collegato la partecipazione dell'*Angeklagte* al processo penale allo *Schuldprinzip* e, a sua volta, alla dignità umana (Art. 1 GG)[30]. Altrettanto emblematico è il caso della Spagna, dove interrogatori, testimonianze, confronti, perquisizioni, perizie e udienze si svolgono pubblicamente davanti a un giudice o tribunale con la presenza o l'intervento delle parti, salvo i casi previsti dalla legge (art. 229 co. 1 e 2 *LOPJ*). Infatti, la *LOPJ* ammette solo su autorizzazione dell'autorità giurisdizionale, che gli stessi atti e procedimenti possano essere svolti mediante videoconferenza o altro sistema analogo che consenta la comunicazione bidirezionale e simultanea di immagini e suoni e l'interazione visiva, uditiva e verbale tra due persone o gruppi di persone geograficamente distanti, assicurando in ogni caso la possibilità di contraddittorio delle parti e la salvaguardia del diritto di difesa.

---

[26] Sul punto, si veda J.G. Browning, *Should Judges Have a Duty of Tech Competence?* in *St. Mary's Journal on Legal Malpractice & Ethics* 2020, 10, 2, 176 ss.
[27] Tant'è che durante la pandemia, una avvocata del foro di Milano è stata illegittimamente messa a tacere con un clic dal giudice nel tentativo di gestire le voci sovrapposte in un momento di vivace dialogo tra le parti. Si legga l'intervista su *www.extremaratioassociazione.it*.
[28] Secondo un interessante studio condotto dalla Commissione Europea in relazione a tutti i 27 Stati membri, prima dell'emergenza sanitaria, l'uso della videoconferenza nelle udienze penali era possibile solo in 11 Paesi (42%), mentre era parzialmente consentito per gli esami dei dichiaranti in 14 Paesi (54%). Solo in qualche Stato membro (4%), i collegamenti a distanza non erano praticabili. Cfr. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/swd_digitalisation_en.pdf.
[29] Sull'utilizzo della videoconferenza in Germania durante la pandemia, si rimanda alle riflessioni di M. Lenk, *Die Corona-Pandemie – Digitalisierungsschub für den Strafprozess?*, in *Auf dem Weg zu einem modernen Rechtsstaat*, a cura di M. A. Bange, *Göttingen* 2021, 57-74.
[30] Cfr. *BVerG*, 15.12.2015, *Solange III*, in cui si dibatteva dell'opportunità che venisse celebrata a favore del ricorrente una nuova udienza in seguito ad una sentenza d'appello emessa in contumacia in Italia. M. Hong, *Human Dignity and Constitutional Identity: The Solange-III: Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog* 18.2.2016, afferma che: «Nella sentenza Solange III la Corte costituzionale fa giustamente riferimento al principio di colpevolezza del diritto penale, che deriva dalla dignità umana. Essa avrebbe potuto facilmente attingere alla sua ricca giurisprudenza in materia di diritto ad un equo processo (art. 2 co. 1, in combinato disposto con l'art. 20 co. 3 *GG*) e di diritto all'ascolto (art. 103 co. 1 *GG*) per giustificare la conclusione, secondo la quale è stato violato il nucleo centrale di tali diritti o, come afferma la Corte, le "garanzie minime dei diritti dell'imputato nei processi penali"». Sull'argomento si leggano inoltre i contributi di O. Pollicino, M. Bassini, *Personal Participation and Trials In Absentia. A Comparative Constitutional Law Perspective*, in *Personal Participation in Criminal Proceedings. A Comparative Study of Participatory Safeguards and* in Absentia *Trial in Europe*, a cura di S. Quattrocolo, S. Ruggeri, Cham 2019, 527-558; E. Demetrio Crespo, Á.M. Sanz Hermida, *In Absentia Proceedings in the Framework of a Human Rights-Oriented Criminal Law. The Perspective of Substantive Criminal Law*, in *Personal Participation in Criminal Proceedings*, cit., 559-576.

È interessante notare che nello scenario europeo appena delineato la normativa in materia di video e teleconferenza che da sempre rappresenta, più di tutte, un *unicum* è proprio quella italiana. Il miglior modo per ricostruire i fili della disciplina appena rinnovata e per apprezzare l'attuale portata dell'istituto in esame nel nostro Paese è partire anzitutto dalla sua origine e dal peculiarissimo scenario sociopolitico che vi ha fatto da sfondo negli anni, sebbene una esaustiva disamina delle singole fonti esuli dalle finalità del presente contributo[31].

3. Già a partire dai primi anni '90, all'indomani delle stragi di Capaci e di Via d'Amelio, il nostro sistema giuridico si poteva ascrivere tra quelli più innovativi in Europa giacché prevedeva che nei procedimenti per particolari ipotesi di reato, come quelli di mafia, si potesse fare ricorso alle videoconferenze al fine di interrogare i destinatari dei programmi di protezione[32]. Nel solco della riserva legislativa del "doppio binario", nel 1998, l'art. 146-*bis* NAttaCpp per la prima volta è stata ammessa la partecipazione a distanza dell'imputato detenuto, mentre il d.l. 18.10.2001 n. 374, convertito in l. 5.12.2001 n. 438, ha ribaltato la logica fino ad allora vigente, che aveva considerato la presenza virtuale un'eccezione, e ne ha consacrato l'ordinarietà, non più solo nei confronti di accusati per uno dei reati di cui all'art. 51 co. 3-*bis* Cpp, ma anche per uno di quelli commessi ai sensi dell'art. 407 co. 2 lett. *o* e co. 4 Cpp, ovvero in materia di reati di terrorismo internazionale[33].
L'affastellata evoluzione normativa è proseguita poi nel 2001 con la l. 5.10.2001 n. 367 di ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra Italia e Svizzera che all'art. 205-*ter* NAttaCpp ha inserito l'ipotesi di partecipazione a distanza del detenuto all'estero, nonché l'esame a distanza del testimone e del perito. I più strutturali e al contempo controversi contributi in materia si sono registrati però con l'emanazione del d.l. 23.6.2017 n. 103, alcuni dei quali sono peraltro rimasti invariati anche dopo la recente riforma. Le principali modifiche volute dal Guardasigilli dell'epoca Orlando hanno interessato la partecipazione virtuale di imputati in libertà[34], anche se testimoni[35], per la cui realizzazione sarebbe bastata – ed è invero tuttora sufficiente – l'imputazione per uno dei reati rientranti nelle categorie di cui sopra, senza la necessaria compresenza di alcuno dei presupposti oggettivi, di cui il giudice, invece, doveva in precedenza dare conto con decreto motivato da comunicare alle parti almeno dieci giorni prima[36]. A questi soggetti se ne sono aggiunti altri due –

[31] Per una esaustiva ricostruzione storica di questo argomento prima dell'avvento della pandemia, si veda P. Rivello, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 31.07.2017, 1 ss.
[32] Così l'art. 147-*bis* NAttaCpp, introdotto dal d.l. 8.6.1992 n. 306, convertito con emendamenti dalla l. 7.8.1992 n. 356.
[33] L'introduzione e poi l'espansione di tale nuovo metodo partecipativo si prefiggeva di garantire vuoi una maggiore efficienza ai maxi-processi, contraddistinti da accertamenti macchinosi, vuoi le facoltà difensive alle decine di imputati che vi prendevano parte. Senza dilungarci oltremodo, ricordiamo che altro fine fu quello di contrastare il c.d. "turismo giudiziario" conseguente alla traduzione, da una sede all'altra, dei detenuti per mafia, i quali si avvalevano del diritto a intervenire di persona ai processi celebrati a loro carico con un impiego di mezzi non indifferente e con il rischio di ripercussioni sulla pubblica sicurezza. Senza considerare l'interferenza di tale fenomeno con i termini di durata della custodia cautelare i quali, una volta decorsi, favorivano la scarcerazione degli imputati.
[34] È stato puntualizzato che con l'uso del collegamento a distanza l'imputato può paradossalmente recarsi in qualunque luogo con la sola eccezione dell'aula del suo processo. Sul punto, P. Ferrua, S*oggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *DPenCont*. 2017, 1266.
[35] Sull'argomento, si legga S. Signorato, *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2017, 12. Si veda pure R. Casiraghi, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Milano 2011, 549.
[36] L'art. 146-*bis* NAttaCpp nella sua formulazione originaria subordinava l'utilizzazione della videoconferenza alla presenza di presupposti sia soggettivi sia oggettivi. Quanto ai primi, come è stato precisato, lo strumento audiovisivo era allora applicabile ai soli detenuti per uno dei delitti di cui all'art. 51 co. 3-*bis* Cpp e riguardava i soli sottoposti a detenzione carceraria, cautelare o definitiva, a qualsiasi titolo. Quanto ai secondi, la partecipazione a distanza era ammessa *i*) per gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; *ii*) nel caso in cui il dibattimento fosse stato di particolare complessità e la partecipazione a distanza fosse stata necessaria per evitare ritardi nel suo svolgimento e, infine, *iii*) qualora si fosse

ancora oggi contemplati – a favore dei quali la videoconferenza può operare sempre e, cioè, le persone ammesse a programmi o misura di protezione, incluse quelle di tipo urgente o provvisorio (art. 146-*bis* co. 1-*bis* NAttaCpp) e i destinatari del regime penitenziario di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. Un decreto motivato del giudice può però disporre la presenza fisica, se ritenuta necessaria, tranne che nelle ipotesi di cui al 41-*bis* ord. pent, (art. 146-*bis* co. 1-*ter* NAttaCpp). A completamento di tale quadro, un'altra norma (anch'essa attualmente vigente) ha suggellato la massima apertura nei confronti del mezzo audiovisivo e ha accordato al giudice la possibilità – connotata da un forte contenuto valutativo – di ammettere con decreto motivato la partecipazione a distanza al processo al ricorrere di motivi di «sicurezza», in caso di «particolare complessità» e per «evitare ritardi», ovvero per assumere la testimonianza di una persona in stato di detenzione presso un istituto penitenziario a qualunque titolo (art. 146-*bis* co. 1-*quater* NAttaCpp)[37]. Secondo quest'impianto normativo, tuttavia, se la presenza a dibattimento è indispensabile per procedere a confronto, ricognizione o altro atto implicante l'osservazione della persona, una volta sentite le parti, il giudice deve disporla[38]. La legge Orlando è intervenuta anche sugli artt. 45-*bis* e 134-*bis* NAttaCpp (introdotti rispettivamente dall'art. 1 della l. 7.1.1998 n. 11 e dall'art. 14 d.l. 24.11.2001 n. 341) i quali, come ben si sa, dispongono la partecipazione a distanza anche ai procedimenti in camera di consiglio ed al giudizio abbreviato, quando questo si svolge in pubblica udienza. Sicché a partire dal 2017 anche in queste circostanze la partecipazione all'udienza per gli imputati per taluno dei delitti di cui agli artt. 51 co. 3-*bis* e 407 co. 1 lett. *a* Cpp deve avvenire sempre a distanza, fatta salva la possibilità di un diverso provvedimento del giudice; per gli imputati detenuti per reati comuni, invece, è virtuale solo a seguito di decisione specifica del giudice, assunta sulla base degli stessi criteri previsti per le connessioni in dibattimento. Giungiamo infine all'alluvionale decretazione d'emergenza che ha consentito, inizialmente, la "remotizzazione" di ogni fase del procedimento penale, prima di limitarne la portata ed escludere il ricorso alle "aule estese" per le udienze istruttorie e di discussione finale[39]. Come è stato già anticipato, nei confronti di questa inedita parentesi normativa il legislatore del 2021 ha espresso particolare apprezzamento. E così, il d.lgs. 150/2022 ha finito per ampliare le ipotesi di ricorso alla "smaterializzazione" dei luoghi dove si celebra il rito, ancorandoli alla volontarietà delle parti – soprattutto di imputati – al fine di non pregiudicare la partecipazione in presenza (art. 1 co. 8 lett. *c* della l.d. n. 134)[40].

---

trattato di detenuto sottoposto a regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. La *ratio* di tale ultima previsione risiedeva nell'evitare che gli imputati assoggettati al regime penitenziario speciale approfittassero della celebrazione delle udienze per comunicare tra di loro e impartire direttive agli altri affiliati. Enormi perplessità suscitavano, in particolare, gli altri due requisiti per l'eccessiva discrezionalità che veicolavano. Sul tema, *ex multis*, P. Bronzo, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, *op. cit*., 989. Per una compiuta analisi dei concetti di "ordine pubblico", "pubblica sicurezza", "particolare complessità del dibattimento", "necessarietà" e "esigenza di evitare ritardi" si legga la esauriente ricostruzione di E.A.A. Dei-Cas, *La partecipazione a distanza, in attesa della riforma del processo penale*, in *www.sistemapenale.it*, 7.4.2022, 12 ss.

[37] La norma esclude tuttavia i soggetti di cui al co. 1 e 1-*bis* dell'art. 146-*bis* NAttaCpp.

[38] Con l'entrata in vigore della l. n. 103/2017 era stato pure previsto che, nei processi con presenza virtuale dell'imputato, fosse concesso di «intervenire a distanza» anche alle «altre parti» – compreso, dunque il pubblico ministero – ed ai «loro difensori» (art. 146-*bis* co. 4-*bis* NAttaCpp). Questa previsione è scomparsa in seguito all'emanazione della riforma Cartabia.

[39] Si veda l'art. 83 d.l. 17.3.2020 n. 18 (c.d. "decreto Cura Italia"), convertito con modificazioni nella l. 24 aprile 2020, n. 27. Il d.l. 30.4.2020 n. 28, convertito con modificazioni dalla l. 25.6.2020 n. 70, riduceva drasticamente la portata della partecipazione a distanza (art. 3 co. 1 lett. *d*) poiché venivano escluse dall'ambito della videoconferenza, salvo accordo delle parti, le udienze di discussione finale, tanto in udienza pubblica quanto in camera di consiglio, e quelle in cui doveva essere celebrato l'esame di testimoni, parti, consulenti tecnici o periti.

[40] Si è puntualmente rilevato che la scelta del consenso combina in maniera equilibrata, da un lato, «la coscienza che il processo penale è un fenomeno sociale regolato dal diritto e che, in quanto tale, è immerso (anche e opportunamente) nelle dinamiche innescate dall'evoluzione tecnologica e, dell'altro, la tutela istituzionale dei connotati strutturali della giurisdizione penale». In questi termini, B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 362.

Ebbene, la digressione fin qui condotta evidenzia che l'utilizzo della videoconferenza, nato nell'alveo di una normativa concepita per conferire maggiore efficienza e sicurezza ai processi di criminalità organizzata e destinata ad operare eccezionalmente fino al 2000, si è via via stabilizzato, fino a vedere una quasi "liberalizzazione" per opera della riforma Orlando, della normativa pandemica, della l. 134/2021 e, da ultimo, del d. lgs. 10.10.2022 n. 150[41].

4. Uno dei primi commenti rivolti alla recente riforma ha efficacemente sottolineato che, dinanzi al criterio vago di cui all'art. 1 co. 8 lett. *c* della l.d. n. 134, il Governo avrebbe potuto percorrere tre strade. Una prima possibilità interpretativa, valorizzando il dato letterale della previsione in parola, avrebbe consentito di realizzare un'operazione più marcata saldando al consenso delle parti ogni ipotesi di partecipazione a distanza, sia che questa fosse stata già prevista dalla normativa precedente sia che fosse stata introdotta *ex novo*. Secondo una diversa configurazione, invece, si sarebbero dovuti mantenere i casi di *remote partecipation* già contemplati prevedendosi l'aggiunta di nuovi subordinati al meccanismo consensuale delle parti. Infine, imboccando una terza via, il legislatore avrebbe potuto rivalutare le ipotesi di presenza virtuale in forza, individuando quali assoggettare alla volontà delle parti[42].
Da un primo sguardo alle modifiche legislative si evince chiaramente che la riforma promossa dalla prof.ssa Cartabia ha accolto il secondo dei percorsi appena prospettati ed è intervenuta su due livelli, uno generale e uno speciale. Per quanto attiene al primo piano, da un lato, il legislatore ha lasciato invariate le disposizioni di attuazione, salvo qualche eccezione agli artt. 146-*bis* e 147-*bis* NAttaCpp, e dall'altro, ha inserito un nuovo Titolo, il II *bis*, al Libro II del codice di rito introducendo agli artt. 133-*bis* e *ter* norme di carattere generale che riprendono parzialmente l'art. 146-*bis* – abrogato nei co. 2, 3, 4, 5 e 6 – e in parte l'art. 23, co. 5 d.l. 28.10.2020 n. 137, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176 risalente alla fase pandemica. La scelta di inserire una disciplina generale nel Titolo II *bis* può essere senz'altro essere accolta con favore per il risalto che si è voluto dare ad una normativa di stampo tendenzialmente garantista. Essa, tuttavia, non basta da sola a fondare l'impiego del vettore audiovisivo ed è, pertanto, destinata a combinarsi con ciascuna delle tassative disposizioni *ad hoc* che si snodano lungo tutto il procedimento penale e che subordinano il compimento telematico di alcuni atti al consenso delle parti di volta in volta interessate[43].
Passando ad una succinta analisi della disciplina varata nel 2022, può subito notarsi che essa prescrive come primo passo la decisione circa la possibilità di procedere con la modalità da remoto, a meno che non siano disposizioni di legge a ordinarne l'obbligatorietà. Va valutato positivamente il fatto che l'autorità giudiziaria sia chiamata a disporre il collegamento a distanza con un decreto motivato che attesti la sussistenza di presupposti indicati dalla legge, sia che questo venga reso in udienza o fuori da tale contesto, nel quale ultimo caso deve essere comunicato alle parti insieme al provvedimento che fissa lo svolgimento dell'attività o la celebrazione dell'udienza. I termini dilatori per la notificazione vengono mutati dalla disciplina dell'atto di cui trattasi, ferma restando l'applicabilità di una generale eccezione per la quale la comunicazione in parola deve avvenire «in ogni caso almeno tre giorni prima della data» di celebrazione dell'atto o dell'udienza[44]. Da un punto

---

La stessa Autrice, ancor prima della riforma, ha inoltre suggerito l'idea di pensare ad un rito «a trazione digitale» quando «l'illecito da accertare» è sganciato dalla «possibilità di attingere la pena detentiva così da legittimare a monte una differenziazione in punto di disciplina processuale».

[41] D. Negri, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in *Arch. pen. Speciale Riforme* 2018, 569. C. Minnella, Remote justice, *da eccezione a realtà sempre più crescente*, in *Guida dir*. 2022, 51.

[42] M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 23 ss.

[43] Il consenso continua a non essere richiesto, invece, per la partecipazione alle udienze e per l'esame a distanza già precedentemente disciplinate dal codice di rito (artt. 45-*bis*, 134-*bis*, 146-*bis* co. 1, 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*, 147-*bis*, co. 1, 1-*bis* e 3 e 205-*ter* NAttaCpp).

[44] Potrebbe trattarsi, ad esempio, di citazione a giudizio, dell'avviso di fissazione dell'udienza, dell'invito a presentarsi o

di vista pratico si continua ad operare secondo un sistema modellato su quello invalso per l'audizione dei collaboratori di giustizia e, cioè, si attiva un video-collegamento tra l'ufficio giudiziario (o l'aula d'udienza) e il diverso luogo in cui si trovano i partecipanti – un altro ufficio giudiziario o di polizia giudiziaria attrezzato per il collegamento video e, per i detenuti, salette appositamente allestite presso le case circondariali –. L'autorità giudiziaria può in ogni caso autorizzare i soggetti in libertà a collegarsi da un diverso posto, mentre i difensori possono partecipare dai propri studi o da altro luogo purché valutato a tal fine – presumibilmente dal giudice e/o dal pubblico ministero – idoneo. Ai legali è comunque permesso di rimanere fianco a fianco al proprio assistito, e quindi di trasferirsi nel luogo dove questi si trova per favorire una consultazione più riservata.
Nella postazione remota è presente un ausiliario del giudice o un ufficiale di polizia giudiziaria il cui compito è certificare l'identità dei partecipanti e verbalizzare quanto accade[45]. Infine, giacché le udienze *online* sollevano anche la questione dell'adempimento della pubblicità[46], significativamente la riforma Cartabia prescrive all'art. 133-*ter*, co. 3 Cpp che nei casi di udienza pubblica deve essere assicurata, per l'appunto, un'«adeguata pubblicità» degli atti e delle udienze compiuti a distanza, sebbene oscuro rimanga il concetto di adeguatezza. A tal fine, dell'atto o dell'udienza è sempre disposta la registrazione audiovisiva, così da permetterne una riproduzione successiva e, in ultima istanza, per tutelare la pubblicità c.d. mediata.
Ebbene, rimandando ad un'analisi più accurata la segnalazione di incongruenze e difetti dello «statuto generale delle attività compiute tramite collegamento audiovisivo»[47], passiamo all'elencazione delle norme di carattere speciale, le quali hanno introdotto molte novità sia in relazione alla partecipazione a distanza delle udienze sia con riguardo all'intervento ad atti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria da realizzarsi oggi *online*. Una prima innovazione riguarda il procedimento in camera di consiglio. L'art. 127, co. 3 Cpp è stato riscritto in modo da prevedere l'audizione a distanza di chi, detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice, oltre ai casi già previsti dalla legge, richieda di essere sentito con la precisazione che, qualora l'interessato non presti il proprio consenso, rimane immutato il suo diritto di essere ascoltato dal magistrato di sorveglianza del luogo in cui è detenuto o internato. Quanto all'udienza di riesame, da oggi l'imputato può comparire sullo schermo di un video non solo quando una particolare disposizione di legge lo prevede (art. 309, co. 8-*bis* Cpp) ma anche quando il presidente disponga tale modalità e l'imputato vi acconsenta. La rinnovata disciplina ha pure inserito, previa richiesta della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa dal reato, dei difensori e dei consulenti tecnici, e su autorizzazione del pubblico ministero, la possibilità di assistere virtualmente al conferimento dell'incarico degli accertamenti tecnici non ripetibili (art. 360 co. 3-*bis* Cpp). È altresì possibile l'interrogatorio da remoto della

---

della diversa forma, anche libera, di convocazione degli interessati. Può, tuttavia, argomentarsi che il termine minimo di tre giorni di preavviso può risultare in contrasto con i tempi più brevi che il codice prescrive per le attività urgenti. Si pensi al conferimento dell'incarico al consulente tecnico per via telematica, nell'ambito degli accertamenti tecnici irripetibili; alla convocazione *online* dell'udienza relativa all'incidente probatorio; alle sommarie informazioni di polizia giudiziaria, anch'esse celebrate online; alla prontezza richiesta per l'interrogatorio di garanzia o nel caso previsto dall'ultimo co. dell'art. 375 Cpp per il quale «l'invito a presentarsi è notificato almeno tre giorni prima di quello fissato per la comparizione, salvo che, per ragioni di urgenza, il pubblico ministero ritenga di abbreviare il termine, purché sia lasciato il tempo necessario per comparire».

[45] Con la precisazione che se questa funzione è adempiuta da un ufficiale di polizia giudiziaria, questi dovrà essere selezionato tra coloro che non hanno partecipato alle indagini che coinvolgono l'imputato, onde evitare che la presenza dell'investigatore possa in alcun modo turbarne la serenità.

[46] Durante la pandemia, ad esempio, lo stato americano del Michigan si è mosso verso una "giustizia aperta" utilizzando YouTube. Al contrario, alcuni Paesi europei, come Germania e Svizzera, hanno proibito di filmare le sedute dei tribunali, temendo che, per ragioni di psicologia giudiziaria, le udienze dal vivo potessero incidere sul comportamento sia delle parti che dei giudici.

[47] D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E. M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 469 s.

persona sottoposta alle indagini da parte del pubblico ministero (anche se delegato alla polizia giudiziaria), quando l'indagato e il difensore vi consentono (art. 370 co. 1-*bis* Cpp), e lo svolgimento dell'interrogatorio in videoconferenza della persona sottoposta a misura cautelare personale su richiesta espressa di questo e del suo legale (art. 294 co. 4 Cpp). Il ricorso alla videoconferenza è possibile anche per le sommarie informazioni rese dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, su richiesta della polizia giudiziaria e previa autorizzazione del pubblico ministero, una volta sondato chiaramente il consenso di indagato e difensore (art. 350 co. 4-*bis* Cpp) e per la convalida del fermo e dell'arresto (art. 391 co. 1 Cpp). Sono stati riformati gli artt. 421 co. 1-*bis* e 423 1-*ter* co. 2 Cpp che oggi ammettono la contestazione della modifica delle imputazioni nel corso dell'udienza preliminare e in dibattimento, anche mediante collegamento a distanza; l'art. 422 co. 2 Cpp ai sensi del quale in seno all'udienza preliminare quando una particolare disposizione di legge lo prevede, o quando le parti vi consentono, il giudice dispone che l'esame si svolga a distanza. Ai sensi dell'art. 496 co. 2-*bis* Cpp il giudice può anche disporre, quando le parti vi consentono, e salvo che una disposizione di legge *ad hoc* prevede diversamente, l'esame virtuale dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle persone indicate nell'art. 210 Cpp e delle parti private. Inoltre, sono stati interpolati l'art. 660 Cpp, così facoltizzando il procedimento di esecuzione da remoto quando una particolare previsione lo prevede o quando l'interessato vi consente, come pure gli artt. 707 e 717 Cpp con riguardo all'audizione video-sonora dell'estradando.

5. Volendo riassumere quanto fin qui tratteggiato, con le modifiche introdotte dal d. lgs. dello scorso ottobre 2022 ci troviamo dinnanzi ad una nuova disciplina di carattere generale che per espressa previsione dell'art. 133-*bis* Cpp si combina con una speciale relativa alle singole ipotesi di partecipazione a distanza, per le quali è richiesto il consenso della parte interessata o un'istanza che solleciti il collegamento virtuale. La normativa che ne risulta si va perciò a sommare a quelle pregresse previsioni che già contemplavano le connessioni telematiche tanto obbligatarie quanto discrezionali e che consentivano la presenza dalla sede remota di indagati, di imputati ed altre parti.
In via del tutto preliminare è il caso di precisare che, nell'ottica di contrarre i tempi procedimentali, non può che accogliersi positivamente l'estensione dell'ambito applicativo del mezzo virtuale. È però innegabile che solo il tempo potrà dirci quanto le videoconferenze saranno utilizzate nel prossimo futuro e in che misura il loro uso comporterà una riduzione effettiva della durata delle udienze, dei singoli atti e, in ultima istanza, dell'intero procedimento penale. Altrettanto degno di nota è l'aver tentato di apportare sistematicità ad una disciplina frammentaria, impetuosamente stratificatasi in oltre trent'anni. Ciononostante, entro le coordinate di fondo descritte, accanto ad osservazioni di segno positivo possono avanzarsene altre di carattere negativo. Tanto le une quanto le altre mirano dunque a valutare: *i)* l'intervento complessivo del legislatore, per certi versi decisivo e, per altri, deficitario rispetto alla risoluzione di quei delicati problemi già emersi in seno alle previste ipotesi della partecipazione e dell'esame a distanza; *ii*) l'estensione della partecipazione virtuale ad atti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria e ad alcune udienze purché vincolata al convincimento degli interessati che se, da un lato, comporta la possibilità di disporre del mezzo audiovisivo per perseguire degli inaspettati benefici, dall'altro, rischia di esporre la difesa ad ingiustificabili *vulnera*.

5.1 Quanto alla questione presentata *sub i)*, i primissimi rilievi che possono essere formulati alla riforma sono per la verità per lo più critici e recuperano in gran parte quelli già da tempo espressi in dottrina tanto avverso lo l'espansione dell'istituto in esame – rispetto al quale era stato contrariamente suggerito «un sapiente dosaggio della partecipazione a distanza, consentendone l'impiego solo quando essa risultasse strettamente necessaria per proteggere interessi di preminente importanza»[48]

[48] M. Daniele, *La partecipazione a distanza allargata, superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146*-bis *disp. att. c.p.p.*, in *DirPenCont* 2017, 2.

– quanto sulla tecnica legislativa adoperata, in alcune parti lacunosa e foriera di contraddizioni[49]. In questo ordine di idee può quindi biasimarsi al legislatore delegato una certa inerzia, laddove per converso avrebbe potuto e dovuto spingersi oltre, nel tentativo di razionalizzare una disciplina che suscitava e suscita confusione[50]. Così procedendo si sarebbero sopiti parte dei dubbi emersi in passato che, come più volte anticipato, hanno riguardato i caratteri basilari dell'udienza dibattimentale, il diritto alla presenza fisica, l'assunzione della prova dichiarativa attraverso il metodo dialettico dell'esame incrociato, i principi di immediatezza e oralità, il diritto di difesa e, da ultimo, ma non meno importante, il contradditorio come metodo epistemologico.
Pertanto, per misurare l'effettiva tenuta dei *core principles* della giustizia penale nell'impatto con le attuali manifestazioni dell'attività a distanza in dibattimento – luogo privilegiato per la formazione della prova – è doveroso procedere con una rassegna delle principali obiezioni avanzate e che possono plausibilmente ancora muoversi allo strumento digitale, senza tralasciare di plaudire, laddove presenti, alle positive innovazioni apportate dall'ultimo intervento riformatore.

5.1.1 Una prima questione da esaminare riguarda la compatibilità dei mezzi audiovisivi con il diritto alla presenza fisica, del quale si impone però un preliminare inquadramento normativo e giurisprudenziale. Ampiamente riconosciuto dagli *standard* internazionali e sovranazionali come garanzia fondamentale dell'equo processo, esso è connesso al diritto a un'udienza pubblica, a difendersi, al contraddittorio e a farsi assistere da un interprete se la lingua utilizzata in udienza non è compresa. Tutti questi diritti, si è detto, difficilmente potrebbero essere attuati senza riconoscere all'imputato la possibilità di essere fisicamente presente in udienza[51]. A livello internazionale, mentre il Patto internazionale sui diritti civili e politici e la Carta araba dei diritti umani sanciscono espressamente «il diritto di una persona a essere processata in sua presenza» (art. 14 co. 3 lett. *d* e art. 16 co. 3), la Cedu dichiara semplicemente il diritto «di difendersi di persona o tramite l'assistenza legale di fiducia» (art. 6 co. 3 lett. *c*)[52], ancorché il riconoscimento della difesa legale non escluda

[49] Basterebbe qui ricordare i dubbi interpretativi che sorgono nel distinguere la partecipazione a distanza discrezionale da quella obbligatoria. Infatti, *ex* art. 146-*bis* co. 1-*ter* NAttaCpp «il giudice può disporre con decreto motivato, anche su istanza di parte, la presenza alle udienze delle persone indicate nei commi 1 e 1-*bis* qualora lo ritenga necessario» ovvero degli imputati per reati particolarmente gravi, una verifica, questa, non richiesta unicamente nel caso in cui l'imputato sia detenuto in base al regime di massima sicurezza di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. In questi termini, la scelta del giudice si gioca tutta sul significato da attribuire al concetto di "necessità", sulla cui definizione però non si rinvengono interventi di sorta così incrementando la discrezionalità dell'autorità giudiziaria. Ebbene, come si ricorderà a tal riguardo sono state proposte due prospettive esegetiche da M. Daniele, cit., 4. Una prima, più restrittiva, considera il parametro della "necessità" integrato allorquando non siano disponibili strumentazioni capaci di «assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti nei diversi luoghi e la possibilità per ciascuna di essa di udire quanto viene detto dalle altre» secondo quanto contenuto oggi nell'art. 133-*ter* (un tempo nell'art. 146-*bis* NAttaCpp). Questa spiegazione, tuttavia, espone imputati ed indagati ad una disparità di trattamento che deriva dal grado di avanzamento tecnologico dell'ufficio giudiziario di volta in volta considerato. Diversamente argomentando, la "necessità" può essere ricavata in negativo dalle ipotesi di partecipazione a distanza facoltativa, da preferire al ricorrere di rischi per la sicurezza o per l'efficientismo del processo ai sensi dell'art. 146-*bis* co. 1-*quater* NAttaCpp. In questo senso pure M. Gialuz, A. Cabiale, J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *DirPencont* 2017, 192. Così ragionando, tuttavia, i casi obbligatori finiscono con l'essere in gran parte ricondotti a quelli discrezionali, senza che siano risolti, peraltro, i dubbi che si stagliano attorno ai connotati della sicurezza, dell'efficienza e della complessità del processo penale, i quali accrescono, in ultima istanza, l'arbitrarietà dell'autorità giurisdizionale in materia.
[50] Dello stesso avviso, anzi in termini ancora più critici, D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 469.
[51] Così S. Ruggeri, *Personal Participation in Criminal Proceedings.* In Absentia *Trials and* Inaudito Reo *Procedures. Solution Models and Deficiencies in ECtHR Case-Law, Personal Participation in Criminal Proceedings*, cit., 581.
[52] La Convenzione americana per i diritti umani riconosce il diritto alla presenza come diritto ad esaminare il testimone in presenza (art. 18 CADU). Parimenti, l'art. 8 riconosce il diritto dell'accusato di «difendersi personalmente o di essere assistito da un consulente legale di sua scelta». Sull'argomento, si veda S. Quattrocolo, *Partecipazione al processo e*

chiaramente il diritto dell'imputato di partecipare al proprio processo e di difendersi personalmente. Per quanto attiene alla nostra Costituzione, non può tacersi che la presenza fisica delle parti private, secondo una rigorosa interpretazione del dettato costituzionale, sembrerebbe essere avvalorata dal co. 2 e da co. 3 dell'art. 111 Cost. per il tramite della proposizione «davanti a [o] al giudice»[53].
Nonostante la centralità, diversamente declinata, del diritto in esame nelle fonti pocanzi richiamate, i collegamenti audiovisivi, per quanto non siano considerati di per sé neutri, tanto secondo i giudici di Strasburgo quanto secondo quelli costituzionali non pongono problemi di sorta rispetto alla tutela del diritto *de quo*, purché il loro impiego nel processo rappresenti l'ultima *ratio* e sia giustificato dal perseguimento di fini meritevoli di tutela in quanto dotati di copertura costituzionale e/o convenzionale[54]. E così, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso che il diritto di essere presenti in tribunale implichi sempre il diritto alla presenza fisica, cosicché la partecipazione da remoto non costituisce necessariamente una violazione del diritto al *fair trial*[55]. Alla stessa stregua, i giudici di Palazzo della Consulta hanno ribadito l'assoluta legittimità del mezzo audiovisivo quanto il suo uso si pone l'obiettivo di garantire efficienza e sicurezza[56]. Ebbene, sulla scorta della casistica giurisprudenziale appena ricordata possono annoverarsi tutte le ipotesi in cui l'interposizione del diaframma tecnologico non risponda ad esigenze di preminente importanza, fra tutte quella di cui all'art. 146-*bis* c0. 1 NAttaCpp che dispone l'audizione a distanza tanto del testimone – per la sola circostanza che questo si trovi in stato di detenzione – quanto dell'imputato detenuto per uno dei reati di cui all'art. 51 c0. 3-*bis*, nonché di cui all'art. 407 co. 2 lett. *a* n. 4, quand'anche per la partecipazione nel processo in cui il collegamento virtuale sia prescritto il soggetto risulti libero. Su queste disposizioni torneremo nel prosieguo della trattazione per segnalare ulteriori e preoccupanti profili.
In questo contesto può comunque segnalarsi che è stata persa un'utile occasione per intervenire su un tema delicato quale è quello della presunzione di pericolosità che fa ricadere sulla persona detenuta uno stigma pesantissimo a causa dei delitti espressamente richiamati dall'art. 146-*bis* co. 1 NAttaCpp[57].
A fronte di indicazioni giurisprudenziali, per così dire, di compromesso, il dibattito accademico è stato particolarmente acceso e ha messo in luce come l'utilizzo dei mezzi audiovisivi nel settore della giustizia penale intacchi gli interessi individuali dell'imputato nel processo poiché incide profondamente sulla sua complessità razionale ed emotiva[58]. L'apprezzamento di questa "sfera

---

contraddittorio, in *www.legislazionepenale.ue*, 19.10.2020, 107 ss. Nel quadro giuridico europeo, la direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, stabilisce che il diritto dell'imputato a prendere parte personalmente al processo si regge sul diritto a un equo processo in quanto principio fondamentale di una società che voglia definirsi autenticamente democratica; tale diritto deve essere pertanto garantito in tutta l'Unione e deve essere letto come un vero e proprio "diritto alla presenza al processo" (art. 8). Cfr. S. Ruggeri, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione Europea*, in *DPenCont* 2015, 135, il quale rammenta che la direttiva ha riconosciuto il diritto dell'imputato a partecipare personalmente al proprio processo in modo eccessivamente flessibile e che ha peraltro escluso il diritto all'assistenza tecnica nelle decisioni intermedie o accessorie, dove le libertà fondamentali delle persone rischiano di essere pesantemente compromesse.

[53] Secondo il prof. Chiavario «si configura, quindi, un'esigenza che non è soltanto di presenza, ma di possibilità di partecipazione attiva, che, collegandosi con la esigenza di parità delle armi, trova il suo più pieno sviluppo nel contraddittorio tra le parti». M. Chiavario, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, in Id., *Processo e garanzie della persona*, II, 3 ed., Milano 1984, 172.

[54] Per la C. eur., 1.6.2016, *Gorbunov e Gorbachev c. Russia*, § 38, sono richieste «*compelling reasons*», necessarie a giustificare la partecipazione per il tramite della videoconferenza pure quando si tratti di udienze in grado d'appello.

[55] Per i giudici di Strasburgo, ad esempio, le videoconferenze assicurano il rispetto della dignità umana dei detenuti in quanto evitano inutili viaggi dal carcere al tribunale, invadenti perquisizioni e lunghe attese nelle celle di detenzione. C. eur., 2.11.2020, *Sakhnovskiy c. Russia*; C. eur., 16.2.2006, *Yevdokimov e altri c. Russia*.

[56] C. cost., 22.7.1999, n. 342, in *www.giurcost.org.it*.

[57] Una siffatta previsione, difatti, «contribuisce a creare una sorta di diritto processuale penale d'autore» dalla dubbia costituzionalità. Così S. Lorusso, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?*, in *DPenCont*. 4, 2017, 219.

[58] Più di recente, E. Jeuland, *Justice numériquem justice inique?* in *Les Cahiers de la Justice* 2019, 2, 19 ss.

interna" postulerebbe allora il riconoscimento di un diritto a chiedere l'intervento fisico in udienza (o per la celebrazione di una determinata attività procedimentale) da intendersi come possibilità di esprimersi adeguatamente ed esercitare una forza persuasiva sull'autorità giudiziaria chiamata ad assumere di volta in volta una decisione[59]. Volendo richiamare la suggestiva immagine di Daniele Negri, «chi rischia di perdere la libertà, se trovato responsabile dell'illecito penale addebitatogli, ha anzitutto il diritto di stare nello stesso luogo di esercizio del più temibile tra i poteri dell'autorità, quello dotato del maggiore divario rispetto alla posizione dell'individuo»[60]. In proposito, va segnalato che con la riforma si è inteso escludere *a priori* la presenza da remoto del giudice e del pubblico ministero, i quali dovrebbero collegarsi sempre dall'aula di tribunale. Questa scelta legislativa pare escludere *in nuce* la possibilità di addivenire ad una integrale "dematerializzazione" dell'udienza in un ambiente totalmente virtuale, in cui, cioè, nessuno dei protagonisti processuali condivide uno spazio fisico comune[61]. Sennonché va anche rilevato che dal combinato disposto dell'art. 146-*bis* co. 4-*bis* NAttaCpp con l'art. 496 co. 2-*bis* Cpp, risulta oggi un'opzione davvero singolare e prossima alla *virtual hearing*: ovvero quella in cui, è possibile sottrarre all'intero corso del dibattimento la presenza fisica di tutti gli imputati, e dei rispettivi difensori, nonché delle altre parti private e di ogni persona da esaminare come fonte di prova, essendo costoro tenuti o ammessi a presenziare da una diversa sede remota. Posto dunque che al verificarsi di quest'evenienza il pubblico ministero può essere l'unico a trovarsi al cospetto del giudice, ne discende un mutamento della simmetria delle posizioni occupate delle parti nel processo con il risultato di uno squilibrio di poteri a sfavore della difesa. Ciò deriva dal fatto che l'organo d'accusa potrà esercitare quella forza persuasiva sui giudici, a cui prima si accennava, con una maggiore *chance* di successo[62].

Il problema dell'asimmetria si aggancia peraltro alla tutela del contraddittorio c.d. argomentativo. In esso, infatti, parte della dottrina ha individuato un presupposto indefettibile per assicurare il contraddittorio sostanziale di cui al co. 4 dell'art. 111 Cost., proprio valorizzando quella parità delle armi che, però, è fortemente compromessa dalla celebrazione di un'udienza a distanza[63]. Nondimeno, considerando che il codice del 1988 ha dettato forme espressive del principio del contraddittorio differenziate a seconda delle questioni di volta in volta affrontate dalle parti e/o del rito prescelto, si è pure detto che non sembrerebbe del tutto irragionevole svolgere alcuni frammenti dell'attività di udienza tramite il sistema audiovisivo[64].

Infine, non possiamo esimerci dal ragionare attorno ad un quesito estremamente rilevante per qualsiasi ricerca che voglia accostarsi al tema in oggetto. Più specificamente, esso attiene alla

---

[59] In questo senso, V.A. Garapon, J. Lassègue, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris 2018. A tal proposito, è interessante notare che, proprio avvalorando queste premesse, in Francia, il *Conseil d'État* durante l'emergenza sanitaria ha sospeso l'uso della videoconferenza nelle udienze penali per i reati più gravi delle *Cours d'Assises* e delle *Cours criminelles* adducendo l'esistenza di una «violazione grave e manifesta dei diritti della difesa e del diritto a un processo equo» e, in special modo, del «*principe de présence*». Cfr. *Conseil d'État*, 27.11.2020, nn. 446712, 446724, 446728, 446736, 446816, in *www.conseil-etat.fr*.

[60] Così D. Negri, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in *www.archiviopenale.it*, 21.5.2018, 567. Come è stato pure efficacemente sottolineato, «l'assenza in aula dell'imputato e la sua sostituzione con una forma di partecipazione audiovisiva pongono costui fuori dalla realtà processuale in cui tradizionalmente vive e in cui la sua presenza interagisce con quella degli altri». Così D. Curtotti Nappi, *Dibattimento a distanza (diritto processuale penale)*, in *ED*, II, 2008, 173.

[61] Così lascia intendere il secondo comma dell'art. 133-*ter* Cpp. A sostegno di questa versione si rammenta pure l'interpolazione all'art. 146-*bis* NAttaCpp che oggi accorda al giudice il potere di consentire solo alle «altre parti private e ai loro difensori», e non anche al pubblico ministero, di intervenire a distanza, assumendosi l'onere dei costi del collegamento in tutti i processi nei quali si procede telematicamente ai sensi dello stesso articolo.

[62] Il verificarsi di questa problematica situazione è stato segnalato da D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 460 ss.

[63] O. Mazza, *Distopia del processo penale*, *op. cit.*, 9.

[64] In questi termini E. Marzaduri, *Appunti sulla riforma costituzionale del processo penale*, in *Scritti in onore di Antonio Cristian*i, Torino 2001, 445.

considerazione se la "presenza virtuale" in udienza o durante la celebrazione di una particolare attività del procedimento possa essere di fatto equiparata, in tutto o in parte, alla partecipazione fisica senza che risulti pregiudicata tutta una serie di diritti che normalmente presuppongono l'intervento *in corpore* delle parti, *in primis* di accusati, imputati e indagati. Senza esitazione alcuna, può dirsi che la ridefinizione dei confini spaziali delle udienze, in specie di quelle dibattimentali, rende certamente difficile parificare le due forme partecipative, ragion per cui l'ordinamento giuridico italiano in materia di connessioni virtuali, nel tentativo di superare questa *impasse*, ha eguagliato ormai da tempo il luogo del collegamento audiovisivo all'aula di udienza. In questo senso si pensi a quanto previsto dall'art. 146-*bis* NAttaCpp il cui contenuto, con il d.lgs. 150/2022, è trasmigrato nell'art. 133-*bis* Cpp e in cui si legge che «il luogo in cui si trovano le persone che compiono l'atto o che partecipano all'udienza a distanza è equiparato all'aula di udienza»[65]. Questa parificazione è stata pure corroborata più di recente dalla Cassazione, per la quale la mancata attivazione della videoconferenza e degli altri mezzi di collegamento da remoto è da considerarsi alla stregua di una mancata traduzione in aula, perché ugualmente lesiva del diritto di partecipazione[66].
Può, dunque, concludersi che, dinanzi ad una scelta così netta del legislatore a favore di un siffatto accostamento, si staglia l'opportunità di ridefinire il rito, soprattutto quello dibattimentale, secondo codici semiotici e comunicativi diversi da quelli fin ad ora invalsi[67].

5.1.2 Una questione di enorme rilevanza, strettamente connessa al problema del diritto alla presenza e al diritto di contribuire dialetticamente alla decisione, concerne le conseguenze che il vettore tecnologico dispiega sul contraddittorio nella formazione della prova e, in specie, sul diritto al confronto, i quali trovano riconoscimento esplicito nell'art. 111 c0. 3 e 4 Cost. e nell'art. 6 co. 3 lett. *d* Cedu[68]. Come è risaputo, le videoconferenze possono comportare la presenza in video-link dell'imputato, dei testimoni, dei periti o dei consulenti tecnici (art. 496 Cpp) che d'ora in avanti potranno presentarsi anche tutti contemporaneamente *online* assieme ai difensori, quantunque in ipotesi specifiche e limitate. Ebbene, poiché l'esame a distanza esclude la possibilità di un confronto fisico diretto tra l'imputato o il suo avvocato e i dichiaranti, esso non è ovviamente paragonabile al tradizionale confronto in aula, con ciò comportando delle ripercussioni in negativo sulla formazione della prova dichiarativa. La telecamera non può percepire tutti i movimenti dei soggetti e lo schermo non può mostrare molti dei dettagli che sarebbero evidenti, tanto al giudice quanto alle altre parti, se l'imputato, il testimone o il perito fossero fisicamente in aula. Si tratta, a ben vedere, «di aspetti nient'affatto marginali, relegabili fra gli orpelli estetico-simbolici dell'agire giudiziario, ma, anzi, di configurazioni che intrecciano questioni di fondo del giudizio penale»[69]. Difatti, nonostante i tentativi della scienza tecnologica di contribuire all'accrescimento del realismo partecipativo – tema a cui dedicheremo più avanti un approfondimento *ad hoc* – allo stato attuale delle conoscenze scientifiche

[65] Non solo. All'art. 520 co. 1 Cpp la parola «assente» è stata sostituita dalle seguenti: «che non è presente in aula, neppure mediante collegamento a distanza». Per una riflessione esaustiva sulla prospettiva dell'imputato assente alla luce della riforma Cartabia, cfr. A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto per l'imputato assente*, in *www.sistemapenale.it*, 1.2.2022, 1 ss.
[66] Cfr. Cass. 9.6.2022, n. 30921. Cass. 19.11.2020, n. 2213. Si leggano sul punto il commento di L. Giordano, *Le conseguenze della mancata attivazione della videoconferenza*, in *www.ilprocessotelematico.it*, 5.3.2021 e la nota di E. Tramarece, *Nullità per mancato funzionamento della videoconferenza e prospettive di riforma*, in *Giur. it*. 2021, 2788 s.
[67] Sul tema, cfr. V.A. Garapon, *La despazializzazione della giustizia*, Milano 2021, 101 ss.
[68] Sull'argomento, *ex multis*, R. Casiraghi, *I nuovi approdi "europei" del diritto al confronto*, in *CP* 2019, 1363 ss.; G. Ubertis, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*[6], Milano 2017, 207 ss.; C. Orlando, *Testimonianza* de relato *e diritto al confronto tra ordinamento interno e giurisprudenza europea*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2.4.21, 1 ss.; C. Orlando, *Presenza dell'accusato, diritto al confronto e giudizio di equità processuale nella giurisprudenza di Strasburgo,* in *Speciale Oidu* 2022, 224 ss.
[69] V. Maiello, *Udienze* online*? Roba da regime, così i populisti hanno abolito il diritto. Addio al giusto processo, ma tutti zitti: il trionfo dei pm,* in *www.ilriformista.it*, 16.4.2020.

«il metodo dialettico *de presenti* integra il c.d. "*golden standard*" dell'epistemologia giudiziaria, ossia il miglior espediente per ricostruire una conoscenza giudiziale genuina e affidabile»[70].
Eppure, almeno sul fronte internazionale, la giurisprudenza Edu sembra aver ridimensionato la portata del principio in oggetto ammettendo, di conseguenza, la conduzione telematica di un esame senza che si creino problemi di sorta. Secondo un consolidato orientamento della Corte edu, infatti, l'art. 6 co. 3 lett. *d* Cedu, ancorché presupponga il diritto dell'imputato ad un'adeguata e sufficiente opportunità per esaminare l'imputato (anche prima del processo), deve essere interpretato nel senso che il controesame non debba necessariamente svolgersi contestualmente all'esame dei testimoni, essendo conformi alla Convenzione anche forme differite di contraddittorio[71].
Discorso a parte merita il diritto in oggetto entro il contesto costituzionale che, rispetto alla Cedu, veicola tradizionalmente una versione più forte del "contraddittorio sostanziale". Secondo il prof. Daniele la dibattuta questione sulla compatibilità dell'uso del telesame con l'art. 111 co. 4 Cost. si risolverebbe nella scelta tra l'inquadrare il metodo in esame come un'attenuazione del metodo dialettico[72] o, invece, come una deroga al contraddittorio ammissibile *ex* art. 111 co. 5 Cost. o dal «consenso» o da una «oggettiva impossibilità» di procedere con un confronto tradizionale[73]. Ad ogni modo, se volessimo abbracciare la più rigida delle interpretazioni enunciate, la disposizione inserita dalla l. n. 103 del 2017 e confermata dalla riforma nell'ultima parte dell'art. 146-*bis* co. 1 NAttaCpp, ammettendo l'audizione a distanza del testimone per la sola circostanza che questo si trovi in stato di detenzione, sarebbe passibile di incostituzionalità non essendo riconducibile ad alcuna delle giustificazioni di cui al co. 5 dell'art. 111 Cost[74]. Inoltre, postulando un'identità tra diritto di difesa e contraddittorio proprio nel momento di formazione della prova, tali norme, come pure si vedrà in seguito, risulterebbero incompatibili anche con le esigenze difensive[75]. Questa rigorosa esegesi ci permette di avanzare dubbi di costituzionalità sulla disposizione di cui alla prima parte del co. 1 dello stesso articolo, in cui a rilevare è sempre lo *status detentionis* dell'imputato per uno dei reati di cui all'art. 51 co. 3-*bis* Cpp nonché per l'art. 407 co. 2 lett. *a* e c0. 4 Cpp, anche quando la partecipazione nel processo in cui il collegamento virtuale sia prescritto il soggetto da sentire risulti libero.
In questo ordine di idee, non pochi rilievi possono essere mossi alla rinnovata disciplina relativamente alla inedita combinazione prevista dall'art. 146-*bis* c0. 4-*bis* NAttaCpp con l'art. 496 co. 2-*bis* Cpp la quale, come già notato, concretizza la possibilità di sottrarre all'intero corso del dibattimento la presenza fisica di tutti gli imputati, dei rispettivi difensori, delle altre parti private e di ogni persona da esaminare come fonte di prova[76]. In quest'evenienza, sulla base di ciò che si è rilevato, la sola

---

[70] B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 243 s.
[71] C. eur., 20.4.2006, *Carta c. Italia*; C. eur., 9.7.2012, *Hummer c. Germania*. D'altronde, nella prassi capita spesso che il controesame in un'udienza successiva.
[72] Così si esprime parte della dottrina secondo cui la modalità del processo da remoto non è in grado di scalfire né il contraddittorio né l'oralità, che tutt'al più risultano «tecnicamente modulati in forme disagevoli» ma non tali da postulare un previo consenso derogatore. In questi termini, F. Tripodi, *Il processo penale post-Covid: per fare di necessità qualche virtù*, in *disCrimen*, 6.5.202 4 ss. F. Morelli, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, in *RDPP* 2, 2021, 484, pur dalla prospettiva dell'immediatezza, ha ricondotto i problemi del «contraddittorio digitale» agli «intoppi tecnici» senza che, a detta dell'Autore, si possa incorrere in incompatibilità con «il metodo di accertamento del fatto preteso dalla Costituzione».
[73] M. Daniele, *La sagomatura dell'esame a distanza nel perimetro del contraddittorio*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri, R. Orlandi, Torino 2017, 132 e 141. Più di recente si segnala D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 466 s., per il quale «la perdita di prossimità fisica tra i protagonisti dell'attività dialettica comporta perciò una deroga al canone di accertamento sancito dall'art. 111 comma 4 Cost.».
[74] Di questo avviso è B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 248.
[75] Per F. Morelli, *Principio di immediatezza*, *op. cit.*, 478 «il legame tra contraddittorio» e diritti di difesa» risiede nella sua «partecipazione» e nella sua «natura funzionale».
[76] Una disposizione affine è quella relativa alla fase dell'udienza preliminare in cui sono ammesse esami da remoto. Il termine è però improprio trattandosi qui di udienze in cui può procedere con audizione o interrogatorio, fatte salve le

presenza fisica del giudice e del pubblico ministero minerebbe le potenzialità offerte dal confronto inteso, soprattutto, come capacità di persuadere per dimostrare la attendibilità e veridicità delle proprie asserzioni. Orbene, il legislatore si è premurato di richiedere il consenso delle parti alla rispettiva partecipazione e allo svolgimento dell'esame a distanza con l'idea di ricondurre la previsione entro i ranghi costituzionali; ciononostante, non sembrano si possano placare tutte quelle perplessità sulla compatibilità della norma con il paradigma del dibattimento veicolato dalla Carta fondamentale, anche perché, a ben vedere, la rinuncia al diritto al contraddittorio non è neppure ripagata dall'ordinamento con qualche vantaggio se non quello del perseguimento della ragionevole durata del procedimento.

5.1.3 Un principio generale, a cui si legano strettamente il diritto al confronto, il contraddittorio argomentativo e il diritto di difesa nelle sue plurime manifestazioni, è quello dell'immediatezza su cui pure sono state avanzate alcune censure all'indomani dell'entrata in vigore della riforma. Come ricorda il Prof. Gialuz, «il d.lgs. n. 150 pare abbia lasciato invariate le disposizioni di attuazione, anche laddove la deroga all'immediatezza appaia fondata su presupposti di dubbia ragionevolezza». Si pensi all'esame del testimone che si trova in stato di detenzione oppure quando vi siano gravi difficoltà ad assicurare la comparizione della persona da esaminare e quando si tratti di nuova assunzione a norma dell'art. 495 co. 1 Cpp, ipotesi contemplate dall'art. 147-*bis* co. 5 Cpp[77].
Aderendo fedelmente al metodo fissato *in incipit* che procede per *check and balance*, è lecito chiedersi a monte se anche l'immediatezza esca di fatto indebolita dal ricorso al *medium* tecnologico[78]. Per poter rispondere esaustivamente a tale quesito dovremmo per prima cosa enucleare il contenuto minimo ed essenziale del canone in parola, il quale si fa pacificamente coincidere con l'esigenza che la decisione del giudice si fondi su elementi di prova da questi direttamente osservati, percepiti e sentiti. Corollario di tale premessa è che ogni sentenza si regga sulla valutazione diretta delle prove, sulla possibilità di percepire fisicamente i comportamenti delle parti, ascoltarne le argomentazioni, e vagliare le comunicazioni non verbali (espressioni facciali, movimenti del corpo, inflessioni della voce) e l'affidabilità o inaffidabilità degli esiti dell'esame incrociato[79]. Secondo una diversa declinazione – che in verità si attaglia più alla situazione in cui in gioco non c'è alcuna prova da formare – l'immediatezza è la condizione del «percepire in maniera attuale e diretta i dati emergenti dal processo quanto avere personalmente un rapporto sia con il giudice sia con le altre parti»[80]. Tale inquadramento rende dunque evidente che l'immediatezza, nel senso più ampio e onnicomprensivo del termine, subisce un affievolimento quando la percezione e la valutazione diretta delle prove dichiarative è veicolata da uno schermo, ma non una grave violazione della stessa. Semmai, alcune riserve possono manifestarsi nuovamente nei confronti della situazione risultante

ipotesi di cui all'art. 422 co. 4 Cpp.

[77] M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 24.

[78] Così S. Signorato, cit., 12.

[79] La Corte di Strasburgo non ha mancato di rilevare la necessità di apprezzare il contegno dei dichiaranti onde esprimere una valutazione sulla loro affidabilità. C. eur., 20.11.1989, *Kostovsky c. Paesi Bassi*. Per completezza, ricordiamo che oggi è possibile mettere in discussione l'affidabilità dell'esame in contraddittorio della fonte dichiarativa dinanzi al giudice, dal momento che la psicologia ha dato prova di come la memoria possa essere alterata inconsapevolmente dal passare del tempo o da suggestioni esterne. In questi termini si veda G. Giostra, *Appunto per una giustizia non solo più efficiente, ma anche più giusta*, in *www.giustiziainsieme.it*, 22.1.2022. Altri studi ancora hanno dimostrato che le differenze percettibili tra colui il quale mente e colui che dice la verità sono minime. Sul tema, G. Gullotta, E. M. Tuosto, *Il volto nell'investigazione nel processo*. *Nuova fisiognomica forense*, in *Arch. pen.*, 1, 2017. In un futuro non tanto prossimo una branca della scienza che combina psicologia e informatica, la *affective computing*, potrebbe sviluppare sistemi e dispositivi in grado di conoscere e interpretare i processi emotivi accrescendo, tuttavia, legati alla c.d *physiognominc artificial intelligence* che sovrastima le false verità e sottostima le false bugie. Sull'argomento si legga L. Stark, J.Hutson, *Physiognomic Artificial Intelligence*, in *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 24.9.2021.

[80] G. Ubertis, *Dibattimento*, in *ED*, III, 1987, 462.

dalla unione dell'art. 146-*bis* co. 4-*bis* NAttaCpp con l'art. 496 co. 2-*bis* Cpp. e, più in generale, per le ipotesi di *virtual hearings*, per le ragioni già esposte.
Ma c'è di più. La soluzione all'interrogativo prospettato si deve inevitabilmente confrontare con la tendenza a ridimensionare, a più livelli, il calibro del principio *de quo*. Senza dilungarci oltremodo, basterebbe rammentare che per la giurisprudenza di Strasburgo, al fine di vagliare l'equità complessiva del procedimento penale, ciò che conta è che all'imputato sia stata assicurata un'effettiva possibilità di interrogare i testimoni in qualunque momento dell'arco procedimentale[81], sebbene il contraddittorio dibattimentale rimanga preferibile. Come è stato sostenuto in una puntualissima sintesi, quando si tratta dell'unica e decisiva prova è richiesto il rispetto del principio dell'immediatezza, ma in tutti gli altri casi l'economia e l'efficienza prevarranno sul tale fondamentale canone[82].
Per la verità, neppure nel nostro ordinamento il principio gode di ottima salute[83]. Storica è la diatriba circa il riconoscimento del canone in Costituzione tra chi ritiene che «il giusto processo costituzionalizzi solo il contraddittorio davanti ad un giudice e non davanti al giudice»[84] e chi, invece, individua nel co. 2 dell'art. 111 Cost. il «corollario dell'immediatezza»[85]. Del resto, è stata la stessa Corte di Cassazione a riconoscerne il depotenziamento allorquando, pronunciandosi sulla regola dell'immutabilità del giudice di cui all'art. 525 co. 2 Cpp, ha ammesso che le dichiarazioni rese dinanzi ad un altro giudice possono essere utilizzate per la decisione con la semplice lettura, indipendentemente dal consenso o dal dissenso delle parti[86]. Non meraviglia quindi del tutto quanto sostenuto di recente dalla Corte costituzionale per la quale la realtà dei processi «è lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore» e l'immediatezza è ridotta ad un mero «simulacro»[87].
Per concludere, allo stato dell'arte, può notarsi che il rinnovato significato del principio dell'immediatezza, alla luce soprattutto dell'impatto delle nuove tecnologie, esclude che il ricorso alle c.d "aule estese" comporti significative violazioni e costituzionali e convenzionali. Eppure, proprio a tal proposito, decisive prese di posizioni possono rintracciarsi nella riforma Cartabia che, attraverso l'istituto delle videoregistrazioni delle udienze e degli atti investigativi, ivi compresa l'ipotesi in cui queste si svolgono *online*, ha inteso dare linfa vitale al principio *de quo*.

5.1.4 Se volessimo rintracciare un *fil rouge* nella rassegna svolta fino a questo punto potremmo individuarlo nella deroga che il collegamento virtuale comporta alla prossimità corporea, veicolo delle interrelazioni dirette tra le parti – soprattutto rispetto al centralissimo momento della formazione della prova che si compie con il confronto – e della comunicazione, intesa quale insieme di messaggi comunicativi che coinvolgono anche vista e udito. A tal proposito, con la videoconferenza si rischia di ridurre «i livelli di udibilità e di visibilità degli eventi interferendo sulla percepibilità»[88] e unitarietà

---

[81] Cfr. C. eur., 3.7.2022, *Chmura c. Polania*.
[82] L. Bachmaier Winter, *Principio de inmediación y confrontacíon, paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testifical*, in *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*, a cura di K. Ambos, E. Malarino, Göttingen 2019, 325.
[83] Il prof. Daniele ha riconosciuto un «fallimento dell'immediatezza» che grossomodo «dipende dai fattori più diversi: non solo i difetti tuttora insiti nella architettura normativa del nostro sistema, ma anche, a seconda dei casi, le carenze operative imputabili agli organi inquirenti o giudicanti, e le condotte difensive motivate da intenti dilatori». M. Daniele, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in *SP*, 15.2.2021, 54 s. Secondo l'Autore, l'immediatezza tuttavia rimane «un valore con cui il processo penale avrà ancora a lungo a che fare, perlomeno fino a quando l'umanità non sarà interamente sostituita da entità sintetiche guidate da un'intelligenza artificiale ed incapaci di esprimersi a parole».
[84] G. Spangher, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, *op. cit.*, 40.
[85] R. Orlandi, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2021, 248.
[86] Cass. 10.10. 2019 n. 41736 in *www.lagiurisprudenzapenale.it*.
[87] C. cost., 29.5,2019 n. 132 in *www.giurcost.org.it*.
[88] M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino 2012, 14.

della vicenda processuale e sulla possibilità di cogliere le sfumature del rito (a maggior ragione se le udienze vedono la partecipazione *online* di diversi soggetti). Non solo. È facile rendersi conto di come le udienze celebrate con una pluralità di partecipanti in via telematica forniscono una visione ancor più incompleta delle attività processuali. Alcune ricerche hanno rilevato che la presenza fisica aiuta le parti a comprendere meglio il significato del procedimento giudiziario, con una tendenza a rispettare maggiormente le regole procedurali in un contesto di udienze formali, mentre le videoconferenze, poiché diventano stancanti, possono offrire maggiori possibilità di distrazione e perdita di concentrazione. È stato pure sottolineato che gli imputati possono soffrire del c.d. "divario psicologico" o più genericamente di un sentimento di distacco [89], giacché durante una videoconferenza guardare contemporaneamente l'obiettivo della telecamera e l'immagine degli altri partecipanti è estremamente difficile, se non addirittura impossibile, derivandone inoltre una compromissione del contatto visivo[90].

È interessante notare che l'informatica forense ha iniziato ad esplorare la possibilità di utilizzare all'interno di un'aula di tribunale modelli di realtà estesa, come la *Augmented Reality* (AR) e la realtà mista (*Mixed Reality*, MR). Per la verità, ormai più di dieci anni fa, gli ambienti virtuali collaborativi (*Collaborative virtual environment*, CVE) erano già stati proposti come valida alternativa alla videoconferenza. Nella fattispecie, si tratta di sistemi di comunicazione intermediata dai computer che «consentono a individualità geograficamente separate di interagire verbalmente e non verbalmente in uno spazio virtuale partecipato in tempo reale». Essi funzionano come le videoconferenze, ma «invece di inviare segnali video su una rete, inviano informazioni riguardanti le azioni dei modelli digitali»[91]. Per fare ciò, rilevatori ottici e telecamere tracciano i movimenti dei soggetti e rendono le loro azioni tramite incorporazioni visibili ad altri soggetti interagenti di una realtà virtuale sotto forma di *avatar*[92]. Alla luce di queste premesse tecnologiche, ci si chiede quanto i CVE potrebbero rendere la presenza in "aule virtuali estese" realistica, molto più di quanto non accada oggi. Le loro applicazioni, del resto, sono rimaste in gran parte al di fuori della pratica, a causa delle difficoltà, in specie economiche, incontrate al momento della loro concreta realizzazione[93]. Non si dimentichi, del resto, che le già menzionate *Guidelines on videoconferencing*, al canone n. 33

[89] Si veda il sondaggio condotto da N. Fielding, S. B. Hieke, *Video Enabled Justice Program: University of Surrey Independent Evaluation*, in *www.spccweb.thco.co.uk*, 4.4.2020. Non mancano però esempi di testimoni o imputati che rilasciano dichiarazioni autentiche solo in un contesto meno formale, come nel caso del collegamento video. In questa ottica un ulteriore riferimento tecnologico può farsi al c.d *eye tracking* che sfruttando la tecnica della pupillometria indaga la credibilità dei dichiaranti attraverso telecamere collocate nei sistemi di video collegamento capace di rendere visibili movimenti oculari espressioni, a sua volta, di risposte fisiologiche all'attività mentale. Sull'argomento, si legga G. Gulotta, S. Marieni, *La pupillometria: una tecnica recente per indagare sincerità e menzogna*, in *www.ilpenalista.it*, 23.2.2023.

[90] G. Di Federico, *Gli esperimenti di Giovanni Falcone sulle nuove tecnologie nei processi*, in *www.ilriformista.it*, 30.4.2020, ricorda che a Louisville, nel Kentucky, lo stesso Autore ebbe modo di assistere all'utilizzo di riprese video che, nel corso dell'udienza, si posizionavano automaticamente sui soggetti che di volta in volta parlavano, fornendo in tal modo una fedele rappresentazione audio-visiva non solo delle cose dette e viste in udienza ma anche delle modalità con cui venivano dette (atteggiamenti, comportamenti, esitazioni, cioè tutte le comunicazioni non verbali).

[91] J.N. Bailenson, J. Blascovich, A.C. Beall, B. Noveck, *Courtroom Applications of Virtual Environments, Immersive Virtual Environments, and Collaborative Virtual Environments*, in *Law & Police* 2006, 28, 2, 269.

[92] A questo riguardo, sono stati predisposti degli algoritmi di Intelligenza Artificiale (IA) che, partendo da un certo numero di telecamere, ricostruiscono la posizione del sistema scheletrico del soggetto e prevedono come si evolverà in base ai movimenti che registrano le telecamere. L'IA opera anche sulla luce tenendo conto del fatto che, ad esempio, i capelli e il viso la riflettono in modo differente, e lo stesso vale per i vari tipi di tessuti che compongono l'abbigliamento della persona inquadrata. Cfr. M. Habermann et al., *HDHumans: A Hybrid Approach for High-fidelity Digital Humans*, in *arXiv* 2022, 1-16.

[93] U. Erra, N. Capece, N. Lettieri, E. Fabiani, F. Banterle, P. Cignoni, P. Dazzi, J. Aleotti, R. Monica, *Collaborative Visual Environments for Evidence Taking in Digital Justice: A Design Concept*, in *FRAME '21: Proceedings of the 1st Workshop on Flexible Resource and Application Management on the Edge* 25.6.2021, 33 ss.

richiamano gli Stati e i rispettivi giudici all'esigenza di garantire, sin dove possibile, «*a true-to-life hearing experience*».
Durante la recente crisi sanitaria è cresciuto l'interesse – principalmente per scopi commerciali – verso l'uso di proiezioni luminose 3D di persone (ologrammi) per trasmettere le reciproche espressioni tra le parti e promuovere un'alternativa più coinvolgente e realistica alla video-teleconferenza: la proiezione in telepresenza olografica 3D *full body* e in tempo reale, in cui le persone coinvolte, che ben potrebbero trovarsi dall'altra parte del mondo, vengono proiettate all'interno di un portale in una stanza. Questa tecnologia consente anche una teleconferenza con ologrammi che si trovano in più postazioni e, a sua volta, l'interazione con tutte le parti necessarie all'interno di un ambiente virtuale collaborativo[94]. In un prossimo futuro, quindi, testimoni, imputati ed esperti potrebbero rendere dichiarazioni in tempo reale come proiezioni 3D davanti a un giudice o pubblico ministero fisico o persino olografico[95]. Ed ancora, dinanzi all'incessante sviluppo tecnologico, è plausibile immaginare la celebrazione di udienze nel Metaverso[96]? Ci si potrebbe qui interrogare su come una tale tecnica possa influire sulla percezione dei partecipanti coinvolti nel procedimento penale[97]. L'imputato che appare come *avatar* o ologramma in una aula virtualizzata potrà rendersi conto della posta in gioco? I tribunali virtuali susciteranno una maggiore fiducia nelle le parti processuali e nella società rispetto al tema della corretta e trasparente amministrazione della giustizia? Va segnalato infatti che le esperienze olografiche e quelle nel Metaverso possono avere delle conseguenze fisiche, emotive e cognitive tanto vantaggiose quanto dannose al punto da creare una confusione tra realtà fisica e virtuale. A fronte di una qualità sensoriale destinata a crescere, infatti, la "realtà virtuale" correrebbe il rischio di non poter essere distinta dalla "vera realtà" e differenziare il realismo dal surrealismo potrebbe essere estremamente difficile[98].

5.1.5 Significative preoccupazioni gravitano attorno alla protezione del diritto alla difesa durante la celebrazione di udienze virtuali, posto che, come sopra evidenziato, la presenza fisica è certamente funzionale all'esercizio dell'autodifesa come pure della difesa tecnica[99]. La Corte di Strasburgo, conscia di ciò, ha d'altronde ritenuto la partecipazione a distanza alle udienze generalmente in linea

---

[94] Vedi nota 23.
[95] In Cina, dal 2017, alcune cause civili e commerciali (come quelle relative alla proprietà intellettuale, ma anche controversie contrattuali in materia di commercio elettronico, controversie finanziarie derivanti da attività *online*, prestiti acquistati o eseguiti *online*, questioni riguardanti i nomi di dominio, casi di proprietà e di diritti civili che coinvolgono la proprietà e il commercio elettronico, etc...) sono trattate da un giudice olografico che funziona tramite i sistemi di IA, *www.cravath.com*.
[96] Sempre in Cina, un tribunale locale ha celebrato un'udienza nel Metaverso. La notizia è reperibile al sito *https://en.pingwest.com/w/10840*.
[97] È stato sostenuto che l'idea di un mondo interamente virtuale risale già al mito della caverna di Platone, nel quale il filosofo greco descrive un gruppo di prigionieri che osservano delle ombre sul muro di una grotta chiedendosi se gli stessi considerino siffatte ombre reali o frutto dell'immaginazione. T. Boellstorff, *Coming of age in second life*. Princeton, *NJ* 2008, 336.
[98] Ciò solleva ulteriori ed importanti questioni vuoi etiche vuoi legali legate alla *privacy*, alla protezione e alla condivisione dei dati personali e al loro uso improprio. Ci riferiamo alla creazione di "copie" virtuali di persone che sembrano, agiscono, parlano come una persona vera, per il tramite di sistemi di apprendimento automatico applicati al comportamento umano registrato e all'uso dei dati per scopi criminali (furto di identità, *body swapping*, *fake news* ecc.). La tecnologia della *blockchain*, ad esempio, che consiste nella creazione di una catena di blocchi ognuno dei quali contenenti delle informazioni non modificabili, potrebbe essere di supporto per archiviare il modello di ogni soggetto, le registrazioni e altre informazioni sensibili. Cfr. D. Cagigas et al., *Blockchain for public services: A systematic literature review*, in *IEEE Access* 2021, 13904-13921.
[99] Inoltre, come è già emerso, non può tacersi anche qui la stretta connessione tra il diritto alla difesa, nelle sue diverse declinazioni, e il principio del contradditorio. Ed infatti, «Le istanze sottese al principio del contradditorio per la formazione della prova si (con)fondono a quelle che scaturiscono dal diritto di difesa di cui all'art. 24 co. 2 Cost. e all'art. 111 co. 2 e 3 Cost.». Così si esprime B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 249.

con la Convenzione, ma solo se giustificata, oltre che dai principi di necessità e proporzionalità, dalla condizione che siano apprestate adeguate tutele difensive[100].
Proprio cogliendo questa ultima prospettiva giurisprudenziale potrebbero criticarsi sia il co. 1 sia il co. 1-*quater* dell'art. 146-*bis* NAttaCpp: il primo perché, come preannunciato, opera una irragionevole e ingiustificata presunzione di adeguatezza della partecipazione a distanza senza che possano rilevare cautele meno invasive; il secondo poiché richiamando le «ragioni di sicurezza» apre le porte all'accoglimento di qualsivoglia motivo che giustifichi il ricorso alla videoconferenza, senza richiedere un vaglio sull'esistenza di mezzi alternativi e idonei ad assicurare gli interessi dell'imputato. La dislocazione di anche uno solo dei due soggetti processuali alimenta, infatti, le fisiologiche asimmetrie tra difesa e accusa menomando la prima. Ciò è particolarmente vero nella misura in cui l'accesso remoto al difensore, ovunque si svolga (in una stazione di polizia, in una prigione o in un tribunale), può rendere molto difficile per gli imputati interagire in modo riservato ed efficace con il proprio avvocato[101]. La Corte Edu ha per la verità chiarito che la Convenzione non specifica le modalità concrete di esercizio del diritto alla difesa personale o all'assistenza dell'avvocato[102]. Non ha mancato però di considerare la riservatezza delle comunicazioni tra avvocato e cliente un diritto fondamentale che può essere eccezionalmente escluso da circostanze specifiche, come nelle ipotesi in cui si debba tutelare un testimone meritevole di protezione[103]. Pertanto, lo svolgimento di processi in modalità remota richiederebbe normalmente stanze virtuali separate o linee telefoniche protette per comunicazioni private, tanto tra l'imputato e l'avvocato quanto tra il pubblico ministero e le vittime[104]. Si apprezza quindi l'art. 133-*ter* co. 3 Cpp, per il quale «è sempre assicurato il diritto dei difensori o dei loro sostituti di consultarsi riservatamente tra loro e con l'assistito per mezzo di strumenti tecnici idonei». Il nucleo di tale previsione è peraltro opportunamente preservato dalla sanzione della nullità che ben potrebbe interpretarsi come assoluta *ex* art. 179 co. 1 Cpp e art. 178 co. 1 lett. *c* Cpp.
Inoltre, qualche riflessione *ad hoc* merita la perentoria previsione di cui all'art. 133-*ter* co. 7 Cpp per la quale i difensori «si collegano dai rispettivi uffici o da altro luogo purché idoneo», ancorché debba essere assicurato «il diritto dei difensori o dei loro sostituti di essere presenti nel luogo dove si trova l'assistito». Ebbene, di primo acchito, l'art. 133-*ter* Cpp sembrerebbe favorire l'ipotesi in cui il difensore si collega all'udienza o all'atto a distanza dal suo assistito, laddove invece la compresenza dei due può sicuramente facilitarne una confidenziale comunicazione. Questa norma, tuttavia, si

---

[100] Ciò accade, ad esempio, quando i testimoni si trovino all'estero ed è eccessivamente oneroso pretenderne la presenza, o le persone da ascoltare sono invalide, o la loro incolumità fisica è in pericolo. C. eur., 3.3.2011, *Zhukovskiy c. Ucraina*; C. eur., 16.10.2012, *Lawless c. Regno Unito*; C. eur., 26.2.2013, *Papadakis c. Macedonia*. Sul tema, L. Bachmaier Winter, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law*, in *Utrecht Law Review* 2013, 9, 4, 127 ss.
[101] Ad esempio, nei casi *Sakhnovskiy c. Russia* e *Gorbunov e Gorbachev c. Russia*, la Corte EDU ha riscontrato una violazione della *privacy* a causa di un sistema di videoconferenza installato e controllato dalla polizia russa, che non ha permesso alla persona in custodia cautelare di comunicare in segreto con il suo avvocato. Con riguardo al nostro Paese, si rammenta il caso *Zagaria c. Italia* del 27.11.2007, in cui la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia proprio perché, nel corso di un processo celebrato *ex* art. 146-*bis* NAttaCpp, un addetto alla sorveglianza aveva registrato le conversazioni telefoniche intercorse tra l'avvocato e il proprio assistito, fornendo poi tale materiale all'autorità giudiziaria e penitenziaria.
[102] C. eur., 5.10.2006, *Viola c. Italia*. Vale la pena sottolineare che mentre la Convenzione americana sui diritti umani sancisce il diritto di comunicare liberamente e privatamente con il difensore, la Cedu non contiene una simile previsione.
[103] C. eur., 28.11.1991, *S. c. Svizzera*; C. eur., 16.10.2011, *Brennan c. Regno Unito*. Significative indicazioni possono evincersi pure dal dibattito inaugurato a Strasburgo in materia di gabbie metalliche e box in vetro con la decisione C. eur., 4.10.2016, *Yaroslav Belousov c. Russia*, in cui si è specificato che la dislocazione dell'imputato dal proprio difensore rischia di compromettere lo stesso diritto di difesa quale elemento dell'equità processuale perché esclude il dialogo riservato tra parte privata e legale.
[104] Vale la pena sottolineare che mentre la Convenzione americana sui diritti umani sancisce il diritto di comunicare liberamente e privatamente con il difensore, la Cedu non contiene una simile previsione.

carica di un significato diverso solo a patto di combinarsi con le nuove fattispecie introdotte che poggiano su una base consensuale, rimettendosi così la scelta circa il luogo del collegamento all'avvocato, ma di concerto con il suo assistito. Unicamente rispetto alle previgenti ipotesi di partecipazione telematica obbligatoria per taluni imputati, sussisterebbe invece un vincolo per i difensori a partecipare fisicamente con i propri assistiti nella sede remota. Nonostante ciò, anche rispetto ai casi di compresenza, non può ignorarsi che gli avvocati si trovano comunque lontani dall'aula di tribunale e l'interazione con i giudici non è così immediata, anche qualora dei loro assistenti siano presenti in udienza[105]. Non solo. A ciò si aggiunga che assumere un secondo difensore potrebbe essere economicamente gravoso al punto da menomare il diritto alla difesa tecnica.
Infine, le perplessità fin qui espresse sulla effettiva tutela del diritto di difesa, possono peraltro riguardare l'intervento di un interprete che fornisce un supporto linguistico all'alloglotto collegandosi da remoto, rispetto al quale l'art. 133-*ter* Cpp nulla dice a riguardo e che oggi è senz'altro una prerogativa essenziale, come emerge dalla direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali.

5.2 Entro la cornice tematica rappresentata dal punto *ii)* si staglia un problema che non può essere tralasciato in questo contributo: ed è quello concernente la modalità operativa del meccanismo consensuale rispetto alla partecipazione da remoto ad atti e udienze quando, cioè, non è la legge a prescrivere l'uso obbligatorio delle connessioni digitali. Il fine che ci prefiggiamo è più esattamente quello di saggiare se l'aver esatto il consenso di imputati e indagati possa in concreto tutelarne gli interessi o se, piuttosto, sia da considerarsi niente di più che un simbolico orpello che pone l'istituto in esame al riparo da censure di incostituzionalità.
L'aver accordato preminenza alla volontà delle parti cela una certa prudenza del legislatore[106] la quale, tuttavia, non protegge da «atteggiamenti di ostruzionismo» né elimina il rischio di una eccessiva discrezionalità del giudice quando costui è chiamato a vagliare, in specie nel caso di una richiesta avanzata dalla parte e/o dal difensore, l'opportunità che si proceda o meno *online*[107]. Infatti, malgrado la chiave di volta della riforma sia rappresentata dal consenso della persona interessata al collegamento virtuale non si rinvengono indicazioni esaustive circa la manifestazione dello stesso, mentre si coglie una maggiore sensibilità del legislatore rispetto alla individuazione dei luoghi dai quali connettersi, ancorché tale attenzione, come si è detto, non risolva tutti i problemi connessi al diritto di difesa in senso tecnico. Tranne che nell'ipotesi in cui l'ammissione del mezzo digitale sia comunicata in udienza, in tutti gli altri casi la regolamentazione delle modalità del suo esercizio sembra essere rimessa ai futuri regolamenti attuativi e, in assenza di questi, toccherà ai tribunali risolvere gli spinosi problemi di natura pratica che emergeranno nella prassi. Stando all'odierno impianto normativo, difatti, è dato conoscere soltanto l'ultimo tratto dell'*iter* che conduce alla scelta

[105] In questo senso S. Signorato, cit., 12.
[106] M. Gialuz, *La digitalizzazione del processo*, in G*iustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, a cura di M. Gialuz, J. Della Torre, Torino 2022, 299.
[107] Ancora M. Gialuz, *La digitalizzazione*, *id.*, 300. A voler essere precisi, la richiesta di un consenso alla videoconferenza non rappresenta una novità giacché si ritrovano interessanti esempi in altri ambiti dell'ordinamento giuridico. Nel campo della giustizia penale transnazionale, per fornire un esempio: a livello europeo, la Convenzione sulla mutua assistenza giudiziaria stabilisce che gli Stati membri possono utilizzare la teleconferenza per ascoltare testimoni e periti, ma ciò avviene a condizione che la persona da udire abbia dato il proprio consenso (art. 11). Le audizioni in videoconferenza sono ammesse anche in considerazione dei diritti dell'indagato, e «a condizione che gli Stati membri interessati lo ritengano necessario, che le loro autorità giudiziarie vi acconsentano e che anche l'indagato vi acconsenta» (art. 10). Dunque, sia sul fronte domestico sia su quello transnazionale, l'assenso degli interessati si attesta come una sorta di valvola di chiusura di un sistema che, per quanto miri a adattarsi all'avanzamento tecnologico, rimane ancorato all'espletamento delle udienze e delle attività procedimentali in presenza. In questo senso, del resto, C. cost., 11.5.2021 n. 96 in *www.giurcost.org.it*. che ha individuato nel consenso della parte interessata una deroga al contraddittorio ex art. 111 co. 5 Cost.

di procedere in videoconferenza ovvero la notifica del decreto contenente le coordinate del collegamento audiovisivo assieme al provvedimento che fissa la data di svolgimento dell'atto o di celebrazione dell'udienza[108]. Tutto il resto è lasciato in ombra. Come è stato osservato, per giunta, nessun contraddittorio, se non quello che, per l'appunto, potrebbe realizzarsi in udienza precede il decreto che dispone la connessione telematica. Se il consenso possa essere revocato è argomento anch'esso ignorato dal testo del d. lgs. 150/2022, benché possa ipotizzarsi che l'opzione contraria sia esercitabile fino al momento di emissione della decisione che lo dispone[109]. Alla stessa stregua, manca ogni tipo di rimedio al diniego all'istanza degli interessati diretta ad ottenere una connessione *online* e, ancor di più, nulla si dice rispetto alla forma e al contenuto che tale pronuncia di rifiuto deve assumere, potendosi tutt'al più ricavare in negativo dall'assenza di presupposti positivi al collegamento (ad esempio, dal collegamento audiovisivo ben funzionante e dal contesto ambientale remoto, dalla disponibilità del personale, dalle risorse e dei tempi necessari all'allestimento tecnologico).

Ma non è tutto. A fronte della laconicità e della indeterminatezza della *littera legis*, emergono altri due interrogativi di estrema rilevanza sistematica.

In primo luogo, ci si chiede se il suddetto assenso (come pure l'eventuale diniego) debba essere espresso personalmente dalla parte interessata dinnanzi all'autorità giudiziaria oppure dal suo legale, eventualmente mediante procura speciale, della quale effettivamente non viene fatta menzione alcuna. A voler essere più precisi, in alcuni casi si parla di richiesta dell'interessato e del difensore (come accade ad esempio per la l'interrogatorio di garanzia *ex* art. 294 co. 4 Cpp e per l'interrogatorio dell'estradando *ex* art. 717 Cpp). In altre norme si richiama il consenso che promana dalla persona sottoposta alle indagini e dal difensore (art. 350 co. 4-*bis* Cpp), in altre ancora si richiede un'istanza o dell'uno o dell'altro (art. 391 co. 1 Cpp). All'art. 496, co. 2-*bis* Cpp invece si parla genericamente di consenso delle parti.

In secondo luogo, è lecito domandarsi se sia accettabile un coinvolgimento passivo o un contegno inerte dell'interessato o se, piuttosto, si debba pretendere una inequivocabile consapevolezza in capo allo stesso sulla quale il pubblico ministero (ad es. *ex* art. 496 co. 2 Cpp) e il giudice dovranno indagare, quantomeno quando è richiesta dalla legge una loro autorizzazione a procedere da remoto (ad es. *ex* art. 391 co. 1 Cpp).

Entrambi i quesiti formulati hanno valenza pratica dal momento che ogni deroga ad una disciplina che sia orientata a una tutela individuale, come per l'appunto il consenso dell'imputato o dell'indagato nell'economia complessiva di questa riforma, deve essere pesata dal legislatore, a monte, e interpreta, a valle, dagli operatori del diritto in modo da assicurare sempre un equilibrio tra interessi confliggenti dotati di rilevanza costituzionale e convenzionale.

Quanto al primo quesito potrebbe anzitutto avvalorarsi una esegesi delle nuove norme che si aggancia alla natura dualistica del diritto di difesa, la quale intreccia l'autodifesa, tramite cui l'interessato fa valere i propri interessi personali, e la difesa tecnica esercitata dal difensore «per garantire, attraverso le qualità ed i titoli idonei ad offrire un'assistenza esperta e serena il corretto svolgimento del procedimento»[110]. A fronte di questa interpretazione combinata tanto la manifestazione di volontà dell'interessato quanto quella del legale, quando richieste entrambe, potrebbero coesistere e nel momento della esternazione della stessa l'avvocato potrebbe dichiarare da che luogo e postazione preferisce collegarsi, a patto che la legge gli accordi una siffatta possibilità. Mentre, ipotesi come

---

[108] Cfr. *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings* della CEPEJ, 16-17.6.2021, che ai canoni nn. 3 e 4, prescrivono alle parti sia di consultare il giudice al fine di sapere se l'udienza, nel caso di specie, possa o debba tenersi a distanza, sia di esperire rimedi contro la relativa decisione davanti ad un'autorità giudiziaria competente secondo il diritto interno.

[109] D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 470 ss.

[110] D. Curtotti, *Difesa Penale*, in *ED*, I, 2005, 378.

quelle di cui all'art. 496 co. 2 Cpp che riferiscono di un consenso dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle persone indicate nell'art. 210 Cpp e delle parti private implicherebbero che il solo dissenso di uno di essi è capace di impedire l'utilizzo di tale modalità.
In relazione al secondo interrogativo formulato, va detto che esso ci proietta inevitabilmente sul piano del contenuto di questo inedito meccanismo consensuale che, verosimilmente, dovrebbe vertere sui vantaggi che la presenza virtuale potrebbe comportare e al contempo sul rischio di indebolimento delle garanzie difensive che fanno capo al soggetto facoltizzato alla *virtual connection*. Per provare a sciogliere il dubbio emerso e nel tentativo di ricostruire il concetto di tale "consenso derogatorio" potrebbero richiamarsi le soluzioni della giurisprudenza della Corte edu in materia di processo *in absentia*, ancorché con le dovute differenziazioni dettate dai casi qui in esame. A tal riguardo, si rammenta che la sentenza *Poitrimol c. Francia* la Corte, nell'affermare la potenziale compatibilità convenzionale di un processo senza imputato, individuava al contempo alcuni presupposti per un tale riconoscimento, tra i quali che l'assenza sia frutto di una scelta consapevole basata su un'adeguata informazione[111].
Sennonché il legislatore italiano ha integrato il requisito della previa comunicazione tramite la notificazione del decreto che dispone la partecipazione tramite video-link, ma non ha tenuto in debita considerazione la necessità di prevedere un'adeguata informazione rispetto a pro e contro della videoconferenza. Né tantomeno può rintracciarsi una qualche prescrizione circa il vaglio dell'esistenza di una piena consapevolezza in capo all'interessato con riguardo ai benefici e agli svantaggi che seguono alla *virtual justice*, attività questa che, per la verità, può definirsi tutt'altro che facile, soprattutto quando il decreto che dispone la videoconferenza venga emesso fuori udienza e, quindi, nessun confronto con l'autorità giudiziaria sulla scelta del procedere o meno in via telematica si realizza.
In questa ottica, è certamente significavo quanto enunciato dalla Corte costituzionale la quale, pronunciandosi sull'impiego dello schermo virtuale nella giustizia penale, ha precisato che «ciò che occorre, sul piano costituzionale, è che sia garantita l'effettiva partecipazione personale e consapevole dell'imputato al dibattimento»[112]. Eppure, per i nostri giudici costituzionali, diversamente da quelli di Strasburgo[113], l'effettività e la consapevolezza sono essenzialmente legate all'esistenza di «mezzi tecnici idonei a realizzare la partecipazione»[114].
Resta allora da capire, soprattutto in una prospettiva *de iure condendo*, l'opportunità o meno di prevedere degli obblighi informativi circa l'utilità o la sconvenienza di presenziare in via telematica. In caso affermativo occorrerà allora delineare il contenuto minimo di questo "prospetto informativo" affinché il requisito dell'adeguatezza possa dirsi integrato e, ancora, bisognerà riflettere sugli effetti che potrebbero derivare dalla sua violazione. Un altro profilo significativo concerne i soggetti titolati a fornire le dovute informazioni, e cioè, se il giudice, quale garante esterno e neutrale dei diritti e delle garanzie procedurali, o persino il pubblico ministero quando è chiamato ad autorizzare il collegamento o, invece, il difensore in quanto direttamente coinvolto nella tutela degli interessi del proprio assistito. A tale riguardo, il legale sembrerebbe essere il soggetto certamente più idoneo a adempiere siffatto compito informativo. Tuttavia, rimane un problema di fondo legato alla

[111] C. eur., 23.11.1993, *Poitrimol c. Francia*.
[112] C. cost., cit., vedi nota 55.
[113] È vero, tuttavia, che nei casi *Viola c. Italia* e *Zagaria c. Italia*, cit., uno dei fattori potenzialmente lesivi della *fairness* processuale è stato individuato nelle modalità operative del funzionamento della videoconferenza. Come riporta S. Quattrocolo, *Participatory Rights in Compartaive Criminal Justice. Similarities and Divergences Within the Framework of the European Law*, in *Personal Participation in Criminal Proceedings*, cit., 459 ss., è in una pronuncia del 2012 C. eur. 14.4.12, *Gennadiy Medvedev c. Russia* che i giudici di Strasburgo hanno focalizzato tutta la loro attenzione sulla qualità del collegamento video.
[114] Così «dimostrando di orientarsi nel senso di una perfetta fungibilità tra partecipazione fisica e virtuale, nella nota pronuncia». Cfr. C. cost., 22.7.1999, n. 342. Così G. Borgia, *Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria*, in *www.osservatoriocostituzionale.it*, 1.12.2020.

insufficiente preparazione dei difensori, spesso privi di un rapporto fiduciario con l'assistito, in specie se questo è un imputato assente, e interessati alla videoconferenza in quanto mezzo più celere[115].
Ad ogni modo, al di là della praticabilità di tali soluzioni, non sembrano esserci dubbi sul fatto che l'assenso, per essere consapevole, debba poter essere espresso liberamente non solo prima del collegamento, ma deve perdurare per tutto lo svolgimento dell'udienza o dell'atto. Da quest'ultima precisazione emerge la delicatezza di un'ulteriore situazione che fa perno sull'esistenza di un convincimento validamente e consapevolmente espresso: e cioè se questo ultimo vincoli sempre e comunque l'autorità giudiziaria, magari con effetto sanante eventuali nullità, o se invece, sia sempre richiesto un accertamento preliminare dell'autorità giudiziaria procedente circa l'esistenza di circostanze indicative dell'opportunità, o della necessità, di proseguire secondo l'ordinaria audizione e lo svolgimento in presenza dell'atto procedimentale o dell'udienza penale, a causa per esempio del verificarsi di problemi tecnici.
Per provare ad abbozzare una risposta a questi quesiti deve valorizzarsi quanto disposto al co. 4 dell'art. 133-*ter* Cpp secondo cui «salvo quanto disposto dai commi 5, 6 e 7, le persone che compiono l'atto o che partecipano all'udienza a distanza si collegano da altro ufficio giudiziario o da un ufficio di polizia giudiziaria individuato dall'autorità giudiziaria, previa verifica della disponibilità di dotazioni tecniche e condizioni logistiche idonee per il collegamento audiovisivo». La previsione citata sembrerebbe individuare in capo all'autorità giudiziaria un preciso obbligo di controllo della qualità dei mezzi della ICT. Parimenti, parrebbe sottrarre a questa verifica i casi in cui il collegamento coinvolga «le persone detenute, internate, sottoposte a custodia cautelare in carcere o ristrette in carcere a seguito di arresto o di fermo, quando compiono l'atto o partecipano all'udienza a distanza» (co. 5); o tutte quelle che compiono l'atto o che partecipano all'udienza a distanza collegandosi da un luogo diverso da quello individuato dall'autorità giudiziaria (c0. 6) e, infine, (co. 7) «i difensori che partecipano dai rispettivi uffici o da altro luogo, purché idoneo». Sennonché, va osservato che quanto a questa ultima ipotesi, il richiamo alla idoneità, benché blando, potrebbe essere letto nel senso di assicurare comunque le garanzie fondamentali le quali, diversamente, rischierebbero una grave menomazione. Rispetto alle ipotesi *sub* co. 5 e co. 6, il legislatore, invece, sembrerebbe presupporre una certa idoneità tecnologica delle postazioni individuate dalle autorità giudiziarie, come nel caso delle salette allestite presso le carceri. Del resto, l'art. 147-*quater* NAttaCpp affida al Ministero della Giustizia l'obbligo di assicurare «che, nei casi di partecipazione a distanza al compimento di atti del procedimento ovvero alla celebrazione delle udienze, i collegamenti telematici agli uffici giudiziari siano realizzati attraverso reti o canali di comunicazione idonei a garantire l'integrità e la sicurezza della trasmissione dei dati» e non anche il rispetto dei diritti di difesa. Infine, se tutto ciò non dovesse essere sufficiente, sovverrebbe il co. 3 dell'art. 133-*ter* Cpp secondo cui in termini generali si afferma che «il collegamento deve effettuarsi, a pena di nullità, attraverso modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti all'atto o all'udienza, a garantire la registrazione audiovisiva dell'atto o dell'udienza, e ad assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti nei diversi luoghi, la possibilità per ciascuna di esse di udire quanto viene detto dalle altre, e la pubblicità, nei casi di udienza pubblica, degli atti compiuti a distanza».
Ciononostante, permangono una serie di interrogativi. Anzitutto, si dubita che l'art. 133-*ter* co. 3 Cpp sia capace di proteggere di per sé dai rischi connessi ad una irragionevole disparità di trattamento tra imputati o indagati coinvolti in diversi procedimenti poiché essenzialmente legata all'uso che della videoconferenza si fa negli uffici giudiziari e che grossomodo dipende dalle risorse finanziarie a

[115] F. Trapella, *La rivoluzione digitale alla prova della riforma*, in *www.archiviopenale.it*., 3, 2022, 20, evidenzia che il meccanismo consensuale potrebbe dare vita ad "abusi" poiché i difensori potrebbero essere tentati di «attirarsi le simpatie del magistrato». Specifica, infatti, che «aiutandolo a ridurre i ruoli d'udienza», il pubblico ministero potrebbe chiedere in cambio una pena più mite e «il giudice, essere più clemente».

disposizione. Un'altra rilevante notazione riguarda poi la nullità[116]. A parte l'evenienza estrema di una totale mancanza di qualcuno dei requisiti prescritti (ad esempio, interruzione del segnale audiovisivo; difficoltà nel deposito e nello scambio di documentazione o assenza di un circuito fonico *ad hoc*), appare difficile stabilire sotto quale soglia qualitativa l'attività processuale sia nulla. In questo senso le indicazioni di cui agli art. 133-*ter* Cpp e 147-*quater* NAttaCpp sono scarne, cosicché, ancora una volta, è ai regolamenti di attuazione e, più proficuamente alla prassi, che si dovrà guardare con fiducia al fine di individuare quali collegamenti meritano di essere dichiarati nulli perché, ad esempio, non assicurano un certo livello di realismo[117].

5.2.1 Come è stato precisato, postulare l'esistenza di una certa consapevolezza in capo a chi presta il consenso alla videoconferenza ci proietta inevitabilmente sul piano dei benefici e degli svantaggi che essa comporta e che certamente variano a seconda del tipo di atto che si svolge o udienza che si celebra. In particolare, sebbene con gli ammodernamenti voluti dalla riforma sul fronte delle videoregistrazioni delle attività e delle udienze pare plausibile un monitoraggio più penetrante delle interazioni tra le parti circa le scelte inerenti al ricorso al virtuale, permane comunque il pericolo di tattiche compressive della più generale libertà di determinazione di indagati ed imputati. Ancora una volta risulta perciò fondamentale incrociare le nuove ipotesi di collegamento da remoto ancorate al convincimento delle parti con le garanzie fondamentali sulla cui tenuta con l'armamentario tecnologico si è già riflettuto parecchio in dottrina, quantomeno con riguardo alla fase dibattimentale. Questa analisi risulterà utile per giustificare la opportunità di introdurre, *de iure condendo*, eventuali correttivi all'attuale disciplina.
Ebbene, per ragioni di economia, la disamina che si intende svolgere tocca i punti più controversi dell'intervento riformatore tralasciando quelli che *prima facie* non sembrano sollevare grossi problemi – anche in ragione della possibilità di videoregistrare determinate attività – quali, ad esempio, l'interrogatorio condotto dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria delegata. Volendo fornire poi un esempio di positivo impiego della tecnologia audio-video, basterebbe richiamare il ricorso alla videoconferenza per l'assunzione di sommarie informazioni, dal momento che l'utilizzo del *medium* digitale potrebbe consentire agli organi inquirenti di partecipare a più atti investigativi e di prendere parte a distanza al compimento delle attività della polizia giudiziaria realizzati in presenza[118]. Parimenti, non destano particolare apprensione le contestazioni avanzate in via telematica alla modifica delle imputazioni in udienza preliminare o in dibattimento per l'opportunità che viene offerta a chi non è fisicamente presente in aula di intervenire senza essere considerato assente quando l'assenza non possa giustificare un rinvio.
Preoccupazioni possono semmai riguardare il procedimento cautelare, rispetto al quale il legislatore ha introdotto il ricorso al *medium* tecnologico per assicurare una maggiore celerità nello svolgimento di alcune attività che si inseriscono in tale momento incidentale del procedimento penale. È così per quanto riguarda l'interrogatorio di garanzia e per l'udienza di riesame di misure coercitive, nonché per la convalida dell'arresto e del fermo.
La precisa volontà di accelerare i tempi del cautelare di primo acchito può essere accolta con favore, in specie quando ad essere limitata sia la libertà fondamentale che, in quanto tale, richiederebbe

[116] Da considerarsi speciale a regime intermedio, se l'inosservanza nuoce alla partecipazione del pubblico ministero e delle parti private; assoluta se dal collegamento audiovisivo esca estromesso il difensore, nei casi che ne richiedono la presenza obbligatoria.
[117] A causa, ad esempio, di ostacoli o malfunzionamenti tecnico-strutturali che impediscono all'interessato di presentare atti, documenti, memorie, esaminare il contenuto di analoghi materiali presentati da altri o di parlare senza interruzioni dalla sede remota, di vedere e ascoltare chiaramente tutte le restanti persone, nonché di essere percepito dalle medesime; oppure di comunicare riservatamente col difensore.
[118] In questi termini si esprimeva già prima della riforma B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 206 ss.

sempre una pronta pronuncia circa la necessità o meno del mantenimento della misura. In questo senso tali innovazioni collimano con l'art. 5 co. 3 Cedu il quale statuisce che ogni persona arrestata o detenuta «deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere posta in libertà durante l'istruttoria». Eppure, il perseguimento della celerità non può gettare ombra sugli interessi difensivi.
In questo senso, aspetto saliente nelle previsioni richiamate è «la presa di contatto diretta tra giudice investito della decisione incidentale e imputato privato della libertà»[119]. Quanto all'interrogatorio *ex* art. 294 Cpp, ad esempio, esso introduce la garanzia di un primo raffronto tra il giudice e il destinatario della misura restrittiva che si traduce, a sua volta, nel potere-dovere dell'autorità giurisdizionale di esaminare l'indagato – il quale, peraltro, viene posto nelle condizioni di conoscere, in molti casi per la prima volta, l'accusa e le ragioni che hanno determinato la privazione della libertà – secondo le garanzie di cui agli artt. 64 e 65 Cpp. E, ciò che è ancora più importante, a questo momento si riconduce la valutazione del giudice circa la permanenza delle esigenze inizialmente riscontrate dal pubblico ministero e l'opportunità di confermare o meno la misura. Queste connotazioni, dunque, integrano un contradditorio c.d. successivo e conferiscono all'interrogatorio stesso una funzione di controllo e garanzia. L'intervento fisico tanto del difensore quanto del destinatario del provvedimento si palesa essere quello che meglio veicola la capacità di influire sulla rivalutazione del quadro indiziario riscontrato e sull'approfondimento dei temi connessi alla sussistenza delle esigenze cautelari, al rispetto dei parametri applicativi della misura, della adeguatezza e proporzionalità in rapporto ai vari *pericula libertatis*. Sempre rispetto all'interrogatorio poi, e nel tentativo opposto di perimetrare la portata delle criticità appena sollevate, si potrebbe argomentare che a seconda dei casi, per l'interessato è preferibile che a svolgerlo sia il giudice che conosce il fascicolo, collegato a distanza, piuttosto che un altro giudice fisicamente presente, ma completamente ignaro della vicenda fattuale[120]. Eppure, ciò potrebbe creare problemi sul piano del pre-giudizio da parte dell'autorità chiamata a decidere sul riesame rispetto alle valutazioni di merito. Parte delle riflessioni fino a questo momento condotte potrebbero essere estese all'udienza di riesame, soprattutto quando il difensore che lo richieda venga autorizzato dal giudice al simultaneo intervento da un'autonoma postazione remota, lasciando quindi l'assistito da solo nel luogo in cui è eventualmente e temporaneamente custodito. Anche in questa evenienza, il rapporto immediato tra giudice e indagato è di vitale importanza affinché il convincimento dell'autorità giudiziaria si giovi dell'osservazione ravvicinata delle qualità individuali e delle percezioni prodotte dall'ascolto della persona *in vinculis* fisicamente partecipe all'udienza.
Entro la cornice tematica delle misure adottate nei confronti di soggetti a vario titolo privati della libertà, si deve menzionare la celebrazione *online* dell'udienza di convalida del fermo e dell'arresto, la quale risulta essere una soluzione adeguata in ragione del fatto che lo strumento audiovisivo potrebbe accelerare i tempi entro i quali procedere con la convalida, che per l'art. 391 co. 1 Cpp deve essere richiesta dal pubblico ministero entro e non oltre le 48 ore dall'esecuzione della misura, mentre il giudice potrà fissare l'udienza per confermare o meno la misura entro le successive 48 ore dalla richiesta. Né, d'altro canto, lo strumento tecnologico può essere utilizzato dal pubblico ministero e dal giudice per aggirare surrettiziamente tali termini perentori senza incorrere nella caducazione del fermo o dell'arresto. Di conseguenza, l'art. 558 co. 4 Cpp, che richiama il 391 Cpp e secondo il quale

[119] Testualmente D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 479.
[120] Cfr. Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435*, 24.5.2021, 16. Uno schema analogo è contemplato nella disciplina generale del procedimento in camera di consiglio (art. 127 Cpp) e del procedimento di esecuzione (art. 666 Cpp). La parte interessata, purché consenziente, viene sentita di preferenza per via telematica; solo alternativamente, l'audizione è tenuta dal magistrato di sorveglianza del luogo, posto al di fuori della circoscrizione del giudice competente, ove il detenuto o internato si trova.

entro 48 ore l'arrestato deve essere messo materialmente a disposizione del giudice della convalida e del rito direttissimo, deve essere interpretato nel senso che, entro lo stesso arco di tempo, il pubblico ministero fornisce tutte le coordinate informatiche necessarie per la presentazione a distanza al giudice dell'interessato. Con la ulteriore precisazione che l'autorità giurisdizionale dovrebbe attivare il collegamento tramite il *link* inviatogli dall'organo di accusa non oltre le 48 ore, a nulla rilevando magari impegni in altre attività procedimentali.
A fronte di questi indubbi vantaggi, non può nondimeno trascurarsi la delicatezza della situazione in cui l'arrestato chieda di partecipare all'udienza a distanza collegandosi dal più vicino comando di forze dell'ordine che hanno eseguito la misura precautelare, magari lontano dal proprio difensore, posto che a costui è concessa l'alternativa tra comparire davanti al giudice ed esercitare il diritto, *ex* art. 133-*ter* co. 7 Cpp o di affiancare l'assistito nel luogo in cui costui si trova. Ora, il fatto di presentarsi personalmente in udienza permette di ottenere in ogni caso uno sguardo attento da parte del giudice e una relazione diretta tanto con quest'ultimo quanto con chi ha proceduto alla propria apprensione. In altre parole, la presenza *in corpore* veicolerebbe, ancora una volta, un confronto dialettico alla pari, laddove beninteso l'organo di accusa decida di prendere parte all'udienza di convalida.
Infine, fuori dalla novità introdotte dalle misure cautelari e precautelari, merita una menzione il ricorso al mezzo tecnologico per il passaggio preliminare del conferimento dell'incarico al consulente tecnico, al quale si tratta soltanto di assistere[121]. La *ratio* di una tale scelta del legislatore risiede ancora una volta in logiche di perseguimento della celerità. È di tutta evidenza, però, la difficoltà che lo svolgimento di operazioni complesse e tecniche, e dunque contraddistinte dall'alto rischio di alterazione della prova, sia controllabile dai consulenti tecnici di parte privata mediante le immagini veicolate dalla telecamera, sebbene a tale modalità si faccia ricorso per apposita istanza di costoro.

6. Alla luce dell'analisi svolta, la *ratio* che ha ispirato la riforma Cartabia basata essenzialmente sulla valorizzazione dell'uso della digitalizzazione per migliorare gli *standard* delle garanzie procedurali e l'efficienza del procedimento può essere certamente accolta con favore per diverse ragioni[122].
Anzitutto, perché la partecipazione telematica ad atti e udienze può rappresentare una vantaggiosa risorsa per la completezza dell'accertamento penale, soprattutto per quei soggetti che pur legittimati a prendere parte al procedimento siano di fatto impossibilitati a presenziare fisicamente per diverse ragioni. Entro questa logica tesa a esaltare i benefici offerti dall'ICT, può osservarsi che gli strumenti della *digital justice* sono funzionali ad una maggiore tutela, ad esempio, del principio del contraddittorio tutte le volte in cui non è garantito o è garantito solo in modo formale o per attività procedurali che, prima dell'avvento del digitale, non si sarebbero potute espletare o necessitavano di tempi più lunghi per essere effettuate. Le videoconferenze, se attuate secondo modelli tecnologici avanzati, possono ancora ridurre la durata delle udienze, evitando la violazione del principio di concentrazione e il rischio che i giudici non riescano a portare a termine il dibattimento. Da tali assunti, d'altronde, ha tratto linfa vitale la riforma Cartabia, la quale non ha solo trasformato l'eccezionalità della partecipazione a distanza in normalità, ma ha anche previsto l'impiego di videoregistrazioni quali modalità di documentazione delle attività investigative e di udienza, sicché

[121] Si segnala un'anomalia, forse a causa di un errore di compilazione normativa: l'art. 360 co. 3-*bis* Cpp coinvolge pure l'indagato e la persona offesa tra i soggetti legittimati alla richiesta di partecipare a distanza, includendoli nella cerchia degli ammessi all'adempimento qualora siano disponibili a collegarsi in via telematica, quando invece questa possibilità partecipativa *in corpore* è per loro normalmente esclusa.
[122] Del resto, della funzionalità pratica delle *online hearings* è pure consapevole la Corte europea dei diritti dell'uomo che ha condannato la Finlandia per violazione della *fairness* processuale, giacché la mancanza di adeguate attrezzature tecniche ha reso impossibile l'utilizzo dello strumento della videoconferenza per svolgere l'esame dei testimoni, imponendo una serie di ritardi ed una irragionevole proroga della durata processuale. C. eur., 8.12.2009, *Taavitsainen c. Finlandia*.

la stessa videoconferenza celebrata nella fase preliminare o nel dibattimento di primo grado potrebbe essere registrata e successivamente riprodotta, durante il processo o in appello.
Inoltre, la premessa secondo la quale solo la presenza fisica nel luogo del dibattimento o della celebrazione di un'attività possa garantire l'effettività delle garanzie e diritti fondamentali ammette eccezioni. Si è evidenziato infatti che in determinate circostanze le udienze *online* possono garantire virtualmente i diritti della difesa, consentendo all'imputato di vedere ed essere visto dal testimone, e viceversa, nonché il diritto dell'imputato al controinterrogatorio. In altre ancora, la parte potrebbe aver tutto l'interesse a che l'atto si svolga in via telematica, come nel caso in cui è preferibile che a eseguire l'interrogatorio di garanzia sia il giudice che conosce il fascicolo, collegato a distanza, piuttosto che un altro giudice fisicamente presente, ma completamente ignaro della vicenda fattuale. Si pensi ancora alla possibilità di ottenere una risposta in termini celeri circa il mantenimento di una misura cautelare limitativa della libertà personale.
Nella ricerca di un'accettabile sintesi tra diversi interessi, tutti dotati di significativo rilievo, la prospettiva di indagine qui adoperata ha enucleato il nocciolo duro di quei diritti e garanzie fondamentali che sono toccati dallo strumento digitale. Questa operazione ha messo in risalto che, nonostante i vantaggi già menzionati, la partecipazione virtuale non è neutra e permane il rischio – spesso innescato da logiche di tutela a ribasso – che il diritto al confronto e il diritto di difesa - tanto sul piano della difesa tecnica che su quello dell'autodifesa - o il diritto alla traduzione ed interpretazione nelle udienze penali possano essere lesi. Quest'ultimo, in particolare, non è stato minimamente preso in considerazione dal d. lgs. 150/2022.
Alla luce di tutto ciò, non può negarsi l'attualità dell'indicazione avanzata più volte in passato secondo la quale nei casi di presenza da remoto è necessario valutare non solo se essa rientri nei casi tassativamente previsti dalla legge ma anche se sia proporzionata alle circostanze concrete che ne richiedono l'impiego, come per il caso rappresentato, per l'appunto, dall'impossibilità della persona da ascoltare di recarsi fisicamente in udienza o all'attività da espletare[123]. Ed è proprio sotto il profilo della proporzionalità, che può nutrirsi qualche dubbio, specie con riguardo a quelle ipotesi connotate da un sacrificio sproporzionato del principio di immediatezza[124] e del contraddittorio ai sensi dell'art. 111 co. 4 Cost. A tal fine, la miglior via che la riforma avrebbe potuto imboccare, e che da ultimo non è stata intrapresa, sarebbe stata quella di rivalutare tutti i casi di presenza virtuale, individuando al contempo quali di questi assoggettare alla volontà delle parti e, cioè, tutte quelle ipotesi non supportate da ragionevoli motivi di sicurezza e comprovate necessità.
Al contrario, fuori dalle ipotesi di *online participation*s vincolanti, può certamente apprezzarsi il passo avanti compiuto dal d.lgs. nell'avvalorare il consenso alla video connessione. Certo molti sono ancora i nervi scoperti della disciplina qui analizzata sui quali si auspica un prossimo intervento del legislatore che specifichi le modalità operativa del meccanismo consensuale e ponga l'accento sulla opportunità di una maggiore consapevolezza vuoi dei rischi vuoi dei benefici conseguibili da parte di chi manifesta un atteggiamento di favore al *video-link*, eventualmente supportata da obblighi di tipo informativo in capo al difensore.
Ancorché la riforma abbia prospettato nuove tecniche e modalità nell'esecuzione di vecchie attività procedurali, suscita non poche preoccupazioni la tecnica legislativa adoperata. Inoltre, ciò che rimane ancora poco chiaro è il profilo della responsabilità e dei costi delle parti di un'udienza telematica – in specie se si considera il forte divario nei livelli di digitalizzazione tra un ufficio giudiziario e un altro – e che, si spera, sarà affidato ai prossimi regolamenti di attuazione e che verosimilmente

[123] Per quanto riguarda l'esame a distanza, si veda M. Daniele, *La partecipazione a distanza allargata*, cit., 134, il quale, con riferimento alla riforma Orlando, sottolineava la necessità di ricorrere ad un triplice test per verificare l'idoneità della videoconferenza a tutelare un diritto di pari importanza del dichiarante rispetto al contraddittorio; la capacità di salvaguardare l'essenzialità del contraddittorio e la necessità di utilizzare collegamenti video e audio, qualora non sia possibile il ricorso ad altri mezzi.
[124] M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 24.

dovranno essere promulgati entro la fine del 2023. Questi ultimi dovranno riguardare anche le modalità di segnalazione di eventuali inconvenienti tecnici o disconnessioni telematiche, in questo modo traducendo nella pratica quotidiana dei tribunali le istanze difensive[125]. Con la precisazione che il futuro intervento regolamentare dovrà essere guidato il più possibile dal rispetto dei criteri di equità e dai valori della legalità, della necessità, dell'accessibilità e della trasparenza. Ancora, considerazioni di carattere generale suggeriscono che, per poter esercitare il diritto ad una difesa che sia equa ed effettiva, lo Stato è chiamato a garantire sostegni economici a coloro i quali, pur volendo connettersi telematicamente, non possono permettersi *hardware* e *software* perfettamente funzionanti così favorendo una partecipazione attiva all'udienza, sebbene a distanza. Su questo profilo, infatti, il decreto legislativo tace.

Per concludere, sulla scorta delle osservazioni del Prof. Nobili, che richiama la terminologia utilizzata da Robespierre, si potrebbe sostenere, sul piano generale, che un procedimento penale privo di forme e regole non può più definirsi come un insieme di atti di giustizia ma come sequenza di «*opérationes sublimes*» [126]. Pertanto, anche se oggi le ICTs influenzano e continueranno ad influenzare inevitabilmente l'accertamento penale, esse non possono mai giungere al punto di sovvertire i "formanti" del procedimento penale. In alternativa e secondo una diversa interpretazione, dovremmo considerare la rivoluzione digitale stessa come un'"operazione sublime" che sta inaugurando una nuova era di valori e principi (*Umwertung aller Werte*). Insomma, ci si sente come Alice nel Paese delle Meraviglie che «entra in un mondo fantastico, arrampicandosi attraverso uno specchio nel mondo che può vedere al di là di esso: lì scopre che, proprio come in un riflesso, tutto è capovolto» e che «allontanarsi da qualcosa ti porta verso di essa». Ci chiediamo perciò se lo specchio ci mostra ciò che non siamo stati in grado di scorgere o che abbiamo rifiutato di vedere. Quel che è certo è che allontanarsi dalla "realtà virtuale" inevitabilmente ci porta verso di essa. Nella misura in cui i tribunali guardano al futuro, non si può tornare più indietro. Non resta, quindi, che sfruttare al meglio le potenzialità che la *technè* potrà ancora apportare alla giustizia penale, senza pregiudizi ma con obiettività, avendo cura di adoperarla in funzione di una materia così delicata.

---

[125] B. Galgani, *Il processo penale in "ambiente" digitale: ragioni e (ragionevoli) speranze*, in *Questgiust*., 4, 2021, aveva messo già in luce queste problematiche emerse con la l. 134/2021.

[126] M. Nobili, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: "Voi invocate le forme perché non avete principi*"?, in *Crit. dir*. 1994, 67.

RIPENSARE LE CONFISCHE (*)

di Roberto Bartoli
(*Professore ordinario di diritto penale, Università di Firenze*)

Esposte le differenze tra il paradigma afflittivo e ripristinatorio, il contributo individua in quello 'recuperatorio' la natura 'essenziale' della confisca. Si tratta di un modello che si pone a metà strada tra i primi due, e che mutua da questi talune caratteristiche strutturali e funzionali. Vengono analizzate altresì le varie tipologie di confisca esistenti, da quella punitiva a quelle estese (actio in rem, confisca allargata e confisca di prevenzione). Ne esce un quadro piuttosto frastagliato e non privo di criticità, in cui l'autore cerca di fare chiarezza sul piano strutturale e del rispetto dei principi di garanzia.
Exposed the differences between the afflictive and restorative paradigm, the paper identifies in that 'recovery' the 'essential' nature of confiscation. It is a model that lies halfway between the first two, and that borrows from these certain structural and functional characteristics. The various types of existing confiscation, from punitive to extensive (actio in rem, extended confiscation and preventive confiscation) are also analysed. The result is a rather jagged and critical picture, in which the paper tries to clarify, on a structural point of view and about the respect of the principles

SOMMARIO: 1. "Piano dell'opera". – 2. L'essenza della confisca come strumento "recuperatorio" a metà strada tra diritto afflittivo e diritto riparatorio. – 2.1. Diritto afflittivo e diritto riparatorio. – 2.2. Il diritto recuperatorio della confisca. – 2.3. I caratteri della confisca recuperatoria. – 4. La confisca punitiva e i suoi caratteri. – 5. Le confische c.d. estese. – 5.1. L'*actio in rem*. – 5.2. La confisca allargata con condanna. – 5.3. La confisca di prevenzione senza condanna. Dalla mera sproporzione alla pericolosità. – 5.3.1. Esclusione della natura preventiva. – 5.3.2. La natura recuperatoria. – 5.3.2.1. La fattispecie di pericolosità: dal giudizio monofasico a quello bifasico.

1. Muovendo dalla premessa, ormai assolutamente pacifica, che non si può più parlare di confisca ma di confische, questo mio contributo si articolerà in tre parti. La prima sarà dedicata alla natura "essenziale" della confisca, che definirò "recuperatoria", differenziandola sia da quella afflittiva (punitiva o preventiva) propria della penalità, sia da quella riparatoria, che caratterizza, invece, la dimensione civilistica.
La seconda parte avrà ad oggetto la confisca che assume natura "afflittivo-punitiva", mettendone in evidenza le peculiari caratteristiche strutturali, a cominciare dal *quantum* confiscato, che deve essere superiore rispetto al *quantum* di provento derivante dal reato, comportando così una decurtazione del patrimonio esistente prima della commissione del reato.
Infine, l'ultima parte verterà sulle confische c.d. estese, e cioè: su quella allargata, che si fonda su una sentenza di condanna o comunque su un accertamento di una responsabilità per un reato, ma prescinde da qualsiasi accertamento delle attività criminose dalle quali si ritiene derivante il bene confiscato; su quella senza condanna ovvero di prevenzione, che si basa su "indizi" a carico del proposto circa la commissione di reati dai quali deriverebbero i beni da confiscare; ed infine sull'*actio in rem*, che si fonda sull'accertamento di un reato e della derivazione del bene confiscato dal reato accertato, ma per entrambi questi accertamenti si impiega uno *standard* probatorio non penalistico, bensì nella sostanza civilistico.

* È il testo scritto della relazione presentata al Convegno *Confiscation and asset freezing as a prism of transnational criminal law*, tenutosi nei giorni 10-11 marzo 2023, presso la Leuphana Universität Lüneberg.

E dico sùbito quella che in merito a queste confische sarà la mia conclusione. Mentre la confisca allargata si colloca addirittura al di fuori della stessa logica sanzionatoria, perché non v'è alcun accertamento, nemmeno in forma semplificata, del fatto di reato o comunque di attività criminose da cui il bene confiscato avrebbe avuto origine; l'*actio in rem*, se ricostruita in modo rigoroso, si colloca, invece, in una logica recuperatoria/ripristinatoria, proprio perché richiede l'accertamento sia di un reato che della derivazione del bene da tale reato, ancorché con regole probatorie semplificate.
A metà strada – se così si può dire – sta la confisca di prevenzione, che se, da un lato, a differenza della confisca allargata, si basa sull'accertamento di un "qualcosa" (indizi di reato), dall'altro lato, però, a differenza dell'*actio in rem*, questo qualcosa non costituisce uno specifico reato, ma un'attività dai contorni molto più sfumati e generici: insomma, la stessa "fattispecie di pericolosità" risulta ancora in parte oscura.
Ecco che la natura della confisca di prevenzione finisce per dipendere da come si ricostruisce il giudizio di pericolosità. Dato per pacifico che il proposto non deve risultare pericoloso nel momento in cui si adotta il provvedimento ablativo (art. 18 Codice antimafia), ma al momento dell'acquisto del bene[1], tema centrale diviene se ci si accontenti della qualifica di indiziato oppure anche di conferme della pericolosità derivante da ulteriori indizi. Ed infatti, se, come sembra avvenire in questa fase storica, ci si basa su giudizi monofasici di pericolosità ovvero "ci si accontenta" dell'accertamento che l'acquisto sia avvenuto da persona indiziata di reato (pericolosità = indizi di reato), tale confisca non solo risulta misura preventiva surrogatoria del diritto penale, ma finisce per essere anche assimilabile alla confisca allargata, perché nella sostanza continua a restare sconosciuto il reato o comunque l'attività da cui il bene ha avuto origine. Se, invece, in futuro, ci si baserà autenticamente su giudizi bifasici di pericolosità ovvero su acquisti compiuti quando il soggetto risultava anche in concreto pericoloso (pericolosità = indizi di reato comprovati da ulteriori indizi di reato), si verrà a delineare un accertamento molto più rigoroso e indicativo di attività criminose, che non si potrà considerare meramente indiziario e surrogatorio di quello punitivo e che senz'altro tende ad avvicinarsi a una logica recuperatoria.

2. Stiamo vivendo una fase storica di enormi trasformazioni. Se, da un lato, si parla di crisi, dall'altro lato, si deve parlare pure di opportunità. Anche perché le trasformazioni della realtà fenomenologica e quindi della corrispondente dimensione giuridica sono così profonde che si pone la necessità di ripensare gli stessi paradigmi concettuali di categorie e istituti della penalità, nonché gli stessi statuti delle garanzie, potendo concedere anche flessibilizzazioni, ma con ragionevolezza e razionalità, vale a dire con equilibrio e coerenza.
In tema di confisca, le trasformazioni sono tali per cui, come accennato, non si parla più di confisca, ma di confische. Ed è proprio la presenza di tante tipologie di confisca che impone di ripensare la confisca andando anzitutto alla sua essenza.
Ebbene, a mio parere, la confisca, nella sua essenza, costituisce un paradigma a sé stante che chiamerei "recuperatorio" e che si colloca – per così dire – a metà strada tra il "diritto afflittivo" e quello "riparatorio" o, meglio, si avvicina molto a quello riparatorio, ma presenta anche alcune caratteristiche simili a quello afflittivo che impediscono di identificarlo interamente con quello recuperatorio.

2.1. Per "diritto afflittivo" intendo il diritto che si basa su una sanzione che ha in sé un *quid pluris* rispetto alle conseguenze derivanti dall'illecito, *quid pluris* dal quale scaturisce nella sostanza quella sofferenza che per l'appunto contraddistingue il concetto di afflizione. All'interno del diritto afflittivo si distinguono poi ulteriori paradigmi: quello della responsabilità e quello della pericolosità. Inoltre, all'interno di ciascuno di questi paradigmi si possono individuare paradigmi ulteriori: al paradigma

[1] Cass. S.U. 26.6.2014 n. 4880, Spinelli; C. cost. 24/2019.

della responsabilità appartengono, ad es., il diritto penale e il diritto punitivo amministrativo; nel paradigma della pericolosità si collocano le misure di sicurezza e le misure di prevenzione.
Punto centrale è: in cosa consiste questa afflizione? A volte, essa consiste in un *pati* che incide direttamente sui beni della persona e che quindi comporta un vero e proprio coinvolgimento personalistico: si pensi alla pena detentiva che limita la libertà personale e che può essere addirittura carceraria (qui l'afflizione tende a farsi massima) oppure alle prescrizioni delle misure di prevenzione personali che limitano la libertà di circolazione.
Altre volte l'afflizione deriva dalla disomogeneità che intercorre tra il contenuto dell'illecito e il contenuto della sanzione. In particolare, in quest'ultima prospettiva, a volte tale disomogeneità deriva dal beneficiario dell'oggetto della sanzione: si pensi alle sanzioni punitive che consistono nel pagamento di una somma di denaro allo Stato (pena, sanzione punitiva amministrativa o sanzione punitiva civile). Altre volte la disomogeneità deriva da un *quid pluris* a carattere meramente quantitativo: si pensi a quando una condotta riparatoria assume contenuti che travalicano lo stesso danno.
Per "diritto riparatorio" intendo il diritto che è privo di siffatto *quid pluris* di sofferenza e si caratterizza quindi per una corrispondenza/omogeneità tra il contenuto dell'illecito e il contenuto della sanzione. Nel diritto riparatorio centrale diviene pertanto il concetto di danno e la sanzione riparatoria lo elimina, ripristinando la situazione precedente all'illecito. Ecco che la sanzione riparatoria mutua il proprio contenuto da quello dell'illecito ovvero dal danno. Il danno diviene centrale proprio perché costituisce la base dell'illecito e della sanzione: come l'illecito si basa sul danno, la sanzione riparatoria, dovendo eliminare il danno, non può che fare riferimento al danno stesso.
Per completezza, non possiamo non accennare alla circostanza che all'interno del concetto di danno dobbiamo ormai distinguere tra una dimensione privatistica e una pubblicistica: da un lato, infatti, vi sono danni e corrispondenti condotte riparatorie che attengono – per così dire – alla regolarità dei rapporti tra privati; dall'altro lato, vi sono danni che invece si producono nei confronti di interessi pubblico-collettivi, come ad es. nel caso dei danni ambientali e di quelli derivanti dall'evasione fiscale, e le corrispondenti condotte riparatorie non possono non assumere connotati pubblicistici.

2.2. Ciò premesso, a me pare che la confisca si collochi concettualmente, strutturalmente, fisiologicamente a metà strada tra il "diritto afflittivo" e il "diritto riparatorio"[2].
Ed infatti, essa ha una consistenza patrimoniale e quindi incide sulla sfera giuridica della persona, senza tuttavia coinvolgere i suoi beni personalistici: si tratta di un carattere che condivide sia con il diritto afflittivo allorquando aggredisce il patrimonio, sia con quello riparatorio. Torneremo sul punto.
Tuttavia, la confisca ha un contenuto omogeneo rispetto all'illecito ovvero mutua il proprio contenuto dal contenuto dell'illecito. Essa infatti neutralizza il provento, vale a dire un'utilità economicamente misurabile derivante dall'illecito e prodottasi nel patrimonio del reo, ricostituendo la situazione patrimoniale del reo nelle stesse condizioni in cui si trovava prima della realizzazione del reato. Sotto questo profilo, la confisca è differente quindi dal diritto afflittivo e simile al diritto riparatorio. Tant'è vero che a volte il provento confiscabile può coincidere con il danno o comunque con una parte di esso: si pensi al provento che deriva dal furto o dalla truffa.
Tuttavia, la confisca non prende in considerazione il danno, le conseguenze negative che si producono nella sfera giuridica del danneggiato/vittima[3], ma prende in considerazione il provento ovvero le

[2] In questa stessa prospettiva, cfr., all'interno di una produzione scientifica più che ventennale, A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, 503 ss.; Id., *La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre irrisolte questioni*, in *questa Rivista*, 17.1.2023, 1 ss.; v. inoltre E. Nicosia, *La confisca, le confische*, Torino 2012, 141 ss.; A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, Torino 2022, 187 ss.
[3] F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, Torino 2017, 194.

conseguenze positive che si sono prodotte nella sfera giuridica dell'autore[4], e in questo la confisca, proprio perché non attiene al danno e va oltre lo stesso, risulta differente dal diritto riparatorio. Non solo, ma la confisca risulta per certi aspetti simile al diritto afflittivo in virtù di alcuni suoi connotati – per così dire – pubblicistici[5]: da un lato, in assenza di un danneggiato, il titolo – se così si può dire – per apprendere il bene non può che appartenere allo Stato, anche perché il titolare del provento da reato non può invocare l'applicazione delle garanzie proprietarie visto che il suo arricchimento deriva per l'appunto dal reato e quindi non è meritevole di tutela; dall'altro lato, l'effetto finale di mera decurtazione patrimoniale si ottiene attraverso l'esercizio di un potere autoritativo/coercitivo a carattere pubblicistico.
Da altra prospettiva, si potrebbe dire che le conseguenze/effetti patrimoniali derivanti dal reato possono riguardare la sfera giuridico-patrimoniale sia della vittima/danneggiato, sia dell'autore[6]: nella prima ipotesi si tratta di danni e quindi le conseguenze sanzionatorie aventi carattere riparatorio hanno come beneficiario il soggetto che ha subìto il danno; nella seconda si tratta di utilità e quindi le conseguenze sanzionatorie aventi carattere recuperatorio hanno come beneficiario lo Stato.
Insomma, il risultato finale della confisca è simile a quello riparatorio, perché neutralizza ed elimina le conseguenze economiche derivanti dall'illecito ovvero ricostituisce la situazione precedente all'illecito, senza comportare una decurtazione del patrimonio esistente prima della realizzazione del reato ovvero riportando il patrimonio allo stesso livello. Tuttavia, l'oggetto della neutralizzazione non è il danno della vittima/danneggiato, ma l'arricchimento dell'autore, potendo quest'ultimo sussistere anche in assenza del primo: oggetto che, proprio perché va al di là del danno, potrebbe essere ricondotto al diritto afflittivo, in virtù di una sorta di *quid pluris* rispetto al danno, ma che tuttavia non si può qualificare come afflittivo, proprio perché comunque connesso al reato e ripristinante lo *status quo ante*. Infine, non solo destinatario della confisca è lo Stato, ma è lo Stato che, con i suoi poteri autoritativi/coercitivi, si attiva unilateralmente, risultando in questo simile al diritto afflittivo.
Ecco che la confisca può essere ricondotta a un diritto che per l'appunto potremmo definire "recuperatorio": non solo l'utilità si produce in capo all'autore, ma soprattutto non può che essere lo Stato il soggetto beneficiario e legittimato a recuperare l'utilità derivante dal reato.
Da qui l'idea centrale secondo cui "il reato non paga", vale a dire il crimine non può creare ricchezza nella sfera giuridica dell'autore. Con tre conseguenze assai significative che meriterebbero molta attenzione. Anzitutto, la giustificazione dell'ingerenza pubblica nella sfera dell'autore del reato che beneficia dell'incremento patrimoniale, a ben vedere, non necessita di particolari giustificazioni: il tema è non solo e non tanto che il reato non può costituire un valido titolo di acquisto della proprietà, ma anche, e più semplicemente, che le conseguenze positive derivanti dal reato nella sfera giuridica dell'autore non possono che essere neutralizzate. Insomma, da un punto di vista sanzionatorio è del tutto irrazionale che un soggetto venga punito per un reato, senza neutralizzare i vantaggi economici provenienti dal reato.
Ecco che, in secondo luogo, rigore vorrebbe che non dovrebbe esserci risposta al reato senza la confisca recuperatoria, costituendo quest'ultima – per così dire – la risposta sanzionatoria statale

[4] S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione e* civil forfeiture, Milano 2022, 366 ss.; A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, cit., 193.
[5] A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, cit., 195, la quale precisa che «la confisca non può essere considerata alla stregua di rimedi civilistici, che rispondono sempre all'esigenza di definire conflitti tra soggetti privati e si inseriscono, quindi, nel quadro di un rapporto giuridico paritario tra le parti: lo strumento ablatorio, invece, dà sempre luogo a un'incidenza unilaterale dello Stato nel diritto di proprietà dei destinatari del provvedimento ed è quindi espressione di un potere pubblicistico». In argomento, con riferimento alla confisca preventiva, v. anche F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., 194; D. Bianchi, *"Psicanalisi" della c.d. confisca di prevenzione e prospettive di razionalizzazione ermeneutica*, in *Dir. pen. proc*. 2018, 1469 ss.; A.M. Dell'Osso, *Sulla confisca di prevenzione come istituto di diritto privato: spunti critici*, *ivi*, 2019, 1006.
[6] S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 366 ss.

minima e imprescindibile, anche in un'ottica di sussidiarietà e di *ultima ratio*: preliminarmente si eliminano gli arricchimenti che conseguono dal reato e poi si punisce.
Infine, tema centrale diviene l'accertamento del reato e della derivazione del bene dal reato, ponendosi la seguente questione ancor più centrale: posto che deve esserci un accertamento, se e quanto è possibile flessibilizzarlo sul piano probatorio?
Conclusivamente, si deve osservare come attraverso una comparazione con tutte le altre sanzioni afflittive che hanno carattere patrimoniale, la confisca sia simile alle sanzioni pecuniarie afflittive e forse, con maggior precisione, più alla sanzione punitiva amministrativa che alla pena pecuniaria. Certo, dal punto di vista dell'autorità, la confisca è nella sostanza analoga alla pena pecuniaria; ma dal punto di vista del contenuto afflittivo e delle regole di accertamento, la confisca è analoga alla sanzione punitiva amministrativa.
Ed infatti, sotto il primo profilo del contenuto afflittivo, mentre la pena pecuniaria può comportare un coinvolgimento della persona là dove il condannato non adempia, la sanzione amministrativa invece non può comportare il coinvolgimento della persona: differenza cruciale per distinguere il diritto penale da quello amministrativo. Ebbene, in caso di mancata esecuzione della confisca, quest'ultima non si può "convertire" in misure che incidono sulla persona (avremo però modo di tornare sul punto). D'altra parte, la confisca si differenzia anche dalla sanzione punitiva amministrativa, perché mentre quest'ultima ha un *quid pluris* punitivo disomogeneo rispetto al contenuto dell'illecito, la confisca invece ha nella sua essenza un contenuto che viene mutuato da quello dell'illecito.
Sotto il secondo profilo delle regole di accertamento, mentre la pena pecuniaria necessita di una condanna, la sanzione amministrativa necessita comunque di un accertamento della responsabilità. E come vedremo, anche per la confisca "recuperatoria" non è necessaria una condanna, essendo sufficiente un accertamento di responsabilità.

2.3. La confisca riconducibile a una funzione recuperatoria presenta alcuni caratteri costitutivi.
1) Anzitutto, il provento deve derivare dal fatto di reato ovvero deve sussistere un nesso di derivazione causale tra reato e provento. Non è necessario un nesso di pertinenzialità ovvero una immedesimazione materiale, vale a dire che le cose confiscate coincidano in termini di identità qualitativa, prima ancora che quantitativa, con quelle che costituiscono l'utilità prodottasi nel patrimonio dell'autore. Più semplicemente, si può ritenere necessaria e sufficiente la derivazione causale.
Da qui tre conseguenze di enorme rilevanza sul piano pratico-applicativo. A) La prima: occorre superare, allineandosi così alla prospettiva europea, la distinzione, ancora tutta italiana, tra prezzo, prodotto e profitto. Si tratta, infatti, di una distinzione che non solo comporta conseguenze di disciplina non del tutto razionali (si pensi alla obbligatorietà o discrezionalità applicativa prevista dal nostro ordinamento a seconda del tipo di provento), ma che ha generato anche problematiche interpretative caratterizzate da vera e propria superfetazione. Ma soprattutto si tratta di una distinzione che in una prospettiva recuperatoria non ha alcun senso: prezzo, prodotto e profitto sono infatti tutti proventi ovvero utilità derivanti dalla realizzazione di un reato, che differiscono in ragione della diversa tipologia di reato e della modalità – per così dire – causale con la quale si produce l'arricchimento, ma si tratta sempre e comunque di utilità/proventi che a seguito e in connessione al reato si vengono a produrre nella sfera giuridica dell'autore. Altra cosa, invece, sono le cose c.d. illecite, la cui stessa detenzione costituisce reato, nonché le cose strumentali al reato: si tratta di altre tipologie di confisca di cui non ci occupiamo in questa sede, rispetto alle quali è sufficiente osservare come le prime siano – per così dire – intrinsecamente illecite, mentre le seconde sono suscettibili di una valutazione di pericolosità soggettivo-relazionale[7].

[7] Cfr. per tutti A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, cit., 139 s.

B) La seconda conseguenza è che si deve superare anche l'idea che la confisca per equivalente ovvero di valore costituisca una sanzione afflittivo-punitiva[8]. Se, da un lato, è vero che la confisca per equivalente rompe il nesso di pertinenzialità sul piano qualitativo, per cui, invece di andare a confiscare le esatte cose che sono entrate nella sfera giuridica dell'autore, se ne vanno a confiscare altre, tuttavia, dall'altro lato, è anche vero che le cose confiscate hanno lo stesso valore del provento, con la conseguenza che questa rottura non incide sull'essenza recuperatoria della confisca. Insomma, potremmo dire che con la confisca per equivalente salta la corrispondenza in termini qualitativi, ma non quantitativi. Ma la circostanza che salti la pertinenzialità ovvero l'identità qualitativa non comporta afflittività: se infatti il *quantum* per equivalente confiscato resta identico al *quantum* del provento derivante dal reato, non è riscontrabile alcun *quid pluris* dal quale ricavare l'afflittività. Certo, l'autore finisce per subire una sorta di coercizione nel momento in cui non è messo nella condizione di scegliere i beni di cui sarà privato, ma si tratta di un meccanismo di chiusura, simile nella sostanza all'esecuzione forzata per il debito civile, derivante dalla impossibilità di apprendere i beni direttamente derivanti dal reato: tant'è vero che si tende a concepire la confisca per equivalente proprio in termini di sussidiarietà rispetto a quella diretta.
Senza considerare la colossale contraddizione che si viene a generare sul piano sistematico allorquando si ritiene che una determinata confisca diretta non sia punitiva (la giurisprudenza costituzionale, com'è noto e come vedremo, qualifica addirittura come ripristinatoria la confisca di prevenzione), mentre poi la corrispondente confisca per equivalente si qualifica come punitiva, rispetto alla quale dovrebbe così risultare necessaria una sentenza di condanna. Dovendoci oltretutto domandare se abbia senso parlare di confisca per equivalente allorquando si tratta di confische estese caratterizzate dalla mancanza di una derivazione causale del bene dal reato, visto che non si possono nemmeno considerare confische dirette da contrapporre a quella per equivalente. Insomma, francamente, il caos sembra regnare sovrano.
Ecco che, a nostro avviso, la circostanza che vengano aggrediti beni diversi da quelli conseguenti dal reato non incide sulla natura della confisca. Con una duplice conseguenza: da un lato, la confisca per equivalente altro non è che una modalità di apprensione dei beni[9]; dall'altro lato, e conseguentemente, la natura della confisca per equivalente che viene in gioco dipende dalla natura della confisca diretta che viene poi realizzata con la modalità per equivalente: se la confisca diretta ha natura "recuperatoria", la confisca per equivalente sarà recuperatoria; se invece la confisca diretta ha carattere punitivo, la confisca per equivalente sarà punitiva.
Vero tutto questo, si deve anche osservare come la recente riforma Cartabia abbia inserito un nuovo comma 1-*bis* all'art. 86 disp. att. c.p.p., 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». Ebbene, poiché il mancato pagamento colpevole della pena pecuniaria comporta la sua conversione nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo ovvero, se il condannato si oppone, nella detenzione domiciliare sostitutiva, come è stato affermato «una simile disciplina rappresenta una chiara presa di posizione del legislatore a favore della natura punitiva di tale forma di confisca»[10].

---

[8] Idea consolidata sia nella giurisprudenza costituzionale che in quella di legittimità: sotto il primo profilo, cfr. C. cost. 97/2009; C. cost., ord. 301/2009; C. cost. 68/2017; C. cost. 223/2018; C. cost. 112/2019; nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. S.U. 30.1.2014 n. 10561, Gubert; Cass. S.U. 21.7.2015 n. 31617, Lucci. In senso critico, v. per tutti F. Mucciarelli, *Art. 240*, in *Codice delle confische*, a cura di T. Epidendio e G. Varraso, Milano 2023, in corso di pubblicazione, 33 ss. (del dattiloscritto).
[9] In questo senso già A.M. Maugeri, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*. 2007, 489 ss.; nonché E. Nicosia, *La confisca, le confische*, cit., 151 ss.; e da ultimo A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, cit., 202.
[10] A.M. Maugeri, *La nozione di profitto confiscabile*, cit., 18.

A nostro avviso, si tratta di un'enorme alterazione del sistema senz'altro irragionevole, epilogo della scelta errata a monte di qualificare la confisca per equivalente come confisca punitiva; un autentico di troppo che potrebbe portare a sollevare una questione di legittimità costituzionale rispetto alla nuova norma introdotta, questione che sarebbe destinata a porre al centro proprio il tema della natura della confisca per equivalente.
C) Terza e ultima conseguenza è che, a maggior ragione, deve essere superata l'idea che la confisca di denaro è sempre una confisca diretta[11], addirittura anche nell'ipotesi in cui sia fornita la prova della lecita provenienza di quella specifica giacenza[12]. Si tratta di una conclusione alla quale è giunta la giurisprudenza, ma che, ancora una volta, costituisce più una superfetazione strumentale che una conseguenza caratterizzata da coerenza funzionale[13]. In particolare, l'identificazione della confisca di denaro con la confisca diretta sembra derivare dal fatto che la confisca per equivalente sia qualificata come punitiva, con la conseguenza che, al fine di evitare che la confisca di denaro sia sempre qualificata per equivalente in virtù dell'impossibilità di recuperare le esatte banconote trasferite nel patrimonio (banconote oltretutto inesistenti negli scambi diretti su conti correnti), si è finito per concludere che la confisca di denaro sia sempre una confisca diretta e quindi non per equivalente. Tuttavia, a rigore, si dovrebbe giungere alla conclusione contraria, per cui la confisca di denaro in realtà è sempre una confisca per equivalente, che però, come abbiamo visto, non si dovrebbe qualificare come confisca punitiva.
2) In secondo luogo, la quantificazione del provento deve essere compiuta in termini di perfetta corrispondenza tra *quantum* incamerato nel patrimonio dell'autore e *quantum* confiscato: insomma, il provento si calcola al netto delle spese. Inoltre, è del tutto ragionevole attribuire rilevanza ai proventi c.d. mediati, frutto cioè dell'impiego/investimento di quelli immediati. Ciò detto, sono tuttavia ancora molte le ipotesi in cui la giurisprudenza trasforma confische che dovrebbero avere natura recuperatoria in confische a carattere punitivo[14]: si pensi nella corruzione alla confisca della tangente (prezzo) che tuttavia non è mai entrata nel patrimonio del pubblico ufficiale oppure a quella ai danni del corruttore, sia che questi abbia effettivamente pagato o soltanto promesso detta tangente.
3) In terzo luogo, la confisca recuperatoria, se, da un lato, non necessita di una sentenza di condanna, dall'altro lato, richiede un accertamento del reato e della responsabilità dell'autore: se, infatti, tale accertamento mancasse, non si potrebbe stabilire il nesso di derivazione tra il reato e il provento. Insomma, la derivazione causale da un qualcosa si può ricavare soltanto da un qualcosa che è stato accertato, con la conseguenza che se l'accertamento manca, manca la base per poi accertare l'ulteriore derivazione causale. Con la conseguenza che la regola sancita nell'art. 578-*bis* c.p.p., secondo cui «il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato», dovrebbe essere riferita soprattutto proprio alla confisca recuperatoria.
4) Ed ancora, da monitorare con estremo rigore qualsiasi duplicazione sanzionatoria che incide sulla sfera patrimoniale dell'autore. Ed infatti, là dove si operi secondo le caratteristiche che abbiamo appena enunciato, è indubbio che si sia in presenza di una confisca per l'appunto recuperatoria, ma là dove alla confisca si aggiungano altre conseguenze sanzionatorie a carattere patrimoniale, occorre compiere verifiche sulle varie tipologie sanzionatorie. Così, ad esempio, se si confisca il provento del furto e al contempo si richiede la riparazione del danno, la dinamica sanzionatoria che si viene a creare nel complesso è tale per cui, in virtù dell'aggiunta alla riparazione della confisca, quest'ultima finisce per esprimere un *quid pluris* a carattere afflittivo. Detto in altri termini, quando l'effetto ablativo del provento è raggiunto mediante condotte riparatorie, si deve ritenere che un'ablazione

[11] Cass. S.U. 30.1.2014 n. 10561, Gubert; Cass. S.U. 21.7.2015 n. 31617, Lucci.
[12] Cass. S.U 27.5.2021 n. 42415, Coppola.
[13] In argomento, cfr. ancora F. Mucciarelli, *Art. 240*, cit., 48 ss. (del dattiloscritto).
[14] Istruttiva e inquietante la rassegna di A.M. Maugeri, *La nozione di profitto confiscabile*, cit., 9.

ulteriore assuma i connotati di un *quid pluris* afflittivo. Ed ancora, si pensi all'ipotesi in cui alla confisca, in assenza di riparazione del danno, si aggiunge una pena pecuniaria: quest'ultima ha senz'altro carattere afflittivo, mentre la confisca mantiene la sua funzione recuperatoria.
Anche da quanto abbiamo appena detto, si deve ricavare un'importante conseguenza sul piano pratico applicativo. Nel momento in cui la confisca è concepita in termini recuperatori e v'è un danno da risarcire, l'ordinamento deve dare la precedenza alla riparazione del danno, perché se lo Stato acquisisse un bene lasciando in essere il danno alla persona offesa/danneggiata, finirebbe per commettere un vero e proprio abuso, una prevaricazione. Stesso principio, forse addirittura a maggior ragione, dovrebbe valere in presenza di un fallimento[15].
5) Infine, si deve ritenere che, in una prospettiva recuperatoria, si possano colpire soggetti terzi nel cui patrimonio è presente il provento, anche se estranei alla realizzazione del reato: se da un lato è indispensabile che si accerti la responsabilità di chi ha commesso il reato al fine di individuare il nesso di derivazione e qualificare un provento come confiscabile, dall'altro lato, si può prescindere dalla responsabilità penale dell'arricchito "finale" (salve le norme a tutela dei terzi acquirenti in buona fede). In termini corrispondenti, occorre stare attenti a che, nelle ipotesi di concorso di persone, la confisca recuperatoria non sia trasformata in una confisca afflittivo-punitiva[16].
Ebbene, quali le conseguenze sul piano dello statuto delle garanzie rispetto alla confisca recuperatoria? Non deve stupire se il paradigma recuperatorio della confisca viene attratto nelle garanzie civilistiche, per la semplice ragione che proprio il carattere recuperatorio rende la confisca molto simile alla riparazione del danno.
D'altra parte, non si può dimenticare che, a differenza delle conseguenze riparatorie, quelle recuperatorie hanno come attore e beneficiario lo Stato. Con la conseguenza che, parimenti, non deve meravigliare se viene richiesto il requisito dell'accertamento della responsabilità, dal quale dipende poi quello della derivazione causale, requisito per certi aspetti riconducibile alla logica punitiva. Ecco che la confisca anche se recuperatoria deve essere monitorata, perché è applicata direttamente dallo Stato e il suo impiego può trasformare problematiche autoritative in problematiche autoritarie.

4. Tracciata l'essenza della confisca in termini "recuperatori", la grande questione che si pone è se la confisca, che di per sé è recuperatoria, possa trasformarsi in una confisca afflittivo-punitiva. La risposta non può che essere assolutamente positiva, e quando ciò si verifica si passa dall'idea che "il reato non paga" a quella che "il reato costa".
Punto nodale diviene l'individuazione delle conseguenze che si producono sul piano strutturale allorquando la confisca si trasforma da recuperatoria ad afflittivo-punitiva, anche perché mutando il paradigma, muta anche lo statuto delle garanzie.
1) Ebbene, anzitutto, resta, potremmo dire a maggior ragione, la derivazione causale dal reato, nel senso che il provento deve derivare dal reato che è stato commesso.
Si tratta di un punto estremamente delicato, al quale si deve dedicare la massima attenzione, sotto un duplice profilo. Da un lato, se saltasse la derivazione causale, si andrebbe senz'altro oltre e fuori lo stesso concetto di confisca, potendosi parlare di sanzione pecuniaria punitiva *tout court*. Avremo modo di tornare su questo aspetto quando affronteremo il tema delle confische estese e in particolare della confisca allargata con condanna, dove, a ben vedere, a saltare è addirittura lo stesso accertamento di un'attività illecita, venendo così meno la stessa natura sanzionatoria come risposta a un illecito. Al momento interessa osservare come il *quid pluris* della confisca punitiva debba innestarsi sul *quantum* di provento derivante dal reato ovvero al *quantum* di derivazione dal reato si aggiunge un *quantum* autonomo e indipendente.

[15] In argomento cfr. Cass. S.U 17.3.2015, n. 11170, Uniland; Cass. S.U 13.11.2019, n. 45936, Fallimento Mantova Petroli.
[16] In argomento cfr. ancora l'inquietante rassegna di A.M. Maugeri, *La nozione di profitto confiscabile*, 7 ss.

Dall'altro lato, nel momento in cui si va ad apprendere un qualcosa che supera il provento causalmente derivato dal reato, va da sé che, per il *quantum* che si aggiunge, non ha più senso parlare di derivazione causale proprio perché sussiste un *quid pluris* punitivo. Tale *quantum* tuttavia si aggancia pur sempre ai guadagni eziologicamente legati all'illecito; si può dire che il totale confiscato comprende sia la porzione di effettiva derivazione criminosa (la confisca recuperatoria) sia il *surplus* in chiave punitiva, che finisce per connotare l'intera misura ablativa.

2) In secondo luogo, è in riferimento al *quantum* di provento da confiscare che si determina la differenza fondamentale tra natura recuperatoria e natura afflittivo-punitiva, perché al *quantum* del provento derivante dal reato si aggiunge un *quantum* di provento che non è più derivante dal reato e in questo *quid pluris* sta l'afflittività che determina la natura punitiva. In particolare, il *quid pluris* si può avere sia nell'ipotesi in cui il *quantum* che viene confiscato supera il *quantum* del provento derivante dal reato, sia nell'ipotesi in cui il provento viene neutralizzato mediante il risarcimento del danno e, ciò nonostante, si confiscano altri beni.

Altra questione ancora è come qualificare la confisca del risparmio di spesa, se in termini recuperatori oppure in termini punitivi[17]. Ed infatti, se si fa leva sulla circostanza che il *quantum* di risparmio di spesa avrebbe dovuto essere corrisposto allo Stato, non si può che ricondurre la confisca alla logica recuperatoria. Ma se si fa leva sull'ammontare del patrimonio esistente prima e dopo la realizzazione del reato, essendo tale patrimonio rimasto invariato, si tenderà a concepire la decurtazione del patrimonio in termini punitivi.

Tuttavia, a ben vedere, occorre compiere una fondamentale distinzione. Da un lato, vi sono risparmi di spesa che sono il frutto della realizzazione di un reato caratterizzato da un mancato esborso, come nel caso dei reati tributari. Qui risulta preferibile qualificare la confisca come recuperatoria, anche perché, alla fine, ancora una volta, il diverso modo di "manifestarsi" della confisca è dovuto soltanto al particolare modo di manifestarsi del reato, per cui se in prospettiva recuperatoria l'*adprehensio* di un illecito incremento patrimoniale (beneficio aggiunto di natura economica) mira a ricondurre il responsabile del reato nella situazione antecedente alla sua commissione, *mutatis mutandis*, a fronte di un mancato esborso, l'intervento ablatorio dovrebbe servire a condurre il reo nella situazione fattuale in cui si sarebbe venuto a trovare in assenza dell'illecito, privandolo di utilità equivalenti ai risparmi conseguiti durante il periodo di colpevole inerzia. Dall'altro lato, vi sono risparmi di spesa che sono sì il frutto di un mancato esborso, che tuttavia non costituiscono di per sé reato e non sono collegabili ad un reato nemmeno in termini di prezzo: così, ad esempio, il risparmio di spesa che, con riferimento ai delitti colposi, viene giustamente considerato un vantaggio per l'ente *ex* art. 5 d.lgs. 231/2001, non può essere considerato un'utilità confiscabile, perché tale utilità non consegue dal reato, ma si colloca cronologicamente addirittura prima della realizzazione del reato.

3) Sul fronte dell'accertamento, la natura afflittivo-punitiva esige un accertamento pieno del reato e della responsabilità ovvero un accertamento identico a quello che si richiede allorquando vengono in gioco le pene: insomma, la confisca punitiva non può che conseguire da una "vera e propria" sentenza di condanna.

4) Per quanto riguarda il cumulo sanzionatorio, è ben possibile che si vengano a creare sovrapposizioni, ma il *quantum* complessivo deve avvenire all'interno di un limite di proporzione. Così, ad esempio, nulla toglie che alla pena pecuniaria si possa poi sommare anche una confisca punitiva, ma il risultato complessivo deve essere tale da non risultare eccessivamente sproporzionato[18]. La somma della pena pecuniaria con il *quid pluris* di confisca punitiva non deve quindi risultare esorbitante, mentre si deve ritenere del tutto legittima là dove per l'appunto

[17] Sul tema cfr. M. Romano, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen*. 2015, 1675 ss.; C. Piergallini, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*, *ivi*, 2014, 1009 s.; V. Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, *ivi*, 2015, 745 ss.

[18] Cfr. C. cost. 112/2019.

proporzionata: con la conseguenza che dichiarare illegittima un'intera confisca punitiva per il solo fatto che si sovrappone alla pena pecuniaria sarebbe a sua volta irragionevole, posto che si farebbe venire meno anche la confisca nella sua dimensione recuperatoria.
5) Infine, va da sé che non si possono colpire i terzi, poiché altrimenti si concretizzerebbe una ipotesi di responsabilità per fatto altrui.
Se quanto detto fino a qui ha una sua plausibilità, si deve osservare come la confisca recuperatoria e quella punitiva si differenzino per la presenza di un *quid pluris* nella seconda, mancante invece nella prima. Con la conseguenza che se, da un lato, entrambe si basano su un nesso di derivazione tra reato e provento, nonché su un accertamento del fatto di reato ovvero della responsabilità, dall'altro lato differiscono per la circostanza che la confisca punitiva necessita anche di una sentenza di condanna.

5. Ed eccoci al tema dei temi: la natura giuridica delle confische c.d. estese. Come accennato all'inizio, si possono distinguere tre tipologie di confische estese.
Anzitutto, v'è la confisca c.d. allargata, che nell'ordinamento italiano è disciplinata dall'art. 240-*bis* c.p., i cui tratti salienti possono essere così sintetizzati: occorre una sentenza di condanna per determinati reati; inoltre è necessario che il condannato abbia la disponibilità di beni il cui valore risulta sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o comunque all'attività economica svolta.
In secondo luogo, v'è la confisca senza condanna o di prevenzione, che nell'ordinamento italiano è disciplinata dall'art. 24 Codice antimafia, senza dubbio assimilabile alla confisca allargata, ma che, a ben vedere, presenta ancora tratti differenzianti significativi, a cominciare dalla circostanza che si compie – per così dire – un accertamento di un qualcosa di "genericamente" illecito/criminoso al quale è legato il bene confiscato, accertamento che invece risulta completamente assente nella confisca allargata.
Infine, v'è l'*actio in rem*, assente nell'ordinamento italiano, che, al pari della confisca di prevenzione, prescinde da una condanna ovvero si muove su binari processuali distinti rispetto a quello penale, ma che, a differenza sia della confisca allargata sia di quella di prevenzione, si basa su un vero e proprio accertamento di un reato, come anche sulla prova di derivazione del bene dal reato, con la particolarità che tali accertamenti si basano su *standard* probatori civilistici. Si potrebbe parlare di una sorta di illecito aquiliano del provento, con la caratteristica, a dire il vero funzionalmente inevitabile, che l'illecito, essendo riconducibile a un reato, risulta fortemente tipizzato.
Ebbene, in premessa si deve affrontare il problema se queste confische si possano trattare assieme oppure si debbano considerare partitamente. Posto infatti che tratto comune è la mancanza di un accertamento pieno del fatto di reato, della sua responsabilità e della derivazione illecita del bene, ci si deve domandare se tuttavia non prevalgano differenze strutturali che impongono di affrontarle separatamente. Ed infatti, a volte si distingue tra confisca allargata, da un lato, e confisca senza condanna e *actio in rem*, dall'altro lato, adottando come criterio non solo – e non tanto – la presenza o meno di una condanna, quanto piuttosto la circostanza se trovino applicazione in un processo penale oppure all'interno di un procedimento distinto e autonomo rispetto a quello penale. In questa stessa prospettiva, altre volte, in termini – per così dire – di variante, si valorizza la circostanza che mentre nella confisca allargata non si dà la prova dell'attività illecita, nella confisca senza condanna e nell'*actio in rem* si dà invece una "una qualche prova", ancorché semplificata.
Più spesso si distingue tra confisca allargata e senza condanna, da un lato, e *actio in rem*, dall'altro: mentre l'*actio in rem* si basa sull'accertamento di un reato, ancorché mediante standard probatori semplificati, nelle prime, invece, si farebbe riferimento a una generica attività illecita realizzata dal soggetto.
A me pare che, proprio sulla base dell'accertamento o meno di fatti di reato, risulta più opportuno continuare a distinguere e differenziare tutte e tre queste ipotesi. In particolare, piuttosto agevole connotare l'*actio in rem*, che, come abbiamo visto, si basa su un accertamento di un fatto di reato e

della derivazione del bene da tale reato, ancorché attraverso regole probatorie più flessibili, nella sostanza civilistiche.
Più complesso, invece il discorso per la confisca allargata e per quella senza condanna. Da un lato, risulta ormai diffusa l'idea che confisca allargata e confisca di prevenzione senza condanna siano nella sostanza assimilabili[19]. Dall'altro lato, però, nonostante che la mancanza di un accertamento di un reato le avvicini, queste si basano su presupposti applicativi molto diversi, perché, mentre nella confisca allargata manca del tutto un accertamento delle attività illecite alle quali sarebbe connesso il bene confiscato, nella confisca senza condanna, invece, un qualche accertamento – per così dire – è presente.
Più in dettaglio, ad accomunarle vi sarebbero i seguenti caratteri. Anzitutto, obiettivo di entrambe è l'eliminazione dal circuito economico dei beni di origine criminale. Inoltre, entrambe presentano il carattere della definitività. Ed ancora, in entrambe le ipotesi presupposto identico è la sproporzione tra il reddito dichiarato o l'attività economica lecita e il patrimonio effettivo, nonché l'inversione dell'onere della prova per vincere la presunzione, dovendosi osservare come i due "paletti" di maggior garanzia stabiliti per la confisca di prevenzione siano stati progressivamente estesi anche alla confisca allargata: il carattere sproporzionato del bene deve essere valutato in relazione ad ogni singolo bene al momento dell'acquisto[20]; deve sussistere una correlazione/ragionevolezza temporale tra l'acquisto del bene e la pericolosità o la commissione del reato oggetto di condanna[21] (paletto che, in verità, come vedremo, presenta differenze).
A dire il vero, permarrebbero ancora alcune significative differenze. Anzitutto, mentre la confisca allargata presuppone una sentenza condanna, quella di prevenzione prescinde da tale provvedimento, con conseguenze quindi anche sul piano processuale. Inoltre, mentre la confisca allargata conosce la sola ipotesi per sproporzione, quella senza condanna può essere disposta anche nei confronti di beni che risultino essere frutto di attività *illecite* o ne costituiscano il reimpiego. Infine, soltanto la confisca di prevenzione è soggetta a revocazione.
D'altra parte, si deve riconoscere che siffatte differenze non sono poi così rilevanti. In particolare, per quanto riguarda la prima, dalla prospettiva della confisca allargata, si osserva come la condanna o, meglio, il reato per il quale si è condannati non costituisca altro che mera occasione per applicare la confisca, non essendoci alcun nesso tra tale reato e i beni confiscati. Dalla prospettiva della confisca senza condanna, si mette in evidenzia come presupposto per applicare tale confisca è l'appartenenza del proposto a una delle categorie soggettive indicate dagli artt. 1, 4 e 16 del codice antimafia, che tuttavia si deduce da condanne o comunque accertamenti pregressi, vale a dire da «un pregresso accertamento in sede penale, che può discendere da una sentenza di condanna oppure da una sentenza di proscioglimento per prescrizione, amnistia o indulto che contenga in motivazione un accertamento della sussistenza del fatto e della sua commissione da parte di quel soggetto»[22]. Insomma, anche ai

[19] In questo senso, cfr. C. cost. 24/2019. Nella scienza giuridica, 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 (Corte cost. n. 24/2019)*, in *Sistema penale*, 29.11.2019, 50 ss.; A.M. Maugeri, *Un ulteriore sforzo della Suprema corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata*, *ivi*, 22.4.2020, 207 ss.; M. Di Lello Finuoli, *La confisca* ante delictum *e il principio di proporzione*, Torino, 2021, 297 ss.; S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 119 ss.; A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, cit., 235 ss.
[20] Con riferimento alla confisca di prevenzione, cfr. Cass. 6.10.1999 n. 803. Con riferimento alla confisca allargata, cfr. Cass. S.U. 19.1.2004 n. 920, Montella: «i termini di raffronto dello squilibrio oggetto di rigoroso accertamento nella stima dei valori economici in gioco, non vanno fissati nel reddito o nelle attività al momento della misura rispetto a tutti i beni presenti, ma nel reddito e nelle attività nei momenti dei singoli acquisti, rispetto al valore dei beni volta volta acquisiti»; C. cost. 33/2019.
[21] Con riferimento alla confisca di prevenzione, cfr. Cass. S.U. 26.6.2014 n. 4880, Spinelli. Con riferimento alla confisca allargata, cfr. C. cost. 33/2018.
[22] C. cost. 24/2019.

fini della confisca di prevenzione, punto di partenza, se così si può dire, è un provvedimento analogo a quello della confisca allargata.
Per quanto riguarda la seconda differenza, e cioè la previsione di una seconda ipotesi di sproporzione, non v'è alcun dubbio che avrebbe enorme rilevanza, perché, con riferimento alla confisca di prevenzione senza condanna, finirebbe per essere prevista un'ipotesi che richiede la prova dell'origine illecita del bene. Tuttavia, si osserva come la giurisprudenza si assesti nel senso di non esigere la prova di tale derivazione[23].
Vero tutto questo, si deve tuttavia osservare come confisca allargata e confisca senza condanna continuino a presentare differenze su un aspetto fondamentale, sul quale avremo modo di soffermarci a lungo in seguito, e cioè in ordine all'accertamento del reato o comunque dell'attività illecita criminosa alla quale dovrebbe essere connesso il bene confiscato: ed infatti, mentre nella confisca allargata, alla fin fine, non esiste alcun accertamento e quindi nessun rapporto tra attività illecite e beni confiscati, per cui le attività illecite da cui dovrebbe derivare l'evento risultano – per così dire – nella sostanza totalmente sconosciute, nella confisca senza condanna invece alcune attività vengono accertate, anche se, a ben vedere, non è ancora del tutto chiaro in cosa tale accertamento debba consistere. E una conferma di questa diversità sembra provenire proprio dalla disciplina della revocazione[24], la quale conferma come la confisca di prevenzione si basi comunque su un qualche accertamento, oltretutto suscettibile di essere smentito.
Insomma, come vedremo, se, da un lato, la confisca di prevenzione è assimilabile a quella allargata, tendendo verso l'illegittimità, dall'altro lato, su un piano di equilibrio realistico, è possibile distinguere la confisca di prevenzione da quella allargata potenziando al massimo l'accertamento che la caratterizza.

5.1. Più in dettaglio, riguardo all'*actio in rem*, proprio in virtù della presenza di un accertamento di un fatto di reato, si può riconoscere che essa abbia, quanto meno sulla carta, natura recuperatoria, risultando tuttavia indispensabile verificare come si operi in concreto[25].
Ed infatti, è indubbio che l'*actio in rem* si basi su un accertamento di un reato e della derivazione del bene dal reato, consentendo così un accertamento più rigoroso della provenienza illecita dei beni confiscati, con importanti conseguenze anche sul piano della proporzione, visto che il *quantum* confiscato, dovendo provenire per l'appunto dal reato, risulta comunque sufficientemente determinato: insomma, l'*actio in rem* non può di per sé estendersi all'intero patrimonio, a meno che non sia provato che l'intero patrimonio è frutto di reati.
Tuttavia, è altrettanto indubbio che la flessibilizzazione dello *standard* probatorio può portare a semplificazioni eccessive che rischiano di porre nel nulla un autentico accertamento del reato e della provenienza illecita.
Ecco che, come vedremo meglio in seguito, punto davvero nodale è non solo e non tanto la regola del convincimento del giudice (meglio richiedere che il giudice sia "*fully convinced*" che "*satisfied*"), quanto piuttosto il ruolo giocato dalla sproporzione tra il patrimonio che si ritiene lecito e quello illecito[26], per cui, se si ritiene che ai fini dell'accertamento del reato sia sufficiente la sproporzione rispetto al reddito lecito, si finisce per prescindere da un vero e proprio accertamento, con la conseguenza che non si può nemmeno parlare di una natura punitiva, ma piuttosto di una conseguenza negativa che si colloca nella sostanza al di fuori di una logica autenticamente sanzionatoria basata

[23] Cfr. S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 113, con richiami alla giurisprudenza.
[24] Cfr. tuttavia sapientemente A. Mangione, *La "situazione spirituale" della confisca di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*. 2017, 615 ss.;
[25] In argomento, v. per tutti S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 259 ss.; A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, cit., 282 ss.
[26] Cfr. ampiamente S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 297 s., per quanto riguarda la disciplina statunitense e A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, cit., 289 s., per quanto riguarda la disciplina tedesca.

sulla correlazione illecito-sanzione. Se invece la sproporzione viene considerata una sorta di mero indice della provenienza illecita, che deve essere corroborato da altri (ampia disponibilità di denaro contante e modalità di conservazione; esiti di indagini relative al fatto di reato che ha dato origine al procedimento, etc.), si viene a configurare una vera e propria *actio in rem*, che nella sostanza prescinde dalla responsabilità penale di un soggetto, ma non da un accertamento, ancorché semplificato, del fatto di reato[27].
Da ultimo, non si può fare a meno di osservare come, a nostro avviso, la presenza di un'*actio in rem* all'interno di un ordinamento sia destinata a porre delicati problemi rispetto al principio del *ne bis in idem*, allorquando la risposta penale si basi su sanzioni a contenuto patrimoniale. Non tanto nell'ipotesi in cui sia iniziato prima il procedimento penale e poi si giunga all'*actio in rem*, visto che qui il rapporto potrebbe essere pensato addirittura in termini surrogatori, ma soprattutto nell'ipotesi in cui sia compiuta l'*actio in rem* e successivamente venga attivato il penale, perché se è vero che l'*actio* ha natura recuperatoria, tuttavia è anche vero che si procede per lo stesso fatto, in virtù della circostanza che l'illecito che attiva l'*actio* è in realtà un illecito tipizzato come reato.

5.2. Venendo alla confisca allargata, da sempre essa risulta sganciata da qualsiasi accertamento in merito alla pericolosità sia personale del condannato che reale del bene confiscato, con la conseguenza che non si può considerare avente natura preventiva. Tant'è vero che la giurisprudenza, da sempre, parla di una misura di sicurezza atipica.
Piuttosto di recente si è valorizzata soprattutto la sua natura recuperatoria. Ed infatti, riferendosi sia alla confisca di prevenzione che a quella allargata, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che «in presenza 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. In assenza di connotati afflittivi ulteriori, la finalità dell'ablazione patrimoniale ha, in tale ipotesi, carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene»[28].
Tuttavia, a noi pare che la confisca allargata non possa essere ricondotta a quello che abbiamo definito il paradigma recuperatorio, all'interno del quale, al di là delle espressioni linguistiche impiegate e di alcune differenze concettuali, si può ricomprendere anche quello riparativo.
La ragione è molto semplice: prima ancora che mancare l'accertamento dell'origine illecita del bene, manca del tutto qualsiasi conoscenza del fatto o comunque dell'attività illecita da cui il bene dovrebbe aver avuto origine[29]: insomma, manca anche il minimo accertamento di un'attività illecita e

[27] In questa prospettiva, cfr. S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 391 ss. Al modello *actio in rem* sembra ispirarsi anche la Direttiva 2014/42/UE, dove all'art. 5 si prevede che la sproporzione tra il valore dei beni e i redditi legittimi del condannato costituisca uno dei "fatti specifici" e degli "elementi di prova" dai quali il giudice può trarre la convinzione che i beni da confiscare "derivino da condotte criminose". Sul punto v. anche A.M. Maugeri, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca di strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "*work in progress*"*, in *Dir. pen. cont.*, 19.9.2014.
[28] C. cost. 24/2019.
[29] Per un'ampia ricostruzione sul punto, v. ampiamente A.M. Maugeri, *Confisca "allargata"*, in *Misure di prevenzione nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano2016, 63 ss.

conseguentemente qualsiasi nesso intercorrente tra tale attività e i beni confiscati, ancorché accertati con uno *standard* probatorio semplificato.
Sul punto si deve provare a fare la massima chiarezza, sciogliendo quello che a noi pare un autentico equivoco di fondo concernente "l'origine illecita del bene da confiscare".
Una volta venuta meno la pericolosità e riconosciuto che la meccanica "preventiva" in realtà guarda al passato, a noi pare che, a rigore, *l'accertamento dell'origine illecita del bene da confiscare* si dovrebbe comporre di due momenti. Da un lato, v'è l'accertamento dell'attività illecita, dalla quale – per così dire – ha inizio tutto: ancorché in forma semplificata, non si può non accertare una attività illecita alla quale riconnettere i proventi che si andranno a confiscare. Dall'altro lato, occorre accertare la derivazione del bene dal reato/attività illecite accertate, ancorché in forma semplificata, ovvero deve sussistere una connessione tra attività illecite e bene confiscato: si può richiedere la prova della derivazione causale oppure un'origine illecita anche con prove semplificate o addirittura presunzioni relative: fatto sta che una connessione tra l'attività illecita e il bene deve essere accertata.
Si tratta di due momenti che devono essere tenuti logicamente e cronologicamente distinti, nel senso che soltanto se c'è un accertamento di un qualcosa di illecito/criminoso, si può poi accertare la connessione del bene a tale reato. Anche perché, ed ecco il punto, la stessa presunzione di *provenienza illecita del bene* ha senso proprio se questi due momenti si tengono disgiunti per cui, se a un accertamento di una qualcosa di illecito si sommano poi anche beni sproporzionarti, è plausibile presumere che i beni sproporzionati siano di provenienza illecita.
E si badi. Non si tratta solo e semplicemente di ritenere che «l'ablazione patrimoniale si giustifica se, e nei soli limiti in cui, le condotte criminose compiute in passato dal soggetto risultino essere state effettivamente fonte di profitti illeciti, in quantità ragionevolmente congruente rispetto al valore dei beni che s'intendono confiscare»[30]: tale precisazione opera – per così dire – a valle, e cioè in termini di proporzionalità quantitativa e in ordine al rapporto tra il bene e l'attività illecita presupposto.
Piuttosto, si tratta di richiedere un accertamento dell'attività illecita ancorché attraverso *standard* probatori attenuati: in questa prospettiva si opera a monte in termini di proporzionalità qualitativa, sembrando essere proprio questa la strada tracciata sia dall'art. 5 della Direttiva 2014/42/UE, secondo cui la sproporzione tra il valore dei beni e i redditi legittimi del condannato costituisce uno dei "fatti specifici" e degli "elementi di prova" dai quali il giudice può trarre la convinzione che i beni da confiscare "derivino da condotte criminose", sia dalla giurisprudenza della Corte EDU[31].
In particolare, riguardo alla confisca allargata, la completa assenza di un accertamento di attività illecite alle quali riconnettere poi la provenienza illecita dei beni da confiscare si ricava non soltanto dal testo legislativo, ma anche dal diritto vivente.
Sotto il primo profilo, l'art. 240-*bis* c.p. dispone che «nei casi di condanna […] è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito»: insomma è sufficiente la qualità di condannato e la sproporzione.

---

[30] C. cost. 24/2019. Valorizza tale requisito S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 407 ss.
[31] Cfr. per tutte C. eur., 8.10.2019, *Balsamo c. San Marino*, § 92; C. eur., 12.5.2015, *Gogitidze e altri c. Georgia*, § 105: «*the Court observed that "common European and even universal legal standards can be said to exist which encourage, firstly, the confiscation of property linked to serious criminal offences such as corruption, money laundering, drug offences and so on, without the prior existence of a criminal conviction. Secondly, the onus of proving the lawful origin of the property presumed to have been wrongfully acquired may legitimately be shifted onto the respondents in such non-criminal proceedings for confiscation, including civil proceedings in rem. Thirdly, confiscation measures may be applied not only to the direct proceeds of crime but also to property, including any incomes and other indirect benefits, obtained by converting or transforming the direct proceeds of crime or intermingling them with other, possibly lawful, assets. Finally, confiscation measures may be applied not only to persons directly suspected of criminal offences but also to any third parties which hold ownership rights without the requisite bona fide with a view to disguising their wrongful role in amassing the wealth in question*».

Sotto il secondo profilo, dopo aver ribadito che l'art. 240-*bis* c.p. «riconnette, dunque, a due elementi – la qualità di condannato per determinati reati e la sproporzione del patrimonio di cui il condannato dispone, anche indirettamente, rispetto al suo reddito o alla sua attività economica – la presunzione che il patrimonio stesso derivi da attività criminose che non è stato possibile accertare», la Corte costituzionale ha precisato che «la sproporzione tra il valore dei beni e i redditi legittimi del condannato […] *vale* […] *da sola a fondare la misura ablativa in esame*, allorché il condannato non giustifichi la provenienza dei beni, [ed ecco il punto] *senza che occorra alcuna ulteriore dimostrazione della loro origine delittuosa* [corsivi nostri]»[32].
Ancora più a fondo si deve osservare poi come, nonostante l'assenza di un accertamento di attività illecite, si sia provveduto ad elaborare il correttivo della "ragionevolezza temporale": «il momento di acquisizione del bene non dovrebbe risultare, cioè, talmente lontano dall'epoca di realizzazione del "reato spia" da rendere *ictu oculi* irragionevole la presunzione di derivazione del bene stesso da una attività illecita, sia pure diversa e complementare rispetto a quella per cui è intervenuta condanna»[33].
Tuttavia, si tratta di un correttivo che, per stessa ammissione della Corte costituzionale, è orientato più ad agevolare la prova contraria da parte del condannato che ad accertare un minimo di attività illecita alla quale connettere il bene. Ed infatti, la vicinanza temporale dell'acquisto al reato-spia in verità nulla dice sul piano del collegamento del bene confiscato al reato per il quale si è stati condannati, tant'è vero che la tendenza è a confiscare anche beni acquisiti assai prima della commissione del reato spia[34]. Inoltre, dal solo reato-spia non si può ricavare l'indizio di ulteriori attività criminali alle quali connettere il provento.
Con la conseguenza finale che nella confisca allargata manca totalmente un accertamento di qualsiasi attività illecita alla quale connettere il bene confiscato ovvero il bene si considera di origine illecita in virtù della mera sproporzione.
Se tutto questo è vero, non si può che escludere la natura recuperatoria della confisca allargata. E quindi di cosa si tratta? Verrebbe da dire che si sia in presenza di una confisca punitiva. Tuttavia, a ben vedere, il quadro risulta, a nostro avviso, ancora più complesso. Ed infatti, non solo non si tratta di vere e proprie confische punitive, ma non si può nemmeno parlare di vere e proprie sanzioni punitive: ed infatti, nel momento in cui salta qualsiasi accertamento di attività illecita, non è più possibile parlare nemmeno di sanzione, per la semplice ragione che manca l'accertamento di una "qualcosa" di illecito al quale rispondere.
Ecco che, a rigore, non si può che giungere alla conclusione di una illegittimità *tout court* della confisca allargata. Certo si tratta di una soluzione che non può che lasciare perplessi da un punto di vista della politica criminale, ma non è possibile che, in ragione dell'esistenza di uno strumento ritenuto fondamentale per la lotta alla criminalità organizzata, si debba affermare la sua legittimità nonostante la palese violazione di principi di garanzia.

5.3. Per quanto riguarda la confisca di prevenzione, pacifica è l'idea che, a differenza di quanto accade per la confisca allargata, risulta insufficiente il mero requisito della sproporzione[35]. A dire il vero, vi sono tutt'ora orientamenti giurisprudenziali orientati a far giocare al requisito della sproporzione un duplice ruolo, quello di "prova" della attività illecita e quello di "prova" della connessione del bene confiscato alla attività illecita: da un lato, la sproporzione sarebbe indice dell'attività illecita, per cui dalla sproporzione si ricaverebbe la realizzazione di condotte criminose; e, dall'altro lato, sarebbe

[32] C. cost. 33/2018; nonché Cass. S.U. 25.2.2021 n. 27421, Crostella.
[33] C. cost 33/2018; C. cost 24/2019.
[34] Cfr. Cass. 13.3.2023, n. 10684, Del Gaudio, con nota di S. Finocchiaro, *Confisca allargata e ragionevolezza temporale nei delitti contro la pubblica amministrazione: note a margine di una pronuncia della Cassazione*, in *Sistema penale*, 5 maggio 2023.
[35] Cfr. per tutte Cass. 21.9.2017 n. 53003, D'alessandro.

indice della connessione del bene alla attività illecita, per cui i beni sproporzionati di cui non si è in grado di dimostrare la provenienza lecita si devono considerare di provenienza illecita.
Tuttavia, il primo passaggio finisce per comportare un vero e proprio salto logico: ritenere che una sproporzione tra il bene dell'interessato ed il suo reddito legittimo possa rientrare di per sé tra i fatti idonei ad indurre l'autorità giudiziaria a ritenere che siano stati commessi reati non regge secondo l'*id quod plerumque accidit*, poiché la sproporzione di per sé nulla dice circa la possibile realizzazione di reati: la sproporzione può dire in ordine alla possibile derivazione del patrimonio da attività illecite, ma non dice in merito ad attività criminali.
E una volta che salta il "sospetto" di reato, la sproporzione, proprio in quanto disconnessa da un qualcosa di criminale che la giustifica, non è più in grado di legittimare la stessa presunzione di illiceità del bene: la sproporzione è infatti qualità che attiene al bene e alla sua provenienza illecita, ma per operare, oltretutto in termini presuntivi con conseguente inversione dell'onere della prova, necessita di qualcosa in più che sta oltre e prima dello stesso bene e cioè quanto meno di un sospetto di reato.
Insomma, impostare il giudizio sulla sola sproporzione rischia di girare a vuoto, per la mancanza di una connessione del patrimonio con un reato quanto meno sospettato, mentre è proprio quanto meno il sospetto di reato, unito alla sproporzione, che rendono plausibile la presunzione di provenienza illecita, ancorché relativa.
Ecco che rispetto alla confisca di prevenzione, sempre a differenza di quanto accade per la confisca allargata, acquista rilievo fondamentale il concetto di pericolosità.
Sul punto occorre muovere dalla circostanza che la misura patrimoniale può essere applicata non solo disgiuntamente dalla misura di prevenzione personale, ma anche «indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione» (art. 2-*bis*, comma 6-*bis*, Codice antimafia).
D'altra parte, il legislatore non si è spinto fino al punto di sganciare del tutto la confisca dal requisito della pericolosità, limitandosi invece a escludere che questo debba essere accertato "al momento della richiesta". Tant'è vero che la giurisprudenza ha continuato a subordinare la confisca alla necessità di accertare incidentalmente la pericolosità sociale del proposto[36]: insomma, per questa via, la confisca si può applicare a soggetti che, pur essendo stati pericolosi in passato, non lo sono al momento del procedimento di prevenzione, richiedendosi che la pericolosità sussista al momento dell'acquisto dei beni.
Ecco che diviene fondamentale comprendere cosa s'intenda per pericolosità al momento dell'acquisto dei beni, aprendosi due alternative: una concezione preventiva, che guarda al futuro, per cui la pericolosità indica la probabilità che siano commessi nuovi reati e la confisca serve a neutralizzare tale pericolo; e una invece recuperatoria, che guarda al passato, per cui la pericolosità indica una connessione tra attività illecite e incrementi patrimoniali e la confisca serve per eliminare dal circuito lecito siffatti beni presunti illeciti.

5.3.1. Stando al diritto vigente/vivente, v'è ormai totale condivisione nel ritenere che essa non abbia natura preventiva[37]. Ed infatti, come visto, dopo che con le riforme del 2008 e del 2009 l'applicazione è stata disgiunta dalla pericolosità soggettiva, e dopo che le Sezioni Unite hanno fatto leva sull'intrinseca pericolosità della cosa ricavata dalla correlazione temporale tra l'acquisto della cosa e

[36] Cass. S.U. 26.6.2014, n. 4880, Spinelli.
[37] In argomento, cfr. per una sintesi A.M. Maugeri, *Voce confische: definizioni, questioni problematiche e prospettive*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, 442 ss.; F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione, Studi in onore di Emilio Dolcini*, Tomo II, Milano, 2018, 892 ss.; S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 345 ss.; A. Costantini, *La confisca nel diritto di prevenzione*, cit., 133 ss. e 183 ss.

la qualifica soggettiva del proposto come pericoloso, tale confisca prescinde, in verità, da una reale valutazione di pericolosità sia soggettiva che oggettiva.
In particolare, attraverso una motivazione per la verità non priva di contraddizioni e con qualche passaggio un po' oscuro, la giurisprudenza di legittimità si è spinta a parlare di pericolosità intrinseca della cosa allorquando sia stata acquistata da un soggetto che risulta pericoloso: «nel caso di beni illecitamente acquistati, il carattere della pericolosità si riconnette non tanto alle modalità della loro acquisizione ovvero a particolari caratteristiche strutturali degli stessi, quanto piuttosto alla qualità soggettiva di chi ha proceduto al loro acquisto. Si intende dire che la pericolosità sociale del soggetto acquirente si riverbera *eo ipso* sul bene acquistato, ma ancora una volta non già in dimensione statica, ovverosia per il fatto stesso della qualità soggettiva, quanto piuttosto in proiezione dinamica, fondata sull'assioma dell'oggettiva pericolosità del mantenimento di cose, illecitamente acquistate, in mani di chi sia ritenuto appartenere – o sia appartenuto – ad una delle categorie soggettive previste dal legislatore»[38].
Insomma, da un lato, la pericolosità soggettiva al momento dell'acquisto conferisce pericolosità alla cosa; dall'altro lato, il mantenimento della cosa illecitamente acquistata nelle mani di chi è stato ritenuto pericoloso, conferirebbe pericolosità oggettiva alla cosa.
Tuttavia, l'argomentare finisce per presentarsi come un mero artificio retorico: non soltanto perché la cosa di per sé non si può mai considerare pericolosa; ma anche perché «una misura che mira alla prevenzione di nuovi reati non può, logicamente, fondarsi sulla prova di una pericolosità [*sia essa personale o reale, aggiungiamo noi*] passata, oggi non più attuale. In una tale situazione, non c'è proprio più nulla da prevenire»[39]. Insomma, la confisca di prevenzione, avendo ad oggetto beni acquistati a distanza di anni e ancora presenti nel patrimonio, guarda al passato, piuttosto che al futuro.
Non ci pare quindi eccessivo affermare che proprio la sentenza Spinelli, espressione del massimo tentativo di ricostruire le confische estese in chiave preventiva, costituisca la pietra tombale calata su qualsiasi possibilità di una siffatta ricostruzione preventiva, proiettando così la confisca totalmente nel passato.

5.3.2. Posto che non ha natura preventiva, parte della giurisprudenza costituzionale e della scienza giuridica hanno ricondotto la confisca di prevenzione a una *ratio* recuperatoria/riparativa, valorizzando proprio il requisito della correlazione temporale: l'acquisto del bene deve essere avvenuto nel momento in cui si ritiene che il soggetto fosse pericoloso. Sul piano giurisprudenziale, non si può che rinviare alla sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019, già citata quando abbiamo parlato della confisca allargata.
Da parte della scienza giuridica si è precisato che «la "pericolosità sociale" del proposto al momento dell'acquisizione del bene, come richiedono ora le Sezioni Unite in Spinelli, altro non significa se non dimostrare – sulla base dei consueti "indizi", ancorché gravi precisi e concordanti – la commissione in quel momento da parte di costui di attività criminose. E l'accertamento della sproporzione del bene rispetto alle capacità reddituali legittime del proposto, combinato con l'impossibilità di costui di giustificare l'origine lecita, altro non è se non uno schema presuntivo basato su una presunzione relativa (vincibile da prova contraria dell'interessato) per dimostrare che il bene derivi da attività illecita […] Lo schema essenziale delle misure è, dunque, sovrapponibile a quello delle confische civili o *in rem*»[40].
Insomma, il correttivo interpretativo della correlazione temporale, più che riconnettere la confisca di prevenzione alla natura preventiva, consentirebbe di rafforzare l'accertamento della provenienza illecita del bene, e più precisamente il collegamento tra attività illecite e il bene confiscato, anche

[38] Cass. S.U. 26.6.2014 n. 4880, Spinelli.
[39] F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale*, cit., 895.
[40] F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale*, cit., 908 s.

perché la mancanza di una siffatta correlazione finirebbe per svuotare di contenuto la presunzione di origine illecita.
Una concezione del genere fa virare definitivamente la confisca di prevenzione verso il passato e fa della pericolosità una sorta di "fattispecie di pericolosità", dovendosi tuttavia verificare se attraverso tale presupposto si sia in grado di determinare un accertamento della attività illecita che consenta di ricondurre la confisca a una logica recuperatoria.
Punto centrale diviene allora, ancora una volta, stabilire cosa s'intenda per pericolosità al momento dell'acquisto del bene, nella consapevolezza che tale pericolosità attiene al passato, e se tale pericolosità sia sufficiente a determinare un accertamento e un nesso tra attività criminose e i beni che si confiscano. E qui il discorso tende a farsi davvero complesso, anche perché destinato a intrecciarsi con le problematiche di valutazione della pericolosità in generale.
Semplificando al massimo il discorso, a me pare che si possano delineare due diversi orientamenti. Da un lato, si può ritenere che sia sufficiente accertare che l'acquisto sia avvenuto in presenza di indizi di reato, vale a dire in presenza di provvedimenti collocati anche in un passato molto remoto, dai quali si possa ricavare che il soggetto sia stato "fondatamente" sospettato di aver commesso reati (torneremo a breve su questo concetto). In questa prospettiva, il giudizio di pericolosità assume una struttura monofasica, per cui si risulta "patrimonialmente pericolosi" là dove sussistono "fondati" indizi di reato ricavabili da determinati provvedimenti.
Dall'altro lato, si può ritenere invece che, oltre a "primi" indizi di reato, sia necessario accertare anche altri indizi di reato, che si collocano successivamente ai primi. In questa prospettiva, il giudizio di pericolosità assume struttura bifasica, per cui si è pericolosi quando i primi indizi di reato risultano confermati da ulteriori e successivi indizi di reato.
Le differenze tra questi due giudizi non attengono soltanto all'aspetto strutturale e, come vedremo a breve, ai principi, ma comportano anche alcuni effetti pratici, visto che se si adotta la prima soluzione, assumeranno rilevanza tutti gli acquisti realizzati in concomitanza e dopo il primo sospetto, mentre se si adotta il giudizio bifasico lo spazio temporale si restringe agli acquisti realizzati in presenza e successivamente ai secondi indizi.
Pacifico sul punto che, per quanto riguarda gli indizi di reato, quale che sia la soluzione che si adotta, non ci si possa accontentare della mera qualifica formale di indiziato ovvero della sussistenza nel passato di provvedimenti a carico del soggetto, mentre occorre andare a scandagliare – per così dire – la fondatezza di tali indizi. Insomma, la qualifica di indiziato non si deve concepire in termini formali, come derivante cioè dalla mera esistenza di un provvedimento giudiziario collocabile anche in un passato piuttosto remoto, ma in senso sostanziale, vale a dire come reale ed effettiva sussistenza di elementi di fatto capaci di fornire un contenuto concreto.
Questo aspetto è stato chiarito una volta per tutte dalla giurisprudenza costituzionale già nelle sentenze n. 23/1964 e n. 177/1980, le quali hanno per l'appunto ritenuto insufficiente la qualità – per così dire – formale di indiziati, richiedendo piuttosto il vaglio dei comportamenti oggetto dei provvedimenti: insomma occorre andare a scandagliare, attraverso un potere di autonoma valutazione, una certa fondatezza di quei comportamenti, di quelle condotte, di quei fatti oggetto dei provvedimenti.
Ponendosi poi il problema di quali siano le "fonti di conoscenza" del giudice della prevenzione: ecco che una sentenza definitiva di condanna non pone problemi, mentre al contrario una sentenza irrevocabile di assoluzione in quanto negazione penale di un fatto impedisce di sussumerlo come elemento indiziante; diversamente, suddetto potere di autonoma valutazione permane anche nell'ipotesi di emissione di una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione, purché il fatto risulti delineato con sufficiente chiarezza[41].

[41] V. per tutte Cass. 19.1.2018 n. 11846, Carnovale; Cass. 8.10.2019 n. 48090, Ruggeri.

Inoltre, si deve considerare altrettanto pacifico che la seconda fase del giudizio bifasico non può coincidere con la valutazione autonoma della "fondatezza" degli indizi derivanti dai primi provvedimenti. A ben vedere, non mancano sentenze in cui si parla di giudizio bifasico, concependo la seconda fase "solo e semplicemente" come la sostanzializzazione degli indizi[42], ma la verifica della fondatezza degli indizi attiene sempre al primo momento – per così dire – constatativo.

5.3.2.1. Tutto ciò premesso, a nostro avviso, la soluzione basata sull'accertamento monofasico non può essere accolta per le seguenti ragioni. Anzitutto, il sistema preventivo finirebbe per diventare surrogatorio rispetto a quello punitivo, per cui, se, da un lato, non si è giunti a provare la responsabilità di un soggetto per un determinato fatto, dall'altro lato, sulla base di meri indizi, si arrivano ad applicare comunque le misure di prevenzione che sono senz'altro sanzioni afflittive[43].
In secondo luogo, e conseguentemente, costruire il sistema preventivo in termini surrogatori pone problemi di rispetto anche del principio del *ne bis in idem*, per cui, da un lato, si è attivato un determinato procedimento per un determinato fatto, e, dall'altro lato, nonostante il "fallimento" di tale procedimento, se ne attiva un secondo avente ad oggetto lo stesso fatto.
Inoltre, si deve ritenere impossibile formulare giudizi di pericolosità in termini monofasici essendo indispensabile una struttura bifasica [44]. Ed infatti un giudizio di pericolosità necessita fisiologicamente, strutturalmente di due passaggi, perché è attraverso questi due passaggi che si delinea "la retta" lungo la quale si proietta in senso prognostico la pericolosità: insomma, il vero indice rivelatore di pericolosità non può radicarsi su un solo comportamento, ma occorre un secondo comportamento relazionato ad altri precedenti, e ciò in quanto la stessa prognosi è possibile solo se basata su un parametro preesistente. A volte si parla anche del carattere "temporale" della misura.
Ed ancora, questo ancoraggio alla pericolosità ricostruita in termini bifasici risulta indispensabile proprio perché dà luogo a quel minimo di accertamento di un'attività criminosa che giustifica l'adozione di strumenti sanzionatori. Ed infatti, ricostruire in termini monofasici, sulla base di un mero sospetto di reato, implica che non vi sia un accertamento sufficiente, con la conseguenza che la confisca di prevenzione finisce per avvicinarsi a quella allargata. Ricostruire in termini bifasici implica invece che vi sia un accertamento assai più consistente, con la conseguenza che la confisca di prevenzione si avvicina all'*actio in rem*.
Infine, non si può fare a meno di osservare come un giudizio bifasico sia già adottato per le misure di prevenzioni personali[45]. In particolare, il primo momento constatativo consiste nella individuazione di precedenti giudiziari, ancorché sostanzializzati mediante una valutazione autonoma, dovendosi ribadire che questa valutazione autonoma non è la seconda fase a carattere prognostico. Si aggiunge poi una seconda fase che consiste nell'accertamento di comportamenti diversi ed ulteriori, oltretutto successivi a quelli contenuti nei provvedimenti che danno luogo al primo passaggio constatativo (v. anche art. 6.1. Codice antimafia).
Sia consentito indugiare ancora un poco su questo aspetto relativo alle misure di prevenzione personali. A ben vedere, che ci fosse la necessità di riscontri ulteriori e successivi era da sempre chiaro riguardo alla pericolosità generica caratterizzata dalla abitualità, che quindi imponeva l'accertamento sempre in termini indizianti di comportamenti distribuiti all'interno di un arco

[42] In questa prospettiva sembra collocarsi Cass. 24.3.2015 n. 31209, Scagliarini.
[43] In argomento, cfr. per tutti R. Orlandi, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso*, Milano 2016, 15 ss.; F. Caprioli, *Fatto e misure di prevenzione*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale*, cit., 57 s. Dalla prospettiva sostanzialistica, cfr. A. Mangione, *La "situazione spirituale" della confisca di prevenzione*, cit., 615 ss.; F. Palazzo, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione* ante delictum, in *disCrimen*, 12.9.2018, 5 ss.
[44] V. per tutti T. Padovani, *La pericolosità sociale sotto il profilo giuridico*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, a cura di F. Ferracuti, Milano, 1990, 313 ss.
[45] V. per tutte Cass. S.U. 4.1.2018 n. 111, Gattuso. Nello stesso senso già Cass. 5.6.2014 n. 23641 Mondini.

temporale e confermativi della pericolosità[46]. Con riferimento alla pericolosità qualificata, ed in particolare all'ipotesi delle organizzazioni criminali mafiose, dopo un primo orientamento che nella sostanza si accontentava soltanto del giudizio constatativo, v'è stata un'estensione temporale attraverso la valorizzazione della stabilità del vincolo associativo, rispetto al quale si possono misurare i comportamenti del proposto che si snodano nel tempo[47]. Ecco che quindi risulta ormai superata la differenziazione tra pericolosità generica e pericolosità qualificata, per cui mentre ai fini di quest'ultima sarebbe sufficiente la qualità di essere indiziati di uno dei reati contemplati nell'art. 4, ai fini della prima sarebbe necessario invece un accertamento di più comportamenti.
Preferibile quindi la soluzione che anche rispetto alla confisca di prevenzione concepisce il giudizio di pericolosità in termini bifasici, articolandolo nei due momenti constatativo e valutativo.
Tre ultimi chiarimenti. Anzitutto, ritenere che per la confisca di prevenzione debba esserci un secondo momento confermativo della pericolosità non significa contraddire quanto disposto dall'art. 18 circa l'indipendenza della confisca dalla pericolosità sociale del proposto al momento della richiesta provvedimento. Ed infatti, ritenere necessaria una conferma della pericolosità non significa ritenere che la pericolosità debba sussistere al momento dell'adozione del provvedimento, ben potendo sussistere anche in un momento precedente.
Ecco che, mentre rispetto alle misure di prevenzione personali il secondo momento deve essere prossimo all'adozione del provvedimento; rispetto alle misure di prevenzione patrimoniali, l'acquisto deve essere avvenuto dopo il secondo momento, il quale si può trovare anche a distanza rispetto al momento dell'adozione del provvedimento.
Insomma, si possono distinguere tre momenti: il primo momento dove si sospetta di un reato; il secondo momento confermativo di sospetti e quindi esprimente la pericolosità; il terzo momento in cui si adotta il provvedimento: mentre nelle misure di prevenzione personali il secondo momento deve essere prossimo al terzo, potendosi parlare anche di attualità della pericolosità, nella confisca, invece, il secondo momento può essere distante dal terzo.
In secondo luogo, si deve osservare come anche il giudizio di pericolosità bifasico relativo alle misure di prevenzione non sia esente da criticità, per la semplice ragione che i "due punti" dai quali passa la "retta della pericolosità" sono meramente indiziari, vale a dire comunque ben poca cosa. Anche perché gli altri giudizi di pericolosità come quelli relativi alla recidiva oppure all'imputabile, si basano su due punti che consistono in accertamenti pieni addirittura passati in giudicato. Con la conseguenza che, se ci dovessimo attenere con rigore ai nostri principi costituzionali, si dovrebbe concludere che la confisca di prevenzione, mancando un accertamento giurisdizionale, si basa su un accertamento comunque insufficiente. E seguendo questa strada, che al momento ci sembra realisticamente impercorribile, si dovrebbe giungere con coerenza alla conclusione dell'intera illegittimità del sistema preventivo[48].
Infine, non possiamo non soffermarci sulla circostanza che attualmente le confische estese aggrediscono beni che risultano addirittura leciti, visto che per provento o reimpiego dell'evasione fiscale si intende non tanto l'importo corrispondente all'imposta evasa, ma addirittura l'intero reddito imponibile, al lordo della imposta dovuta e quindi comprensivo anche del lavoro nero[49]. Si tratta di una previsione che non può essere condivisa, perché, quale che sia il modo in cui si concepisce la confisca, in termini recuperatori o preventivi, fatto sta che la confisca si trasforma non solo in termini

[46] In questa prospettiva Cass. 5.6.2014 n. 23641, Mondini.
[47] V. per tutte Cass. S.U. 4.1.2018 n. 111, Gattuso.
[48] Sia consentito rinviare a R. Bartoli, *Misure di prevenzione costituzionalmente legittime soltanto per le organizzazioni criminali*, in Sistema penale, 19 settembre 2022.
[49] Con riferimento alla confisca di prevenzione, cfr. Cass. S.U. 29.7.2014, n. 33451, Repaci. Con riferimento alla confisca allargata, cfr. l. n. 161/2017, che ha inserito, oltre che nell'art. 24 Codice antimafia, anche nell'art. 12-*sexies* (oggi confluito nell'art. 240-*bis* c.p.), la seguente disposizione: «in ogni caso il proposto non può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale».

punitivi, ma, là dove manca un minimo accertamento, come nell'ipotesi della confisca allargata, costituisce una vera e propria apprensione ancora più illegittima[50].

[50] In argomento, cfr. ampiamente S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 135 s., il quale giustamente parla di ricadute dogmatiche dirompenti.

CONFISCATION (WITHOUT CONVICTION) AND DEFENCE RIGHTS[1]

di Marco Alessandro Bartolucci
(*Assegnista di ricerca, Università di Torino*)

This paper explores the contentious issue of confiscation without conviction in Italy and its impact on defense rights. It outlines the ways in which Italian law allows property deprivation through preventive confiscation, introduced in 1982 to combat organized crime but later expanded to cover various offenses and even a vague "tendency to crime". Key concerns include the lack of clear criteria for assessing "dangerousness" in preventive confiscation cases, its retroactive nature, and its classification as a preventive measure rather than a criminal penalty, which raises rights protection questions. Additional issues pertain to the absence of time limits for preventive confiscation proceedings, the unclear definition of "disproportionate assets", and the autonomy of preventive proceedings from criminal ones.
In essence, the paper calls for a balance between tackling crime and protecting individuals' rights in the context of preventive confiscation, prompting lawmakers to address these intricate issues to ensure fairness within the legal system.
Il contributo analizza la controversa natura della confisca senza condanna in Italia e il suo impatto sui diritti di difesa. Esso illustra le modalità di privazione di proprietà attraverso la confisca di prevenzione, introdotta dalla legge italiana nel 1982 al fine di combattere il crimine organizzato ma successivamente estesa a diversi reati e oggi ancorata all'indefinito criterio della "tendenza al crimine". I principali nodi interpretativi riguardano la mancanza di criteri chiari per valutare la "pericolosità" nei casi di confisca senza condanna, la sua natura retroattiva e la sua classificazione come misura di prevenzione piuttosto che come sanzione penale, il che solleva diverse questioni sulla protezione dei diritti individuali. Altri problemi riguardano l'assenza di limiti temporali per l'attivazione della confisca di prevenzione, la mancanza di una univoca definizione di "beni sproporzionati" e l'autonomia delle procedure di prevenzione rispetto a quelle processual-penalistiche. In sintesi, il lavoro suggerisce la ricerca di un equilibrio tra il contrasto al crimine e la protezione dei diritti degli individui nel contesto della confisca di prevenzione, ponendo in luce le complessità a cui è chiamato il legislatore per garantire equità all'interno dell'ordinamento giuridico.

SOMMARIO: 1. Historical background and context of the introduction of preventive confiscation. – 2. Introduction and evolution of preventive confiscation in Italy. – 3. Prerequisites and conditions for applying preventive confiscation. – 4. Application procedures and practical issues. – 5. Legal nature. – 6. Defense rights and safeguards: an overview of the defense rights for individuals subject to preventive confiscation. – 6.1. The (ir)relevance of the passage of time. – 6.2. The definitional difficulty of the concept of "disproportionate assets". – 6.3. The debated autonomy of the preventive procedure compared to the criminal procedure. – 7. Conclusions.

1. According to Article 42 of the Italian Constitution, private property is guaranteed by the State, which regulates the methods of acquisition, use, and limitations to ensure its social function.

[1] Text, revised and supplemented with essential bibliographical references, from the presentation held at Leuphana Universität Lüneburg during the conference on *Confiscation and asset freezing as a prism of transnational criminal law*, March 10-11, 2023. Many of the observations herein contained are the result of the work done with my colleague Camilla Carminati. I would like to thank her precious wit, notwithstanding that any mistake is only my liability.

The law provides some limitations on private property to guarantee the satisfaction of various purposes. In summary, the Italian legal system is allowed to deprive a citizen of his right to property in four ways: through a criminal conviction in a criminal trial, through a judgment of damages in a civil claim, through eminent domain with compensation by the state, and with preventive confiscation under Article 24 of the Anti-Mafia Code, which is the focus of our analysis.
Preventive confiscation is part of a range of patrimonial measures applicable to individuals considered, for various reasons, socially dangerous, and is an *ante delictum* tool aimed at avoiding and preventing the commission of crimes by said individuals[1].
It is characterized by the absence of a prior determination of the commission of a crime resulting from a criminal trial; a determination that is instead required to apply criminal confiscation[2].
The prerequisites and application procedure of preventive confiscation have specific peculiarities that differentiate this measure from all others in Italy.
Before the introduction of the Zanardelli Criminal Code in 1889, in cases of death sentence or exile, the State provided for the general confiscation of all the convict's property to sanction their "patrimonial death". In the 16th century, confiscation was also applied even in the absence of a criminal conviction: in fact, historians have identified cases in which the confiscation measure was ordered by the judge, at his mere discretion, even without a trial, based solely on the notoriety of the crime[3].
In 1889, general confiscation was abolished, and special confiscation was introduced, which concerned the convicted person's assets connected and derived from the offense subject to conviction and classified as an ancillary penalty[4].
During the fascist twenty-year period, confiscation began to be instrumentalized for political purposes, and an indefinite function of punishment and preventive measure was attributed to it, aimed at countering opponents of the fascist regime more effectively[5]; therefore, confiscation became an extremely flexible tool, as it could be applied to strike – even based on a mere expression of thought aimed at activities devoid of any typicality and specificity – any kind of activity or political opinion adverse to the regime[6].
However, liberal influences and the difficulty of proving the connection between the asset and the crime led to the scarce use of the confiscation institution until the 1970s, when there was a real boom, not only in Italy but also abroad, in laws regulating different real ablation measures, generally defined as "confiscations", with varied nature and different application prerequisites.

---

[1] P.V. Molinari, U. Papadia, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale e nelle leggi antimafia*, Milano 1994, 3. See also E. Nicosia, *La confisca, le confische*, Torino 2012, 141; A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, Torino 2022, 187.
[2] The confiscation under examination has traditionally been classified as an *ante* (or *praeter*) delictum measure, due to its peculiarity represented by the absence of a prior finding of the commission of a crime resulting from a criminal trial, which is instead required for the application of the criminal confiscations qualified as measures of asset security. Compared to these, the institute under examination has therefore always maintained an autonomous status, both in terms of legislative, substantive, and procedural discipline and in terms of constitutional and conventional guarantees of reference. S. Finocchiaro, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19.2.2019, 2.
[3] S. Finocchiaro, *La confisca "civile" dei proventi da reato. Misura di prevenzione e* civil forfeiture*: verso un nuovo modello di* non-conviction based confiscation, Milano 2018, 11 (*e-book*).
[4] In the case of Art. 36 of the Zanardelli Code provided that, in case of conviction, the judge may order the confiscation of things that served or were intended to commit the crime, and of things that are its product, provided they do not belong to persons unrelated to the crime. If it concerns things whose manufacture, use, carrying, possession, or sale constitutes a crime, their confiscation is always ordered, even if there is no conviction and even if they do not belong to the accused.
[5] Royal Decree June 18, 1931, no. 773 (Supplement to the Official Gazette, June 26, no. 146): article 181, formerly article 184 of the Consolidated Law of 1926. Furthermore, Royal Decree June 18, 1931, no. 773 provided, in article 210, that the prefect could decree the dissolution of associations, entities, or institutes that carried out activities "contrary to the established political system of the State," and that, in the same decree, could order "the confiscation of the social assets". S. Finocchiaro, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, cit., 3.
[6] D. Petrini, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure* praeter delictum, Napoli 1996, 134.

Law no. 152 of May 22, 1975, known as the "Reale Law," then introduced a form of temporary suspension from the administration of personal assets, aimed at preventing the free disposal of assets that could facilitate the socially dangerous activity of individuals subject to a personal prevention measure[7].
In fact, in the 1970s, the government recognized the need for a more effective tool to combat organized crime, particularly the Mafia.
At that time, traditional law enforcement measures such as criminal prosecutions and imprisonment had limited impact, as organized crime groups could easily replace arrested members with recruits.
To address this problem, the Italian government introduced a series of measures to attack the financial resources of organized crime groups.
Starting from that period, preventive measures have become a "safe haven" for both the legislator and the judges. Unlike punishments and security measures, which are State reactions following the commission of a crime, preventive instruments are compressions of fundamental rights that are applied to repress the social dangerousness of an individual and prevent him, thus, from committing crimes and are defined as "*praeter delictum*," that is applicable regardless of the judicial verification of the commission of a crime.
The legislator has resorted to *praeter delictum* measures to address many of the real or perceived emergencies that have marked Italy's history. Judges, on the other hand, have not been able to resist the temptation to turn to the convenient tool of prevention, in support of or in place of the more guaranteed strictly penal response, which requires more investigative efforts, and often has a narrower temporal and effective scope.[8]
This is how the *praeter delictum* system has seen its applicability increasingly expanded, progressively extending to new dangerous subjects, also very different – in terms of social background and committed crimes – from the traditional target of preventive intervention[9].

2. Preventive confiscation was introduced, along with preventive seizure, by the so-called Rognoni-La Torre law of 1982 (law no. 646/1982), a fundamental piece of anti-mafia legislation aimed at combating the spread of organized crime and the mafia in Italy.
The main purpose of preventive confiscation was to seize assets and property alleged of illicit origin and in the possession, directly or indirectly, of suspects belonging to the mafia.
Indeed, preventive confiscation is an asset forfeiture measure that initially consisted of the State seizing assets illegally accumulated by individuals suspected – and it should be noted, not convicted – of mafia crimes, and was applied as an accessory measure to those subjected to personal preventive measures.
The main characteristic, as will be better explained in this contribution, is that like most other confiscations, the patrimonial measure in question aims to hit the proceeds of criminal activities and the assets that constitute their reuse; but, unlike any other form of confiscation, the patrimonial ablation takes place entirely outside the criminal process. The organ that proposes the measure is often – albeit not necessarily – the public prosecutor; but the relative application procedure is not regulated by the code of criminal procedure, but by the provisions dictated by the anti-mafia code, which sketch, in their laconicism, a process far from the guarantees characteristic of criminal jurisdiction: an essentially paper-based process, without any compelling indication regarding the type

[7] S. Finocchiaro, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, cit., 4.
[8] E. Zuffada, Homo oeconomicus periculosus. *Le misure di prevenzione come strumento di contrasto della criminalità economica. Uno studio della prassi milanese*, Milano 2022, 2.
[9] To obtain a fully comprehensive and complete historical reconstruction, reference should be made to O. Stradaroli, *Le misure di prevenzione*, in P. Pittaro (ed.), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità*?, Trieste 2012, 119 and A. Balsamo, V. D'Agostino, *Inquadramento sistematico ed evoluzione storica delle misure di prevenzione patrimoniali*, in F. Fiorentin (ed.), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino 2018, 501; A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, Torino 2022, 187.

of evidence that can be used, and which contemplates as the ordinary hypothesis the inversion of part of the burden of proof on the potential subject of the measure, called upon to positively demonstrate the lawful origin of the assets that the State seeks to confiscate[10].
Subsequently, the legislature gradually expanded the scope of these measures, extending their application in case of suspicion of commission of new crimes that, although not connected to organized crime, were indicative of the general dangerousness of the offender. Additionally, the asset forfeiture measures gradually lost their accessory function compared to personal measures, becoming more autonomous.
Over the years, the law underwent multiple amendments and expansions to broaden the range of criminal activities that could be subject to preventive confiscation and enhance the measure's effectiveness.
For instance, Law No. 356 of 1992 allowed for the confiscation of assets obtained through criminal activities, even if not directly linked to a specific offense. Subsequently, Law No. 55 of 1995 extended the scope of the measure to cover assets owned by family members or associates of the suspect.
In 2001, Law No. 300 introduced additional reforms to the preventive confiscation system.
One significant change was the establishment of the National Agency for the Administration and Destination of Assets Seized and Confiscated from Organized Crime (ANBSC), a specialized agency responsible for managing and disposing of seized assets.
In 2008 an attempt was made to overcome the incidental nature of preventive confiscation by adding paragraph 6-bis to the art. 2-*bis* of law no. 575/1965, introduced by legislative decree no. 92/2008 (so-called "Pacchetto sicurezza"), which states that «*Personal and property prevention measures may be requested and applied separately. Property measures may also be ordered in the event of the death of the subject proposed for their application. If death occurs during the proceedings, they continue against the heirs or otherwise the successors in title*»[11].
At the same time, paragraph 11 was inserted into the same article 2-*bis*, which states that «*Confiscation may be proposed, in the event of the death of the subject for whom it could be ordered, against universal or particular successors, within five years from the date of death*».
Law no. 94/2009 amended the first sentence of the aforementioned paragraph 6-*bis*, providing that «*Personal and property prevention measures may be requested and applied separately, and for property prevention measures, regardless of the social dangerousness of the subject proposed for their application at the time of the request for the prevention measure*»[12].
Preventive confiscation was then included in the Anti-Mafia Code of 2011 (Legislative Decree September 6, 2011, no. 159), a legislative decree aimed at standardizing the anti-organized crime legislation, which had been the subject of emergency and often confusing legislation[13].
The measures that had originated as emergency and temporary measures were stabilized within the legal system without being modified in their essential features[14].

3. Preventive confiscation, as previously mentioned, is a measure that involves the deprivation of property rights and, like any other form of confiscation provided for by the Italian legal system, results

[10] F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (ets.), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 886.
[11] G. Linares, G. Annicchiarico, F. Messina, *La confisca di prevenzione: tra finalità preventive, effetti neutralizzatori ed esigenze ripristinatorie*, in *www.sistemapenale.it*, 9/2020, 42.
[12] G. Francolini, *La prova nel procedimento di prevenzione: identità, alterità o somiglianza con il processo penale?*, in *www.sistemapenale.it*, 10/2020, 18.
[13] F. Menditto, *La riforma delle misure di prevenzione*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, Roma 2013, 659.
[14] The 'anti-mafia code' has undergone several subsequent modifications, first with Legislative Decree no. 218 of 2012 and then with Law no. 228 of 2012. Further intervention was carried out by Law no. 161 of October 17, 2017, and more recently, by Legislative Decree no. 113 of October 4, 2018, which was converted with modifications into Law no. 132 of December 1, 2018. See S. Finocchiaro, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, cit., 5.

in the permanent transfer of assets belonging to the affected individual – or over which they have effective control – to the State.
Its primary purpose is to remove from the economic cycle assets that have been acquired through illegal means and it is not dependent on a conviction in criminal proceedings (in international parlance, it is referred to as "non-conviction-based confiscation")[15].
From a subjective point of view, all those individuals who are believed (based on circumstantial evidence) to have committed one of the criminal activities identified by law, specifically by Article 4 of the Anti-Mafia Code, can be subject to preventive confiscation[16][17].
In particular, the following individuals can be subject to this preventive measure:

a) Individuals suspected of belonging to mafia-style associations, as described in Article 416-bis of the Criminal Code;
b) Individuals suspected of a serious crime, such as crimes related to the mafia, crimes of criminal association, as well as crimes of reduction to slavery, association for drug trafficking, terrorism, and child pornography;
c) Individuals who have been part of associations aimed at the reconstitution of the Italian fascist party in the past and who continue to engage in activities similar to those previously carried out;
d) Individuals who perform objectively relevant preparatory acts or direct execution towards the reconstitution of the fascist party under Article 1 of Law no. 645 of 1952, particularly through the exaltation or practice of violence;
e) Individuals suspected of having participated in, or at least facilitated, crimes that endanger public order and safety, or the safety of individuals during sports events;
f) Individuals suspected of having associated (under Article 416 of the Criminal Code) to commit crimes against public administration, such as embezzlement, corruption, and extortion.
g) Individuals suspected of the crimes of domestic violence and stalking.

From a subjective point of view, as shown in the list, four types of recipients of preventive measures emerge:

i. subjects who demonstrate qualified social dangerousness connected to Mafia-style organized crime;
ii. subjects who demonstrate common dangerousness, those who, based on factual evidence, are habitually involved in criminal activities, meaning that for their conduct and standard of living, it must be assumed, based on factual evidence, that they regularly live, at least in part, on the proceeds of criminal activities, tax evaders, individuals who have committed crimes that harm the physical or moral integrity of minors;
iii. subjects who have engaged in subversive and terrorist activities[18];
iv. "violent antisocial" individuals in sports activities.

The subject's belonging to one of these specific categories must be deduced from certain, identifiable,

[15] F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione"*, cit., 891.
[16] G. Linares, G. Annicchiarico, F. Messina, *La confisca di prevenzione*, cit., 50.
[17] F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione"*, cit., 889.
[18] They shall be considered to be those who, acting in groups or individually, carry out objectively significant preparatory acts aimed at overthrowing the state system by committing one of the crimes provided for in Chapter I, Title VI of Book II of the Criminal Code or by Articles 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 and 630 of the Criminal Code, as well as those who have been members of political associations dissolved pursuant to Law no. 645/1992, in respect of whom it must be considered, according to their subsequent conduct, that they continue to carry out activities similar to those previously carried out. They also include those who carry out objectively significant preparatory acts aimed at the reconstitution of the fascist party under Article 1 of Law no. 645/1952, particularly through the exaltation or practice of violence, those who have been convicted of one of the crimes provided for by laws on weapons, when it must be considered, according to their subsequent behavior, that they are inclined to commit a crime of the same nature, and instigators, instigators and financiers of the aforementioned crimes.

and verifiable factual elements, and there is no room for suspicion and conjecture. The social dangerousness of the individual must be evaluated globally and confirmed only in case of persistent antisocial behaviors that demonstrate habitual and current social dangerousness.
From an objective point of view, preventive confiscation concerns all those assets that are the result of illegal activities or constitute their reuse and can even extend to all assets that the subject has direct or indirect control over, which are disproportionate to their declared income or economic activity and for which they cannot justify the legitimate source.
In conclusion, the basis of preventive confiscation is a presumption of illicit accumulation of assets, supported by a condition of past or present dangerousness; the object of the judgment, therefore, is not a demonstrative fact of enrichment but the main verification of the subject's dangerousness status, even in the absence of a connection with the assets subject to preventive confiscation[19].

4. At the procedural level, preventive confiscation also has quite distinctive traits; the asset-prevention action is completely autonomous and prevails over criminal proceedings.
The entire regulation of the procedure can be found in the Anti-Mafia Code, in articles 17 and following, and is, moreover, very sparse compared to the detailed descriptions of the procedures that are usually carried out by the Italian legislature[20].
The paradigm followed is not always entirely functional to the characteristics of the prevention procedure itself, which requires the judge to make detailed verifications, hear many witnesses, and carry out investigations that often date back in time.[21].
In contrast to ordinary criminal law, a specialized section of the court in the capital of the district in which the "proposed" person lives has jurisdiction, and the proceedings can be initiated by the quaestor, the national Anti-Mafia Prosecutor, and other authorities identified by the Anti-Mafia law; they investigate the individual, the companies that can be traced back to him or her, and all persons connected by family or personal relationships[22].
Having done so, they file the request with the competent court to order the seizure of assets that, based on sufficient evidence, appear to be connected to illegal activities and, in any case, of those whose value is disproportionate to the declared income or economic activity carried out.
Almost all requests are filed with "urgency," a circumstance that allows the execution of the seizure decree without hearing the proposed subject.
After the seizure, a functional hearing is set for confiscation; once the confiscation is approved, the assets irrevocably enter the State's assets and are used for social purposes.
The preventive seizure and confiscation procedure is unique in the international arena; it is ordered in the absence of a formal finding on the fact of crime and a conviction and is based on the mere suspicion of the commission of illicit or, at any rate, on the mere finding of assets that cannot be justified about the individual's activity.

5. Once the application methods and characteristic features of preventive confiscation have been clarified, it is necessary to focus on its legal nature.

---

[19] The more the confiscation aims to target assets disconnected from an underlying unlawful activity, valorizing asymptomatic data on the substantive side and presumptive automatism on the procedural one, the more the measure risks appearing 'blind' even with respect to that subjective dangerousness which constitutes – *de lege lata* (see Articles 2 and 6 of Legislative Decree No. 159/2011) – the only requirement capable of endowing a measure with some reasonableness that otherwise risks remaining completely devoid of it. See E. Squillaci, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale 'reale'*, Napoli 2020, 255.
[20] F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione"*, cit., 889.
[21] G. Francolini, *La prova nel procedimento di prevenzione*, cit., 7.
[22] Article 17, paragraph 1 of the Anti-Mafia Code: Public administrations, companies, and public or private entities that carry out activities of public interest, as well as companies that have benefited from public funding or subsidies, are required to demonstrate, with appropriate documentation, that the origin and the legitimacy of the assets used in the performance of their activities are lawful.

A confiscation of criminal proceeds not based on a criminal conviction – an institution with few correspondences in the legislation of Western European countries – can only raise a fundamental question about its legal nature and its constitutional and conventional status[23].
The path followed by Italian case law is to qualify this patrimonial measure as a preventive measure, admitting the possibility of applying the preventive confiscation retroactively and excluding the application of the main principles of the Italian criminal system[24] [25].
Even the ECtHR, which has always been sensitive to the protection of subjects involved in a criminal trial, has focused its attention on preventive confiscation and has agreed with the position taken by domestic case law; applying the so-called "Engel criteria,", the three criteria established by the same court in Engel v. Netherlands in 1976 the ECtHR[26] (Raimondo v. Italy in 1994, Prisco v. Italy in 1999 and Bongiorno v. Italy in 2010), said that the earnings of mafia associations in Italy and their power were reaching too high levels and so the tools used to face this economic power, among which is confiscation, may be necessary to actually fight it.
The ECtHR states that since preventive confiscation is not a criminal penalty, it must comply only with the due process principles that apply to civil rights and obligations disputes, as set in Article 6.
The mentioned "three Engel criteria," established by the ECtHR in the Engel v. Netherlands decision of 1976, are:

i. the internal legal qualification of the measure;
ii. the nature of the sanction applied;
iii. the severity and afflictive nature of the sanction.

For the Court, the preventive confiscation measure has a distinct function and nature compared to criminal sanctions; while the latter aims to punish the violation of a criminal norm and is subject to the establishment of a crime and the guilt of the accused, the preventive measure does not presuppose a crime and aims to prevent its commission by individuals deemed dangerous[27].
The anti-Mafia confiscation falls within those measures (not necessarily of a criminal nature) necessary and appropriate for the protection of the public interest. It cannot be compared to a criminal sanction according to the three criteria identified by the Court to determine whether a measure is criminal under the Convention[28].
In 2019, after ECtHR De Tommaso vs Italy Case[29], the Italian Constitutional Court affirmed again the restorative nature of preventive confiscation, which is only aimed at removing assets and money of illicit origin.
In particular, the ECtHR, in the De Tommaso vs Italy decision, focused on the compatibility of preventive measures with the ECHR.
However, recognizing confiscation's "preventive" nature is not enough to describe its true nature. Indeed, punishment also has preventive purposes (general and special prevention), but this does not mean that it cannot be considered afflictive, with the consequent application of all the principles

[23] See F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione"*, cit., 891.
[24] F. Menditto, *Le Sezioni Unite verso lo "statuto" della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale",* in *www.penalecontemporaneo.it*, 26.5.2014, 9.
[25] Cass. S.U. 26.6.2014 n. 4880, *Spinelli*; see F. Mazzacuva, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *DPenCont*, 4/2015, 321.
[26] In this sentence, the court establishes three criteria through which it is possible to determine which measures have a substantially criminal nature and, as such, entail the guarantees associated with them for the parties involved. These criteria, which in the Engel case are referred to in the context of military law, are made general and consolidated by the jurisprudence of the same Court in the Öztürk v. Germany case of February 21, 1984.
[27] F. Menditto, *"Le Sezioni Unite verso lo "statuto" della confisca di prevenzione*, cit., 8.
[28] A.M. Maugeri, "*La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"?*, in *DPenCont*, 4/2013, 54; F. Menditto, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *DPenCont*, 4/2017, 142.
[29] European Court of Human Rights, 23.2.2017, Application no. 43395/09, *De Tommaso v. Italy.*

established to safeguard the involved subject[30].
What distinguishes preventive measures from afflictive ones is that the former are inevitably connected to the current dangerousness of the subject to whom they are applied.
In the case of preventive confiscation, Article 18 of the Anti-Mafia Code establishes that «*personal and property prevention measures can be requested and applied separately, and for property prevention measures, independently of the social dangerousness of the subject proposed for their application at the time of the request for the prevention measure*», admitting, in the second paragraph, the possibility of applying such measures even in the event of the death of the subject "proposed" for their application, establishing that, in this case, the process must continue against the heirs of the *de cuius* regardless of a judgment on their social dangerousness.
From this, it can be inferred that social dangerousness is no longer the prerequisite for the application of preventive confiscation.
Consequently, preventive confiscation inevitably takes on the characteristics of a substantially punitive measure, applied based on past facts, for which there has not been a full judicial determination, but which form the basis of the confiscation measure based on mere indications.
The subjective requirements listed in Article 4 of the Anti-Mafia Code identify only "abstract circumstances" (*Tatbestände*, in legal German)[31] that require probative and circumstantial evidence in the specific case, capable of convincing the judge that the subject has likely committed the act in the past.
All the above helps us to focus on the discussion of the protection of rights issues that inevitably arise from preventive confiscation. The Italian criminal justice system is based on the absolute recognition of guaranteed protections for individuals undergoing criminal proceedings.
The Constitution recognizes certain fundamental principles, which cannot be derogated, set to protect citizens, and provides for a strict regulatory framework aimed at guaranteeing and reinforcing respect for these principles. These principles are the presumption of innocence, the prohibition of retroactive application of unfavorable criminal law, and the principle of legality.
In some situations, however, exceptions to general principles are allowed using expedients to meet criminal policy needs.
One of the methods used has been defined as "label fraud"[32] by EU case law; "playing" on the formal qualification of the institutes, they are removed from the application of the protections provided under criminal law. Preventive confiscation, formally qualified as preventive, is characterized by an afflictive and punitive dimension, and as noted above, lacks the protections typical of criminal law.

6. Many decidedly delicate and controversial aspects are hidden behind preventive confiscation; depending on the definition attributed to this measure, various perspectives emerge, and new and controversial "sides" are revealed.
In fact, the lack of certainty regarding the legal nature of preventive confiscation contributes to the problems that arise concerning it.

6.1. Firstly, it is worth noting that the Italian legal system – supported by Community jurisprudence – recognizes the great importance of the passage of time. The most important tool in this regard is the statute of limitations, a law establishing the maximum time to reach a final conviction from the date of the hypothetical offense.
However, as far as preventive confiscation is concerned, the law does not provide for a time limit within which the State can proceed with preventive confiscation. The judicial evaluation aimed at preventive confiscation, in fact, can be carried out at any time, without any "maximum term" within

[30] F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione"*, cit., 893.
[31] *Ibid.*
[32] A. Manna, F.P. Lasalvia, *"Le pene senza delitto": sull'inaccettabile "truffa delle etichette"*, in *AP*, 1/2017, 23.

which the State can exercise its right of confiscation[33].
Moreover, the law does not even provide a limit within which the evaluation of the individual's assets and purchases can be made.
The Court of Cassation has repeatedly emphasized the need to establish a temporal correlation between social danger and illicit enrichment of the subject[34], proceeding to confiscate the assets that entered the subject's property at the temporal moment when he or she, presumably, committed the facts that make the application of preventive confiscation possible.
Otherwise, if it were possible to attack the proposed assets indiscriminately, regardless of any "pertinential" and temporal relationship with the danger, the confiscatory tool would inevitably take on the characteristics of a true and proper sanction. Such a measure would, therefore, be difficult to reconcile with the constitutional parameters regarding the protection of economic initiative and private property, as set out in Articles 41 and 42 of the Constitution, as well as with the conventional principles[35] [36].
In addition, the Court of Cassation has highlighted (albeit not entirely expressly), as already affirmed in doctrine, that this requirement makes the form of confiscation in question more compatible with the presumption of innocence and the right to defense, since its verification makes the burden of proof of the accusation more compelling and the counter-proof of the lawful origin of one's assets less onerous for the owner, avoiding placing on him a sort of diabolical proof regarding the lawful origin of all assets acquired at any time[37].
Italian judges have stated that the identification of a precise chronological context within which preventive confiscation can be carried out makes the exercise of the right of defense much easier, as well as fulfilling inescapable requirements of general guarantee. From this, it emerges that the absence of a temporal limit on the judge's scrutiny and the absence of a legislative provision that imposes a necessary temporal correlation between social danger and illicit enrichment of the subject inevitably result in obstacles to the right to defense, guaranteed internally by Article 24 of the Italian Constitution[38].
However, more recent jurisprudence[39] has partially departed from the principles affirmed in 2014 by the Court of Cassation, admitting confiscation not only of assets acquired during the temporal period of the subject's "dangerousness" but also of those subsequently entered his or her property, which is believed to be in some way connected to the period in which the subject's social danger was current. Instead of the "temporal correlation" between property and social danger, a "reasonable temporal connection" is preferred, which involves a reduction in the guaranteed standard regarding the ascertainment of the confiscability of assets in preventive proceedings[40].
The recipient of preventive confiscation is often required to provide a *probatio diabolica* since he or she is required to "reverse" a presumption by giving adequate proof of facts that may be very old in time.
Moreover, the subject must then prove that a particular asset entered lawfully into his or her property during a temporal period – which may be very far back in time – in which he or she could not be

[33] E. Squillaci, *La prevenzione illusoria*, cit., 258
[34] Cass. S.U. 26.6.2014 n. 4880, cit.
[35] *Ibid.*
[36] A.M. Maugeri, *Un ulteriore sforzo della suprema corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata: art. 240*-bis *c.p., irretroattività e divieto di addurre l'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione*, in *www.sistemapenale.it*, 4/2020, 211.
[37] 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, 66.
[38] S. Finocchiaro, *La confisca "civile" dei proventi da reato*, cit., 140.
[39] Cass. sez. II 13.3.2018 n. 14165, *Alma e a.*; see D. Albanese, *Confisca di prevenzione: smussato il requisito della 'correlazione temporale',* in *www.penalecontemporaneo.it*, 19.4.2018.
[40] S. Finocchiaro, *La confisca "civile" dei proventi da reato*, cit., 152.

judged "socially dangerous".
This is a double obstacle that is significantly relevant, considering that the more distant the evaluation in time, the more difficult it will be to provide adequate proof[41].

6.2. Secondly, another practical problem concerning preventive confiscation is the absence of a legislative definition of "disproportionate assets".
Article 24 of Legislative Decree 159/2011 provides two parameters for assessing illicit enrichment.
The first is when there is a pertinential link between the assets and the illicit activity that the subject is believed to have carried out; this parameter has a high level of precision and is easily demonstrable.
The second parameter concerns disproportionality; in this case, as previously mentioned, preventive confiscation can extend to all assets over which the subject has direct or indirect control that are disproportionate to his or her declared income or economic activity and for which he or she cannot justify the legitimate origin[42].
This requirement is less difficult for the prosecutor to prove in court, and therefore, in preventive confiscation proceedings, the prosecution tends to avoid proving the pertinential link between the assets and the illicit activity, highlighting only the disproportionality of the subject's assets[43].
It is therefore the task (burden) of the defense of the subject receiving the preventive measure to refute the presumption of illicit origin inherent in the disproportionality[44].
Since there is no requirement for a pertinential link between the assets subject to confiscation and the crime for which the subject is suspected, the recipient will be called upon to justify the legitimate origin of the assets in a general manner[45].
As mentioned before, the law does not provide for a minimum limit above which the subject's assets can be considered "disproportionate" to his or her economic activity. The Court of Cassation has tried to delimit and define the investigation that must be carried out to prove the disproportionality of the assets, reiterating that disproportionality cannot be understood as any discrepancy between earnings and capitalization but only when an incongruous balance between them can be concretely ascertained, to be evaluated according to common experience[46].
Furthermore, it must be referred not to the overall property but to the sum of the individual assets considered at the specific temporal moment under analysis[47] [48].
On top of that, if considered in isolation, disproportionality does not indicate anything about the illicit derivation of the assets under analysis. The requirement of disproportionality only demonstrates that the subject is living beyond his or her economic means, but this could result, for example, from support from family members or from taking on debt. The presumption of illicit origin of a disproportionate asset about the legitimately produced income may be deemed acceptable if articulated against a subject recognized as socially dangerous based on effective criteria and, in any case, cannot ignore the assessment of the pertinential link between the disproportionate assets and the illicit activity[49].
However, at present, it is not unambiguously clarified what should be meant by disproportionality.

---

[41] E. Squillaci, *La prevenzione illusoria*, cit., 259.
[42] M. Di Lello Finuoli, *La torsione della confisca di prevenzione per la soluzione del problema dell'evasione fiscale*, in *DPenCont*, 1/2015, 287.
[43] E. Squillaci, *La prevenzione illusoria*, cit., 271.
[44] *Ibid.*
[45] M. Di Lello Finuoli, *La torsione della confisca di prevenzione*, cit., 288.
[46] A. M. Maugeri, *Un ulteriore sforzo della suprema corte*, cit., 210; S. Finocchiaro, *La confisca "civile" dei proventi da reato*, cit., 131.
[47] R. Piccirillo, *Titolo VII — Confisca per sproporzione*, in R. Tartaglia (ed.), *Codice delle confische e dei sequestri*, Roma 2012, 398.
[48] S. Finocchiaro, *La corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, in *DPenCont*, 2/2018, 139.
[49] M. Di Lello Finuoli, *La torsione della confisca di prevenzione*, cit., 287.

This means that, on the one hand, judges have very wide discretionary margins, being able to consider any variation, even minimal, between the assets possessed and the declared income relevant for confiscation.
Secondly, even minimal disproportionality of assets will result in even more significant probative difficulties, considering that the recipient of the preventive confiscation will have to provide complex and decidedly challenging evidence.
These circumstances cause circumvention of the guarantees of certainty and proportionality of the ablation intervention. Making a univocal prognostic judgment is impossible, and there is a clear risk of confiscating disproportionate but not illicit assets[50].
In other branches of law, the law often provides for "tolerance" limits. For example, in Italian tax law, limits of unlawful enrichment are provided for, which the law considers irrelevant to the application of the penalty. However, such a circumstance is not reproduced in the procedure for the application of preventive confiscation, which generally applies in cases of asset disproportionality. Yet, a threshold of tolerance of asset disproportionality established by law could eliminate the significant applicative uncertainty of the preventive confiscation measure.

6.3. Another interesting point is the autonomy of the preventive procedure with respect to the criminal procedure.
This autonomy inevitably derives from the fact that in the preventive proceeding, overall conduct significant of social dangerousness is judged, while in the criminal proceeding, individual facts are judged to be related to typical models of unlawfulness[51] [52].
Article 29 of Legislative Decree no. 159/2011 (Anti-Mafia Code) itself establishes that «*the preventive action may also be exercised independently of the exercise of the criminal action*». This provision thus outlines what some have described as a new "double track", even more clearly as a "third track", at high speed[53].
The first direct effect that stems from this autonomy is that established case law[54] does not consider the constitutional statute of "fair criminal process" applicable to the preventive procedure.
The main finding emerging from studies on topic[55] is that often, preventive confiscation legitimizes the application of a "penalty" in cases where it has become impossible to provide proof of the criminal offense, and the State is interested in exercising its punitive function in any case[56].
In this case, very little remains of the preventive function and the *ante delictum* logic of the prevention system, fueling a dangerous 'race to the bottom' that risks shifting the systematic center of sanctioning options towards logics of anticipated intervention, in a vicarious capacity with respect to a criminal model considered uncertain, ineffective, and structurally inadequate to combat those forms of deviance that require an anticipated intervention and against which it is often difficult to obtain a conviction in criminal proceedings.
The fact that it is easier to reach a positive outcome in the preventive procedure than in the criminal one must be attributed to the differences in the evidentiary standard required in the two proceedings.
From the aforementioned principle of autonomy of preventive action with respect to the criminal proceeding, it follows, for example, the possibility of applying preventive measures despite acquittal in criminal proceedings for the facts assumed as signs of dangerousness in the preventive stage, or

[50] E. Squillaci, *La prevenzione illusoria*, cit., 208.
[51] A. Occhipinti, *Sul diritto penale della prevenzione: nuovi orizzonti e limiti applicativi*, in *Giur. pen. web*, 12/2019, 4.
[52] F. Menditto, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23.5.2016, 42.
[53] S. Finocchiaro, *La confisca "civile"*, cit., 176; F. Basile, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in *GI* 2015, 1520.
[54] Cass. sez. V 17.2.2022 n. 5741; Cass. sez. I 11.3.2016 n. 27147.
[55] E. Zuffada, Homo oeconomicus periculosus, cit., 33.
[56] E. Squillaci, *La prevenzione illusoria*, cit., 44.

the possibility that confiscatory, precautionary or final measures overlap in the two proceedings.[57]
Although the evidentiary standard required for preventive measures can be considered undoubtedly higher today than in the past, the case law of legitimacy continues to emphasize the profound differences compared to the criminal process due to the exegetical evolution of recent years.
Firstly, indirect, or circumstantial evidence in the preventive procedure does not need to have the characteristics prescribed by Article 192, paragraph 2, of the Italian Code of Criminal Procedure (i.e., gravity, precision, and concordance).
Calls for co-perpetration or complicity do not require the ordinary external corroboration required by Article 192, paragraph 3, of the Italian Code of Criminal Procedure.
Furthermore, elements resulting from the criminal trial concluded with a plea agreement may also be evaluated, which, although not establishing the responsibility of the defendant, does not constitute an acquittal and allows the judge of the preventive procedure to autonomously evaluate the facts ascertained in the criminal proceedings that did not lead to a conviction, in the presence of pronouncements of acquittal other than acquittal on the merits.
For example, in the case of a judgment of non-proceeding or a judgment of acquittal for prescription, amnesty, or pardon, containing in the reasoning an assessment of the existence of the fact and its commission by that subject, where the fact is sufficiently clear or can be autonomously derived from the acts[58].

7. The importance of preventive measures and confiscation in the fight against organized crime has clearly emerged in this brief contribution.
Preventive measures have always been called upon to do the "dirty work" that criminal law couldn't guarantee[59].
However, a continuous conflict inevitably arises between preventive measures and the constitutionally guaranteed rights of individuals.
Despite the efforts of case law (both at the community and domestic level) and doctrine aimed at providing a constitutionally compatible interpretation, this conflict has proven difficult to resolve.
Nevertheless, it doesn't seem likely that the legislator can abandon the system of preventive measures, rediscovered to address the extremely serious emergency of the spread of organized crime and adapted over time to a variety of different crimes. Currently, in Italy, there exists a so-called fear of crime, which has led to the establishment of a series of *ante delictum* measures aimed at preventing and anticipating the commission of crimes[60].
The current situation necessitates the continued use of these measures, even if it means a reduction in the guarantees recognized by the Italian Constitution and international law. For this reason, preventive measures will continue to be used and will maintain their decisive importance.
However, it is essential to revise the system of asset prevention, giving more importance to an aspect that has often been neglected by legislative developments and case law.
The subjective dangerousness of the individual against whom an asset measure is applied has often been overlooked.
However, the determination of dangerousness is the foundation that legitimizes the existence of asset preventive measures, which, although not related to the determination of a crime in criminal proceedings, remain compatible with the Constitution only if connected to an actual and concrete determination by the judge of the prerequisites for their grant.
In addition, social dangerousness must be certain and, above all, current, and cannot be based on mere presumptions or outdated data.

[57] S. Finocchiaro, *La confisca "civile" dei proventi da reato*, cit., 177.
[58] G. Francolini, *La prova nel procedimento di prevenzione*, cit., 32.
[59] F. Palazzo, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione* ante delictum, in *DisCrimen*, 12.9.2018, 2.
[60] S. Finocchiaro, *La confisca "civile" dei proventi da reato*, cit., 415.

Furthermore, it is necessary to clearly define the legal qualification of preventive confiscation, without resorting to mere doctrinal classifications detached from actual reality.
Achieving a balance between the need to prevent and combat organized crime and the protection of individual rights is essential. This balance can be attained by refining the system of preventive measures, considering the individual's dangerousness, and ensuring that the measures are based on a solid and objective evaluation by the judge. The development of a more nuanced and rigorous system of preventive measures is crucial to uphold the fundamental principles of the Italian Constitution and international law, while effectively combating organized crime. This requires a shift towards a more targeted and evidence-based approach, where preventive measures are only applied to individuals who pose a genuine risk to society, rather than being based on mere presumptions or outdated data. Ultimately, it is only through such a balanced and nuanced approach that the Italian legal system can effectively protect both individual rights and the wider societal interest in preventing and combating organized crime.
Only by doing so is it possible to identify the constitutional and international principles and rights to apply, to consistently assess the legitimacy of the legislator's choices.
As highlighted, the practical uncertainties regarding preventive confiscation have serious implications for the defense guarantees of the subjects targeted by the preventive proceedings, and the Italian legal system can no longer accept such a compromise[61].

[61] F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione"*, cit., 917.

SULLE STRATEGIE DI RISPOSTA AL REATO: IL CASO DELLA RIPARAZIONE

di Maria Giovanna Brancati
(*Dottoressa di ricerca in diritto penale, Università degli Studi di Perugia*)

Il lavoro tratta il tema della riparazione come modalità di risposta all'illecito penale, indagandone potenzialità e limiti anche alla luce della nuova «disciplina organica». L'autrice si sofferma, da una parte, sulla dimensione costituzionale della riparazione, dall'altra sulle prospettive di efficienza sistematica che essa offre, giungendo alla conclusione che sia possibile immaginare un sistema penale pronto a rinunciare alla pena.
This paper discusses the topic of restorative justice as a strategy to manage criminal offences, investigating its potentiality and limits in the light of the new Italian legislation. The author dwells, on the one hand, on the constitutional dimension of reparation, on the other, on the perspectives of systemic efficiency offered, concluding that it is possible to imagine a penal system ready to avoid punishment.

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica: umanizzazione e *law-in-context approach*. – 2. Riparazione: una possibile risposta al reato? – 2.1. Un *evergreen*: cos'è la giustizia riparativa? – 2.2. Difformità e convergenze tra giustizia penale e riparativa. In particolare: l'equivoco del giurista e le sue preoccupazioni costituzionalmente motivate. – 2.3. (Segue) proporzionalità della risposta al reato come presupposto di operatività del modello riparativo. – 2.4. Giustizia riparativa *vs*. sicurezza collettiva: ancora qualche incertezza. – 3. Modelli differenziali di riparazione e forme di innesto nel circuito penale. – 4. Il modello delineato dalla riforma Cartabia. – 5. Considerazioni conclusive: prove tecniche per un diritto penale con sempre meno pena.

1. Quello del «come rispondere al reato» è tutt'ora un «problema aperto»[1]. A esso si suole dare seguito ragionando sulle finalità e sui contenuti che la risposta penale in senso stretto racchiude: i diversi fini assegnati alla "pena" quale reazione punitiva e conseguente al reato che, sia pure con sfumature differenti[2], hanno trovato spazio nel dibattito scientifico nel corso di un millennio e più possono essere sintetizzati nella triade retribuzione-prevenzione (generale e speciale)-rieducazione/risocializzazione[3].
L'idea che interessa indagare in questo scritto parte da più lontano: ci si interroga, cioè, se il reato possa incontrare risposte diverse da quella prettamente punitiva[4] e, nell'eventualità, in che modo queste siano destinate a impattare sul sistema penale vigente. L'interrogativo sembrerebbe di pregnante attualità, a fronte delle costanti sperimentazioni di un "diritto penale senza la pena"[5] o con pene sempre più deformate in senso cautelativo. D'altra parte, il quesito può condurre verso un crinale

[1] Si riprende qui il titolo del Capitolo primo dell'opera di M. Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino 2017, 1.
[2] Per un recente affresco, si vedano i ricchi contributi collezionati nel volume *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, Milano 2018.
[3] Ancora attuale F. Cavalla, *La pena come problema*, Padova 1979, 25 ss.
[4] In uno dei suoi recenti scritti sull'argomento, Giovannangelo De Francesco richiama l'idea di un possibile sdoppiamento tra la sanzione penale nella sua dimensione "ontologica" e immanente al reato e l'inflizione della stessa in conseguenza dell'effettivo verificarsi del reato, ragionando sull'opportunità di non-punire e, più radicalmente, di concepire la punibilità come un "poter essere" della pena, quand'anche si sia in presenza di un reato: v. G. De Francesco, *Della pena e del punire*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 17.10.2022, *passim*; spec. 7-9.
[5] D. Brunelli, *Le modifiche alla non punibilità per tenuità del fatto*, in *DPP* 2023, 60.

scivoloso, in cui l'opportunità di rispondere alternativamente al reato venga strumentalizzata per fini diversi dalla tutela della persona e – per un assurdo paradosso –, nel tentativo di sgravare l'individuo dagli esiti abnormi cui a volte il penale conduce, si finisca viceversa per sottrargli importanti porzioni di garanzie.

Nel tentativo di ricondurre tanto la riflessione teorica quanto la pratica del diritto penale verso tratti di umanità non di rado pretermessi od obliterati, l'analisi che segue intende porre la persona umana al centro della vicenda penale [6], nella sua dimensione relazionale. La prospettiva dell'"umanizzazione", del resto, investe già da tempo il dibattito penalistico: la stessa pena – è stato detto –, per essere rieducativa o risocializzante, deve anzitutto essere conforme al senso di umanità[7].

Assumere il punto di vista dell'umanizzazione, però, implica prendere sul serio la necessità per il diritto di avvicinarsi alla pluralità *contestuale* delle forme di manifestazione ed esercizio dei diritti, dei bisogni (tanto della vittima quanto dell'autore di un'offesa, così come della comunità che ne risulta lesa) e dello stesso sviluppo dell'essere umano[8]. Si spiega così la sempre crescente attenzione sociologica ai contesti come fondamento del pensiero normativo[9], che, a sua volta, è un dato che riflette l'accresciuta consapevolezza rispetto alla reale capacità performativa del diritto, anch'essa inevitabilmente legata a condizioni "situazionali"[10].

La linea metodologica così circoscritta può a buon diritto inserirsi nella cornice epistemologica del cosiddetto *law-in-context approach*, vale a dire un metodo di osservazione del diritto e dei fenomeni giuridici ad ampio spettro, comprensivo delle questioni extragiuridiche e degli elementi di contesto che possono incidere sulla lettura del diritto medesimo[11]; una tale metodica, invero, sembra poter dare un concreto contributo alla promozione di una penalità dal volto umano.

---

[6] La prospettiva di metodo qui adottata sviluppa l'idea proposta da Gian Paolo Demuro nel rileggere il pensiero di Antonio Pigliaru sul valore morale della pena: «protagonista dell'intera vicenda penale è dunque la persona umana, dal momento della posizione della norma al punto più basso della sua parabola spirituale, la commissione del reato, e alla sua possibile rinascita morale. Il recupero di una dimensione di umanità durante tutto il percorso del diritto penale è dunque l'obiettivo di Pigliaru e in definitiva il contributo profondo che ci lascia questo intenso saggio»: v. G.P. Demuro, *Per un'umanizzazione del diritto penale: rileggendo (il "Saggio sul valore morale della pena" di) Antonio Pigliaru*, in *Diritto@Storia – Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 2017, 18.

[7] Fra i tanti, F. Biondi, *«Piccoli gesti di normalità quotidiana», umanità della pena e finalità rieducativa. Nota alla sentenza n. 97 del 2020*, in *Nomos* 2020, 7-8.

[8] Cfr. D. Gasper, *Human Rights, Human Needs, Human Development, Human Security: Relationships between Four International "Human" Discourses'*, Garnet Working Paper, July 2007, n. 20.

[9] Per tutti, T. Casadei, *Soggetti in contesto: vulnerabilità e diritti umani*, in *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, a cura di T. Casadei, Torino 2012, 90 ss.

[10] Ricorda in un recente scritto Tullio Padovani: «[…] occorre rilevare come la formazione stessa della *notitia criminis*, il suo progredire verso uno sbocco finale, sia pure non conclusivo, rappresentato, al primo stadio, da una imputazione vera e propria, sia soggetta ad un atteggiamento ricostruttivo, tendenzialmente ispirato da una selettività immanente alle indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale. Tale atteggiamento performativo induce molto spesso alla determinazione di effetti finali che sono in realtà dipendenti esclusivamente dalle scelte compiute, o non compiute, nel corso delle indagini»: T. Padovani, *Introduzione*, in *Tra principi del diritto penale e teoria del reato. Atti del Convegno per Giovannangelo De Francesco, Pisa 6 maggio 2022*, a cura di A. Gargani, D. Notaro, L. Notaro, S. Riccardi, L. Ricci, A. Savarino e A. Vallini, Pisa 2022, 12; e, d'altra parte, osserva G. Palombella, *La tutela dei diritti, le discriminazioni, l'uguaglianza. Dai diritti umani ai diritti fondamentali*, in *Ragion pratica* 2004, 396 che «i diritti (o gli stessi diritti) non sono fondamentali in qualsiasi sistema», ma una volta che «diventano fondamentali in un ordinamento essi appartengono di fatto non più a una teoria della morale, ma ad un articolato sistema di priorità etiche»: essi sono divenuti *fondamentali* perché il contesto ne ha fatto emergere la pregnanza storica, poi storicizzata dall'ordinamento mediante il diritto.

[11] Secondo la definizione offerta dal dizionario Cambridge: «A contextual approach involves treating legal subjects broadly, using materials from other humanities and social sciences, and from any other discipline that helps to explain the operation in practice of the particular legal field or legal phenomena under investigation». L'impostazione qui accolta va oltre, nel tentativo di mantenere in tensione due esigenze: in primo luogo, si ritiene che la teorizzazione sociale delle pratiche giuridiche sia di vitale importanza per comprendere le connessioni tra strutture giuridiche e sociali e per rivelare ciò che il diritto significa e fa per i vari attori sociali. D'altra parte, non ne consegue che le conoscenze in tal modo acquisite possano essere assunte come diretto fondamento per (ri)modellare le pratiche giuridiche, in assenza di ulteriori

2. Tra le risposte al reato potenzialmente idonee a dare voce al «contesto relazionale»[12] del conflitto da esso generato ci si intende soffermare in particolare sul dibattuto tema della *restorative justice*, oggi posta di necessità all'attenzione del penalista dalla recente Riforma[13]. La chiave di lettura dei diritti umani, fra l'altro, si è già affacciata al dibattito scientifico in questa materia[14], mostrando le sue potenzialità quale strumento idoneo a superare una visione eccessivamente retorica o formalistica della tutela che l'ordinamento si propone di fornire in sede penale e incaricandosi di ripristinare la fisiologia del rapporto dialogico-relazionale che permea ogni vicenda umana.
Si avverte sin da subito che questo lavoro non vuole porsi in seno alla nutrita letteratura in argomento con pretese ricognitive, ma soltanto abbozzare alcune considerazioni – in chiave critica – su potenzialità, criticità e limiti del modello riparativo come possibile risposta al reato.

2.1. Per accostarsi al tema della giustizia riparativa e del suo rapporto con la materia penale rifuggendo ogni retorica, è necessario passare attraverso l'interrogativo che attiene alla dimensione – per così dire – *ontologica* della tematica.
Come è noto, tra i cultori della materia non vi è perfetta convergenza sulla definizione di giustizia riparativa; piuttosto si tende a ritenere che la nozione in sé rappresenti un fenomeno evolutivo[15], atto a ricomprendere "cose" assai diverse fra loro. Istituti di diritto, strumenti para-giuridici, approcci teorici: in via generalissima, insomma, metodi di risoluzione di un conflitto, che, in ragione della loro stessa funzione teleologica – quella, appunto, di risolvere il conflitto –, sono sottoposti a costante mutamento e aggiornamento alla luce dei contesti sociali e temporali.
Esistono tuttavia delle caratteristiche che sono ritenute proprie della giustizia a vocazione «riparativa» con un elevato grado di condivisione nella comunità scientifica[16]: la riparazione di ciò che è stato leso tramite un processo attivo e partecipato da parte dell'autore della lesione, la piena volontà di tutte le parti alla ricomposizione di ciò che è stato diviso, il coinvolgimento della comunità e, in definitiva, il ripristino dell'armonia all'interno della stessa. Ciascuna di queste componenti presuppone a sua volta altrettante qualità particolari che il processo di giustizia riparativa possiede; Mannozzi e Lodigliani hanno in proposito individuato cinque parole chiavi per comprendere la giustizia riparativa: ascolto, empatia, riconoscimento dell'altro, vergogna, fiducia[17].
Rinviando all'istruttivo volume dei due illustri Autori per la trattazione approfondita di ciascuna di esse, qui interessa cogliere i tratti essenziali del paradigma riparativo, onde valutare come esso possa al meglio intersecare la materia dei delitti (e delle pene).
Se in termini strettamente definitori permane una certa disarmonia, altrettanto non può dirsi con riferimento al *concetto* di giustizia riparativa. In effetti, spostandosi dal piano semiotico a quello semantico, pur in presenza di pluristratificate elaborazioni teoriche[18], è possibile individuare un

argomenti che tengano conto della specificità del diritto: su questa struttura metodologica si rinvia a D. Nelken, *Beyond Law in Context. Developing a Sociological Understanding of Law*, London-New York 2017.

[12] L'espressione è di L. Eusebi, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in *www.sistemapenale.it*, 13.1.2021, 23.

[13] La «disciplina organica» contenuta nel d.lgs. 10.10.2022 n. 150, su cui si dirà meglio *infra*, par. 4, era destinata a entrare in vigore a partire dal 30.6.2023 (art. 92).

[14] G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 1.6.2021, 6 ss.

[15] G. Mannozzi, G.A. Lodigliani, *Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino 2017, 90.

[16] J.P. Bonafè Schmitt, *La mèdiation: une justice douce*, Paris 1992; J. Braithwaite, *Crime, Shame, Reintegration*, Cambridge 1989; M.S. Umbreit, *Mediating Interpersonal Conflicts*, St. Paul 1995; L. Walgrave, *Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship*, Cullompton 2008; *Repositioning Restorative Justice*, a cura di L. Walgrave, Cullompton 2003; M. Wright, *Justice for Victims ad Offender*, Philadelphia 1996; H. Zehr, *Changing Lenses*, Scottsdale 1990.

[17] G. Mannozzi, G.A. Lodigliani, *Giustizia riparativa*, cit., 111 ss.

[18] Per una attenta analisi con particolare riguardo al modo in cui il termine «giustizia riparativa» si è cristallizzato, assestandosi in equilibrio tra le plurime oscillazioni semantiche cfr. G. Mannozzi, *Traduzione e interpretazione giuridica*

nucleo concettuale comune in grado di chiarire immediatamente quale sia il referente extralinguistico del lessema «giustizia riparativa»: l'idea, cioè, di una «giustizia che rinuncia alla ritorsione, che immagina risposte costruttive al conflitto orientate sui bisogni delle vittime e che si alimenta di forme di riparazione simboliche prima ancora che materiali»[19].
Dunque, il punto di partenza per accedere a questo orizzonte concettuale è l'esistenza di un conflitto, una frattura all'interno della comunità che necessita di essere ricomposta. Non vi è necessariamente un reato, ma un fatto che ha leso la sfera di interessi di una persona, generando un sentimento di ostilità all'interno della comunità di appartenenza che deve essere gestito. Vi è poi una scelta di metodo nel rinunciare alla ritorsione: la gestione del conflitto insorto – secondo questa metodica – passa dalla comprensione profonda del male arrecato, per potervi porre rimedio in modo attivo, per poter ricucire la ferita apertasi nella comunità, ammettendo forme di riparazione puramente simboliche, purché rispondano ai reali bisogni della persona che ha subìto il torto. Questo modello accoglie un tipo di risposta relazionale, perché presuppone la partecipazione (volontaria e attiva, lo si ribadisce) di tutte le parti interessate dal conflitto; l'aspetto di particolare interesse è che le parti così considerate potrebbero non aver avuto alcun legame tra loro in precedenza: è grazie al conflitto che quelle persone vengono a contatto, si incontrano, si riconoscono come appartenenti alla stessa comunità – eventualmente intesa in accezione ampissima di *umanità*[20]. Il conflitto, quindi, è insieme momento di frattura e momento di (primo) incontro: rappresenta la scintilla che instaura la relazione, il seme accidentato che può far germogliare un frutto buono. Esso può costituire occasione di incontro e di dialogo tra istanze divergenti, potenzialmente conflittuali, appunto, e – attraverso la loro gestione costruttiva – di crescita della comunità tutta.
Da questo angolo visuale, è intuitivo il richiamo ai concetti di ascolto, empatia, riconoscimento dell'altro, vergogna, fiducia: sentimenti che illuminano la relazione e ne indicano lo sviluppo secondo un andamento sano ed equilibrato. Del pari, si comprende il ripudio dell'idea punitiva, stigmatizzante e coercitiva come risposta al fatto lesivo. Se questo è vero, la giustizia riparativa non può ontologicamente condurre a esiti sanzionatori in senso stretto: in altri termini, *la giustizia riparativa non è mai giustizia penale*[21]. Ciò non implica, tuttavia, che fra i due insiemi non possano esserci punti di intersezione o che il reato non possa avere come esito una risposta riparatoria, anziché penale; o che, invece, le due risposte non possano coesistere.

2.2. L'innesto di strumenti riparativi nel circuito della giustizia penale è un fenomeno sempre più diffuso e invocato: prima attraverso il filtro di settori particolarmente permeabili alla ricerca di percorsi e soluzioni differenziate[22], poi tramite l'utilizzo orientato in via riparativa di istituti propri

---

nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine «giustizia riparativa» e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche, in *RIDPP* 2015, 137-153; tema ripreso anche in G. Mannozzi, G.A. Lodigliani, *Giustizia riparativa*, cit., 73-88.

[19] G. Mannozzi, G.A. Lodigliani, *Giustizia riparativa*, cit., 84.

[20] Sulla centralità dell'"umano" nell'economia di questa riflessione si veda *supra*, par. 1; per altre considerazioni v. anche *infra*, parr. 2.2. e 5.

[21] Giorgio Del Vecchio, filosofo i cui scritti precedono temporalmente l'idea di *restorative justice*, utilizza il termine «giustizia riparatrice» in alternativa al termine «giustizia penale» (G. Del Vecchio, *La Giustizia*[4], Roma 1951, cap. XI). Questo utilizzo apparentemente fungibile dei due termini ha indotto alcuni Studiosi a intravedere nel pensiero del filosofo un sostegno all'idea per cui la "pena" è indefettibilmente anche "riparazione" (in argomento, per tutti, F. Cavalla, *La pena come riparazione*, in F. Cavalla, F. Todescan, *Pena e riparazione*, Padova 2000, spec. 96 ss.). Secondo la lettura offerta da G. Mannozzi, G.A. Lodigliani, *Giustizia riparativa*, cit., 80 ss., invece, è proprio in questo utilizzo antitetico che può leggersi nella riflessione di Del Vecchio un'anticipazione della giustizia che ripara come autentica alternativa alla giustizia che punisce; di questo stesso avviso, già E. Weitekamp, *Can Restitution Serve as a Reasonable Alternative to Imprisonment? An Assesment of the Situation in the USA*, in *Restorative Justice on Trial*, a cura di H. Messmer e H.U. Otto, Dordrecht-Boston-London 1992, 83; K. Moen, *Choice in Criminal Law: Victims, Defendants, and the Option of Restitution*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy* 2013, 741, 747 e 749.

[22] Il riferimento corre al procedimento a carico di imputati minorenni e alla giustizia penale di pace. Sul primo versante, si veda il *Documento di Studio e di proposta dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, La mediazione penale*

della giustizia penale ordinaria[23]. L'interesse verso forme di giustizia riparativa ha incontrato sempre maggiore sensibilità, non solo tra gli studiosi della materia penale[24] ma anche nelle sedi istituzionali – complice l'impulso di matrice europea[25] –, tanto che il legislatore ha fatto sempre più ricorso a espressioni evocative quali "rimozione delle conseguenze dannose o pericolose", "condotte riparatorie", fino ai più densi richiami alla "mediazione" e alla "conciliazione", pur senza mai soffermarsi compiutamente sul loro significato.

Da ultimo, come è noto, la cosiddetta riforma Cartabia ha squarciato il velo della timidezza legislativa, introducendo una disciplina organica della materia[26], stimolando altresì la critica di quei commentatori che – a fronte di una tale coraggiosa presa di posizione – si sarebbero aspettati ben più meditato esito. Si deve ammettere, in effetti, che i rischi insiti nell'ingresso del paradigma riparativo nel circuito della giustizia penale non sono pochi, ed è ragionevole che questi non siano ignorati o sottovalutati.

Si è posto l'accento, in particolare, sul perdurante attrito che il paradigma riparativo instaura con alcuni capisaldi della materia penale: fra di essi, particolare attenzione è posta a presunzione di non colpevolezza e diritto di difesa, intese come precipitato dell'intero sistema delle garanzie processualpenalistiche a tutela dell'imputato[27]. Si osserva, da un lato, che il riconoscimento dei fatti proprio della logica riparativa, laddove abbia a oggetto fatti suscettibili di integrare un reato, confligga

---

e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile, Roma 2018; sul procedimento dinnanzi al giudice di pace si vedano invece E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli 2017, 259 ss.; V. Bonini, *Giustizia penale di pace e obiettivo conciliativo: una sperimentazione lunga vent'anni?*, in *CP* 2021; da ultimo, v. anche E. Dolcini, *Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace. Non punire come scelta razionale, non punire per ineffettività della pena*, in *RIDPP* 2020, 1223.

[23] Si pensi agli istituti delle condotte riparatorie di cui all'art. 162-*ter* Cp e della messa alla prova di cui agli artt. 168-*bis* ss. Cp e 464-*bis* ss. Cpp, che operano per una serie indistinta di fattispecie criminose, secondo il criterio limite della gravità espressa con un rinvio *quoad poenam*. Di particolare interesse è la valorizzazione *in bonam partem* di comportamenti di tipo riparatorio nell'ambito della criminalità ambientale: in proposito v. M.C. Amoroso, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006*, in *DPenCont* 2015; C. Mazzuccato, *La giustizia riparativa in ambito penale ambientale. Confini e rischi, percorsi e potenzialità*, in Aa.Vv., *La mediazione dei conflitti ambientali. Linee guida operative e testimonianze degli esperti*, Milano 2016, 134 ss. O ancora, ampie sono le valorizzazioni di condotte riparatorie da parte dell'ente che debba rispondere di una responsabilità da reato ai sensi del d.lgs. 8.6.2001 n. 231: in argomento v. P. Severino, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in, *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, cit., II, 1115; A. Presutti, A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano 2018, 210 ss.

[24] Gli esponenti della dottrina penalistica e processualpenalistica che hanno manifestato interesse per la materia sono in numero sempre crescente; fra i molti, senza alcuna pretesa di completezza e oltre ai contributi già menzionati nelle note precedenti, si richiamano almeno R. Bartoli, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *RIDPP* 2016, 96 ss.; M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *DPenCont* 2015, 236 ss. (pubblicato in forma ridotta anche in *Giustizia riparativa*, a cura di G. Mannozzi e G.A. Lodigiani, Bologna 2015); Id., *Pena agìta e pena subìta. Il modello del delitto riparato*, in *www.questionegiustizia.it*, 29.10.2020; G. Fiandaca, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *www.sistemapenale.it*, 28.11.2020; F. Palazzo, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano:* de lege lata *e* de lege ferenda, in *PD* 2017, 349 ss.; G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo*, cit.; V. Bonini, *Evoluzioni della giustizia riparativa in materia penale*, in *Processo penale e giustizia* 2022, 111 ss.; *Ead.*, *Una riforma organica della giustizia riparativa tra attese decennali e diffidenze contemporanee. Definizioni, principi e obiettivi*, in Aa.Vv., *La riforma Cartabia*, Pisa 2022, 725 ss.

[25] Molteplici i documenti sovranazionali che evocano il paradigma riparativo: tra gli strumenti di *soft law*, si ricordano la *Risoluzione delle Nazioni Unite ECOSOC Res.2000/14, recante principi base per l'uso dei programmi di giustizia riparativa* e la *Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec2018/8 sulla giustizia riparativa nella materia penale*; tra quelli di *hard law*, invece, spicca la Direttiva UE 2012/29 sui diritti delle vittime nel procedimento penale. Per un quadro completo, si rinvia a G. Mannozzi, G.A. Lodigliani, *Giustizia riparativa*, cit., 99-105.

[26] Per un commento riassuntivo all'indomani dei decreti attuativi, v. M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *www.sistemapenale.it*, 2.11.2022, spec. 14 ss.

[27] Sebbene antecedenti ai decreti di attuazione, meritano un richiamo le considerazioni svolte in V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 15.6.2021, 24 ss.; molto critico O. Mazza, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *AP* 2022, spec. 24-26.

con l'idea per cui l'imputato debba considerarsi non colpevole fino a sentenza definitiva di condanna, posto che questi sarebbe in qualche misura chiamato ad ammettere l'accaduto; dall'altro, che la difesa tecnica dell'imputato indirizzato verso percorsi riparativi venga per ciò stesso depotenziata, stante il carattere dialogico del processo riparativo che di per sé escluderebbe la presenza di un difensore.
Ora, per affrontare con realismo il contenuto di questi opportuni rilievi, occorre anzitutto partire da una considerazione di fondo. Quanto visto nel paragrafo precedente mostra come la giustizia riparativa debba essere intesa quale paradigma a sé[28], strumento autonomo di risoluzione di un conflitto derivante da un fatto illecito, nella sua accezione lata di fatto che cagiona un danno ingiusto. Sicché qualunque immissione di logiche riparative nel circuito della giustizia penale non può ignorare questa prospettiva. Se è lecito decidere di ricorrere al lessico del diritto penale[29] per delimitare il perimetro di impiego degli strumenti riparativi in ambito penalistico, il suo utilizzo assume in questo contesto un valore puramente descrittivo: ad esempio, il termine "reo" equivale al significato dell'espressione "colui il quale – se l'ipotesi accusatoria risulta confermata secondo le regole operative del diritto e del processo penale – chiameremmo reo". Non ha senso, dunque, preoccuparsi che la normativa di riferimento utilizzi il termine "reato", anziché "fatto illecito", poiché è come se essa ritenesse implicita nella natura dello strumento riparativo la dizione di conflitto derivante da "fatto illecito", che – nel caso di specie – discende dall'essersi verificato un fatto che, ove si giungesse a sentenza di condanna secondo gli strumenti del processo penale, chiameremmo "reato".
Fatta questa premessa, le (pur lecite) preoccupazioni del giurista possono essere grandemente ridimensionate. Anzitutto, come si vedrà tra breve, la funzione teleologica del processo di riparazione deve essere tenuta distinta da quella propria del processo penale, ancorché quest'ultimo possa in concreto incrociare le vicende fattuali del primo ed esserne dipendente[30].
Bisogna poi riconoscere che il fatto umano che ha causato il turbamento e/o il conflitto è solo eventualmente suscettibile di integrare un fatto che costituisce reato: l'orizzonte naturalistico dell'offesa di cui si richiede la piena condivisione non coincide con il reato nei suoi elementi tipici, può essere più ampio[31] o addirittura più ristretto. La giustizia riparativa può accontentarsi di elementi "situazionali", i quali non sarebbero mai da soli idonei a fondare la penale responsabilità – e, dunque, a giungere a un giudizio di condanna satisfattivo per gli interessi dell'offeso. Questi stessi elementi, nondimeno, potrebbero essere i soli a far emergere il reale disvalore del fatto (umano), irriducibile alla mera offesa al bene giuridico.
Un esempio valga a chiarire quanto detto[32]. Il furto della cosa mobile altrui è lesivo in quanto il nostro ordinamento possiede una fattispecie criminosa che punisce il fatto di colui il quale sottragga la cosa mobile altrui per trarne profitto per sé o per altri; ove la cosa mobile sottratta da Tizio fosse un oggetto caro alla vittima per ragioni, in certo senso, "non riparabili" (si pensi al braccialetto d'oro appartenuto al figlio della vittima, morto tragicamente, che il ladro ha fatto fondere), la condotta di furto recherebbe altresì una ulteriore e diversa lesività, irriducibile al disvalore espresso dalla fattispecie criminosa, che ha a che fare con il legame profondo di Caio con l'oggetto sottratto e sarebbe tale perfino se il reato di furto non esistesse affatto. Né, d'altra parte, Caio potrebbe mai trovare soddisfazione nella condanna penale di Tizio, anche a fronte dell'integrale risarcimento del danno

[28] Si esprime in questi termini anche R. Bartoli, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *www.sistemapenale.it*, 29.11.2022.
[29] Come in effetti accade con riferimento ai termini "reo", "vittima", "reato", tanto nella letteratura di riferimento in tema di *restorative justice*, quanto nelle fonti normative: su questo ultimo punto e con particolare riferimento alla Direttiva UE 2012/29, tuttavia, si vedano le considerazioni critiche di G. Mannozzi, G.A. Lodigliani, *Giustizia riparativa*, cit., 102-105.
[30] Sul diverso ruolo che i processi mediativo/riparativo e penale sono chiamati a svolgere e sulle loro possibili interazioni, si veda *infra*, par. 3.
[31] Così sembra esprimersi V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., 27.
[32] Si ringrazia il Revisore per l'acuto suggerimento dell'esempio riportato nel testo.

(che potrebbe anche essere decisamente esiguo, magari perché il braccialetto era di scarso valore in termini assoluti).
Di là della portata parossistica dell'esempio – ma non del tutto implausibile, se si vuole –, esso mostra con estrema lucidità quale sia il compito della giustizia dialogica: ancor prima che riparare, dare un'identità all'offesa spersonalizzata e restituire un volto alle parti in conflitto.
Rimane ferma, beninteso, la necessaria separazione tra i due circuiti: intendendo perciò che il modello riparativo fornisce una "eventuale" risposta al reato, sia perché essa è un'opzione volontaria che le parti potrebbero scegliere di non attivare, sia perché essa potrebbe viceversa essere l'unica risposta attivata o attivabile nei casi in cui il reato non venga accertato (ma il conflitto da esso generato permanga).
A questo punto si può ragionevolmente ritenere che la risposta riparativa – se opportunamente interpretata secondo queste direttrici – non si ponga in frizione con alcuno dei principi costituzionali; al contrario, proprio nell'architettura costituzionale può trovare fondamento e legittimazione.

2.3. Ragionare sulle frizioni costituzionali che il modello riparativo importa può forse indurre a una visione parziale e compartimentistica della vicenda penale. Se è vero che la valenza di un sistema di garanzie a tutela della persona accusata di aver commesso un reato in sede di accertamento della sua penale responsabilità è un traguardo di civiltà giuridica non negoziabile, la sua stessa esistenza perde di senso ove – per questa via – a essere violati siano i principi che sorreggono la stessa responsabilità penale[33].
La prospettiva, quindi, meriterebbe di essere rovesciata. Il tema della conformità a Costituzione del modello riparativo *in action* (che è la declinazione che ragionevolmente appassiona e preoccupa i più) dovrebbe essere preceduto da altra discussione, relativa alla (il)legittimità costituzionale della sanzione penale a fronte di un possibile percorso di riparazione capace di ridurre o addirittura azzerare l'offesa subìta.
È noto come le norme che regolano la risposta sanzionatoria all'illecito penale siano sottoposte a un vaglio di costituzionalità incentrato sul criterio della ragionevolezza[34], che investe tanto la selezione dei fatti illeciti alla luce degli interessi tutelati e la scelta della tecnica di tutela (in particolare con riguardo all'alternativa tra sanzioni penali e amministrative), quanto la determinazione della misura e della tipologia di sanzione applicabile. Esso, quale proiezione esplicita del principio di

[33] Si richiama qui il passaggio argomentativo di Massimo Donini, il quale, nel criticare la tendenza del processo di cognizione di primo grado a ripiegarsi eccessivamente sui profili di accertamento "oggettivo" del fatto, afferma che «non ci sono solo esigenze "di garanzia" (il cd. diritto penale del fatto), ma anche di applicazione della personalità della responsabilità penale e dello stesso volto umanistico della giustizia»: v. M. Donini, *Pena agìta e pena subìta*, cit., 19, nt. 40.
[34] Tra i casi emblematici più risalenti si richiama C. cost. 27.6.1974 n. 218, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 penultimo co. r.d. 5.6.1939 n. 1016 (Testo unico delle norme per la protezione della selvaggina e per l'esercizio della caccia), modificato dalla l. 2.8.1967 n. 799, limitatamente alla parte in cui si riferisce al soggetto che, pur avendo l'assicurazione, è sorpreso a cacciare privo dei soli documenti dimostrativi. La Corte ha accolto la questione incentrata sulla ingiustificata parificazione dei due trattamenti sanzionatori, affermando che è nella discrezionalità del legislatore – sia pure «con il limite di una ragionevole differenziazione rispetto alla fattispecie di chi caccia senza essere assicurato – lo stabilire con quale sanzione debba essere punito chi, pur essendo assicurato, è sorpreso a cacciare privo dei documenti dimostrativi»: per un'analisi della pronuncia v. A. Cerri, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di uguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifica di pari normazione in ordine a situazioni diverse*, in *Giur. cost.* 1974, 2163 ss.

proporzionalità[35], consente di valutare quando la risposta penale risulti inconferente con le medesime ragioni di tutela poste a presidio del bene per cui la singola norma penale è stata concepita[36].
Il giudizio di proporzionalità, superata la prima fase del suo necessario ancoraggio all'art. 3 Cost.[37], è divenuto canone di apprezzamento della razionalità intrinseca di ciascuna fattispecie criminosa, sia nella sua dimensione astratta[38] che nel momento punitivo concreto[39]. Tuttavia, l'inesistenza di un criterio che permettesse di commisurare con esatta precisione la gravità del reato al tipo e al *quantum* di pena ritenuta "giusta" ha indotto la necessità di costruire un sistema di risposte punitive secondo una scala decrescente, che si mantenesse quanto più coerente, ferma l'impossibilità di parametrare la punizione all'offesa nei delitti più gravi[40]. La connessione teleologica che si instaura tra proporzionalità e offensività rende quest'ultima criterio di conformazione interna delle norme penali: essa è strumento di quantificazione della proporzionalità, e il loro combinato disposto costruisce parametro di invalidazione delle norme non conformi al volto costituzionale della sanzione penale[41].
Da questo punto di vista, l'offesa al bene tutelato riflette non solo il bisogno di pena per la condotta tipizzata, ma anche la meritevolezza di risposta punitiva per il comportamento lesivo in effetti attuato[42]. La Corte costituzionale nel 1994[43] ha riconosciuto come questo duplice intreccio avesse delle necessarie ripercussioni sull'efficacia della finalità rieducativo-risocializzante, posto che una prospettiva teleologicamente orientata della pena finisce col plasmare le valutazioni di congruità di un dato perimetro edittale; nel caso di specie, in particolare, si metteva in relazione l'offesa tipica con la conseguenza sanzionatoria, ritenendo sproporzionata già la decisione legislativa di punire una condotta riconducibile a un grado di offensività piuttosto tenue con una sanzione penale di per sé afflittiva[44], asserendo che un sacrificio alla libertà personale palesemente eccessivo collidesse con il medesimo fine della sanzione penale.

---

[35] In dottrina, nella vasta letteratura sul tema, cfr. soprattutto l'indagine di V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005, ove si racchiude l'inquadramento del principio di offensività come canone di politica criminale, criterio ermeneutico e parametro di ragionevolezza. Per una riconsiderazione della tematica proprio nell'ottica del principio di proporzione, invece, si può guardare il recente studio monografico di N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino 2020.
[36] Si veda V. Manes, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell'anno del diritto 2013*, a cura di R. Garofoli e T. Treu, Roma 2013, 104, secondo la proporzionalità della sanzione è soltanto una delle proiezioni del principio di ragionevolezza, dato che «l'idea-limite che lo anima ne coltiva le prestazioni in un ambito sovraordinato e ben più esteso rispetto a quello dell'adeguatezza della pena, *attestandolo come canone fondamentale per la stessa giustificazione del diritto penale*» (corsivo aggiunto).
[37] Criticamente F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *RIDPP* 1998, 376 ss.
[38] W. Naucke, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna 1980, 49 ss., ove si individua nella proporzionalità sanzionatoria il limite generale alle decisioni di politica criminale, posto a garanzia del bilanciamento tra i possibili effetti «positivi» dell'incriminazione con i sacrifici che la pena implica per i diritti fondamentali dell'individuo.
[39] F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *DPenCont* 2017, 64 ss.
[40] M. Donini, *Il delitto riparato*, cit., 238; nonché D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *RIDPP* 2016, secondo cui la risposta punitiva che segua un canone di sostenibilità etica non potrà mai eguagliare la gravità dei massimi delitti: si deve dunque accettare che la risposta all'illecito penale possa essere sproporzionata per difetto.
[41] D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *DPenCont* 2017, 50.
[42] V. Manes, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *RIDPP* 2007, 751, ove ancora una volta si evidenzia come il controllo di ragionevolezza si sia sovente innestato su ulteriori canoni di matrice penalistica: offensività, *extrema ratio*, colpevolezza, rieducazione.
[43] Si tratta della sentenza n. 341, concernente il minimo edittale per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale: C. cost. 22.7.1994 n. 341, in *FI* 1994, I, 2585; cfr. anche E. Gallo, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost*. 1995, 3202, nonché G. Ariolli, *Il delitto di oltraggio tra principio di ragionevolezza e finalità rieducativa della pena*, in *CP* 1995, 25 ss.
[44] Tema oggi di estrema attualità, non solo per le conseguenze della riforma Cartabia in materia di 131-*bis*, per cui si rinvia a D. Brunelli, *Le modifiche alla non punibilità*, cit., ma anche in ragione delle frequenti sollecitazioni giurisprudenziali volte a sottolineare la pregnanza delle ipotesi tenui ai fini della non punibilità; si veda, ad es., l'ordinanza del Tribunale di Roma, VIII sezione penale, 18 luglio 2022, con la quale si solleva la questione di legittimità costituzionale

Più di recente, l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte è stato ripreso e ulteriormente sviluppato nella sentenza n. 236 del 2016[45], ove si è precisato che il principio di proporzionalità della pena opera come limite alla potestà punitiva statale, richiedendo quindi una pena adeguata all'effettiva responsabilità del colpevole, da questi percepibile come giusta reazione all'illecito commesso[46].
Per questa via, tanto il legislatore quanto l'interprete in sede applicativa sono chiamati a escludere ogni esito sanzionatorio che risulti intrinsecamente irrazionale, sproporzionato e contrario al canone di colpevolezza, pena l'assoluta inconsistenza dell'intero sistema punitivo.
Ora, il giudizio di proporzionalità sanzionatoria può essere meglio inteso come giudizio di proporzionalità della risposta all'illecito penale *tout court*: da questa prospettiva, la soluzione offerta dalla giustizia riparativa pare essere la sola in grado di restituire coerenza ai principi di proporzionalità, offensività e uguaglianza in tutte quelle situazioni in cui una conseguenza dell'illecito autenticamente penale risulti per qualche ragione distonica o comunque non praticabile. Se, infatti, si ammette che la coerenza del sistema dei delitti e delle pene dipende non solo dalla congruenza astratta tra offesa tipizzata e sanzione comminabile – in una progressione logica di scelte incriminatrici –, ma anche dalla razionalità della conseguenza sanzionatoria in termini di ragionevolezza, uguaglianza e proporzione rispetto all'offesa prodotta, non sembrerà assurdo ritenere che un simile assunto possa estendersi alla conseguenza *tout court*, quand'anche essa dovesse cessare di essere "sanzionatoria" e divenisse piuttosto "riparatrice". È come se, anche laddove non possa ritenersi superata la soglia minima per la meritevolezza di sanzione penale, l'ordinamento si facesse carico di offrire ugualmente una risposta pubblicistica alla frattura generata dalla condotta di astratto rilievo penale, sottraendola all'arbitrio della giustizia privata [47]. Per questa ragione la "contaminazione" del paradigma riparativo non solo è conforme a Costituzione, ma è altresì in grado di esaltare i più alti valori contenuti nella Carta fondamentale e di ritrovare qui la propria autentica legittimazione.

2.4. Accanto alle problematiche di compatibilità costituzionale di cui si è fatto cenno, vi sono alcune obiezioni politico-criminologiche che possono essere mosse a fronte della prospettiva di un ricorso alla giustizia riparativa come risposta all'illecito penale.
Tra di esse trova sicuro spazio il peso che la rinuncia alla pena può avere nella percezione del livello di sicurezza pubblica. Il tema, come è noto, ha radici profondissime ed è stato battuto dai più autorevoli studiosi[48]. La sua costante riproposizione riflette l'idea per cui ogni reato conserva un *quantum* di offesa pubblicistica all'interesse statuale per la propria conservazione, foriera di una disobbedienza che merita per ciò stesso censura[49]. Questa concezione, per quanto opinabile, non è

---

dell'art. 629 co. 1 e 2 Cp, nella parte in cui non prevedono una diminuente quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità: l'ordinanza è consultabile su *www.giurisprudenzapenale.com*, 22.2.2023.

[45] Per un commento F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *DPenCont* 2017, 65 ss.

[46] Con le parole della Corte: «Laddove la proporzione tra sanzione ed offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, non ne potrà che discendere una compromissione *ab initio* del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta, del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espresso». Così la Consulta aggancia l'incostituzionalità dell'art. 567 co. 2 Cp all'art. 27 co. 3 Cost.; cfr. C. cost. 10.11.2016 n. 236, § 4.2.

[47] M. Donini, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE*, in *www.sistemapenale.it*, 20.12.2022, 3 ss.; v. anche G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo*, cit., 16 ss.

[48] Fra i molti cfr. almeno *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini e M. Pavarini, Bologna 2011; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019; nonché la recente indagine, anche in prospettiva storica, di F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo. Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno fra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, Napoli 2020.

[49] Da ultimo A. Cavaliere, *Punire per ottenere 'sicurezza': corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 20.4.2021, 17-18.

priva di fondamento giuridico, né di legittimazione politica. Innanzitutto, la funzione teleologica del diritto penale orientata alla "difesa sociale" e al mantenimento di un dato assetto (ordine!) pubblico viene sublimata nel binomio sicurezza-prevenzione speciale negativa[50], tentando di quietare le coscienze attraverso il più alto grado di neutralizzazione del pericolo di offesa raggiungibile. Un meccanismo di espansione della tutela penale che si giustifica per la sua carica coesiva e che non trova (apparenti) ostacoli nel tessuto costituzionale.
D'altra parte, sul piano della legittimazione, una simile impostazione trova ampio consenso sociale e politico non soltanto nelle frange più reazionarie, ma anche in seno a formazioni classicamente definite "liberali" o "democratiche"[51]. La promessa che lo Stato avrebbe garantito un diritto alla sicurezza, più che la sicurezza dei diritti[52], ha spostato l'orizzonte dell'aspettativa individuale verso una tutela quasi assoluta e non bilanciabile dei propri beni, sublimata nel concetto di "sicurezza": della propria incolumità personale, della propria abitazione, della propria salute, della propria identità, e così via.
A dispetto delle apparenze, il tentativo di costruire risposte all'illecito penale diverse dalla sanzione punitiva, se inserito in un quadro programmatico più ampio[53], può in realtà offrire un concreto contributo a una sostanziale inversione di rotta nell'atteggiamento collettivo.
Vi sono almeno due ragioni a sostegno di questo assunto: da un lato, assicurare alla comunità la capacità di gestire i conflitti che si verificano al suo interno – pur mantenendo su tale gestione la garanzia del controllo pubblicistico – restituisce coesione e riduce il senso di insicurezza collettiva derivante dalla percezione di un rischio vittimizzazione[54]; dall'altro, promuovere un modello di risposta al reato razionale dona serietà e credibilità al sistema penale medesimo, in cui la risposta punitiva appare realmente residuale, efficace, ed effettiva[55].

3. Anche il paradigma riparativo riflette di necessità la molteplicità delle forme di manifestazione del reale. Di conseguenza, è ragionevole ipotizzare che all'interno dello stesso paradigma riparativo possano sussistere diversi modelli di riparazione, purché rispondenti alla logica propria del modello unitario: la letteratura specialistica ha avanzato più di una classificazione, ciascuna basata su un aspetto della metodologia riparativa. Ad esempio, se si guarda al *tipo* di riparazione riconosciuta come valida si possono distinguere forme di riparazione materiale, simbolica o formale[56]. Esistono poi differenti strumenti di attuazione dei programmi, in cui mutano i soggetti coinvolti, la fase in cui si interviene, gli stili di conduzione del dialogo, le modalità operative e i risultati ottenibili[57]. Non

---

[50] W. Naucke, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 74 ss.
[51] A. Cavaliere, *op. cit.*, 24; a questi si rinvia anche per l'ampia critica al modello di «diritto penale liberale», spec. 30 ss.; cfr. anche M. Donini, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il "diritto" penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, in *www.discrimen.it*, 24.5.2019.
[52] Il riferimento è naturalmente al celebre saggio di Alessandro Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia e M. Palma, Milano 2001, 19 ss.
[53] Fatto di strumenti extrapenali (soprattutto di natura economica, sociale e culturale) a carattere propositivo: v. A. Cavaliere, *op. cit.*, 24.
[54] J. Robert, *Public Opinion, Crime and Criminal Justice*, Boulder 2000.
[55] Sul punto v. anche *infra*, par. 5.
[56] G. Mannozzi, G.A. Lodigliani, *Giustizia riparativa*, cit., 222 ss.
[57] In via del tutto sommaria possiamo individuare tre macro-modelli: la mediazione autore-vittima; i *restorative circles* (cd. «dialogo riparativo»); i *family group conferencing*. Il primo è un modello duale che vede a confronto direttamente vittima e autore – nel dialogo con un mediatore, con l'obiettivo di giungere a una interpretazione condivisa del conflitto; gli altri due sono strumenti collettivi, che coinvolgono di norma più di due soggetti (nel caso dei *family group*, ad esempio, si includono i familiari della vittima) e si svolgono secondo la logica dei *circles* (modalità di soluzione dei conflitti tipica delle *native communities* canadesi e nordamericane, basata sul dialogo tra gli appartenenti alla comunità che, seduti in cerchio, si confrontano tra loro senza gerarchie o triangolazioni: in argomento si veda M.S. Umbreit, *The Handbook of Victim Offender Mediation. An Essential Guide to Practice and Research*, Jossey Bass, San Francisco 2001, 302); per

solo i modelli sono pluralistici, lo sono anche le forme di innesto nel circuito penale[58]. È questa un'idea che – seppur non tematizzata – esiste già nel tessuto applicativo degli strumenti di riparazione: la giustizia minorile offre un modello che, per molti versi, è considerato un archetipo nel nostro sistema[59]; gli ambiti di sperimentazione offerti dal giudizio dinanzi al Giudice di pace divergono da quell'archetipo, così come gli istituti *lato sensu* riparativi via via innestatesi nel processo penale "ordinario" (fra tutti, la messa alla prova per adulti) possiedono caratteristiche che li rendono idonei a quel tipo di contesto e non ad altri.
Potremmo quindi sostenere l'opportunità (e l'utilità) della costruzione di *modelli differenziali di riparazione quale risposta al reato*.
La costruzione di tali modelli è questione altamente tecnica[60] e investe naturalmente entrambi i profili (sostanziale e processuale) del circuito penale[61]. Appurato che la riparazione possa costituire adeguato strumento di risposta al reato, dal punto di vista del diritto sostanziale, occorre comprendere che tipo di incidenza un evento riparativo possa avere *sul* reato.
Deve premettersi che, in questa fase, siamo già entrati nella sfera di dominio del diritto penale: non si parla più di giustizia riparativa in quanto strumento di composizione di un conflitto (sia esso dato dall'essersi verificato un fatto di reato o meno), ma di strumenti di giustizia riparativa che si affacciano alle valutazioni del giure penale. Un fatto astrattamente qualificabile come reato, quindi, si è verificato e un giudice è stato chiamato (o lo sarà presto) al suo accertamento.
Fatta questa premessa, astrattamente si possono immaginare almeno tre vie di incidenza dell'evento riparativo sul fatto di reato: 1) non punibilità; 2) attenuazione della responsabilità; 3) elemento commisurativo della pena ai sensi dell'art. 133 Cp[62]. Esse, piuttosto che autoescludersi tra loro, possono più efficacemente essere concepite come progressione di risposta all'offesa.
La strada della non punibilità è sorretta dai principi di ragionevolezza e proporzionalità della risposta sanzionatoria. Avremmo quindi la costruzione di "fattispecie a sanzione positiva" in cui l'effetto della mancata applicazione della pena discenderebbe dal verificarsi di un fatto tipizzato nella norma come, ad esempio, l'aver compiuto un percorso di riparazione e l'aver, quindi, risolto il conflitto derivante dal reato in un luogo diverso dal processo penale[63].

---

un'analisi approfondita di ciascun modello e dei sotto-modelli ipotizzabili rinvia G. Mannozzi, G.A. Lodigliani, *Giustizia riparativa*, cit., *passim*.

[58] Come del resto avviene nel circuito penale in senso stretto, ove l'ordinamento ha pensato a diverse tipologie di "pena" comminabili. Per una riflessione alla luce della "ristrutturazione" offerta dalla riforma Cartabia, si veda G. De Vero, La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 20.2.2023.

[59] N. Triggiani, *Dal* probation *minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di N. Triggiani, Torino 2014, 18.

[60] Come ricorda Francesco Palazzo, la relazione che si instaura tra giustizia penale e giustizia riparativa è un tema che impegna la comunità scientifica in una riflessione tecnico-giuridica sui possibili punti di incontro/scontro: F. Palazzo, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in *Giustizia riparativa*, cit., 67 ss.; Id., *Sanzione e riparazione*, cit., 349 ss.

[61] R. Bartoli, *Una breve introduzione*, cit., 11-12.

[62] Ve ne è un'altra che assume rilevanza nel contesto dell'esecuzione della pena, che qui accenniamo soltanto: i percorsi riparativi possono assumere rilievo nell'ambito di un più ampio programma di trattamento ai sensi dell'art. 1 Op.

[63] Questo modello pone il problema della eventuale sclerotizzazione del meccanismo nella sua applicazione pratica, con perdita di garanzie per l'imputato: in pratica, il presunto autore di reato si troverebbe ad "ammettere" la propria penale responsabilità in un luogo non garantito al pari del processo penale, consegnando così la propria colpevolezza al giudice. Il problema, però, è soltanto virtuale. La categoria della non punibilità ha come presupposto logico la rinuncia del legislatore a perseguire penalmente taluno (D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino 2019, 306-307), talché, a fronte dell'inattualità della meritevolezza di pena per quell'offesa, non ha senso immaginare un'ammissione di responsabilità penale per un fatto che il legislatore ha valutato come non (più) penalmente perseguibile. Va rilevato altresì che le mere cause di non punibilità discendenti dalla necessità di non punire un fatto di reato per ragioni inerenti alla stessa tutela del bene offeso da quel fatto di reato hanno una funzione residuale (*ibid*., 335) che interviene a esito dell'accertamento dell'esistenza di un fatto di reato. Nessuna ammissione indebita, dunque: sarà eventualmente il processo a condurre verso un proscioglimento per ragioni diverse dalla non punibilità. A conferma di quanto detto, si rileva che, d'altronde, la medesima preoccupazione dovrebbe aversi anche, ad esempio, nei casi di non punibilità per particolare tenuità del fatto. In effetti, nello schema concettuale della riparazione ci sembra possa ravvisarsi la medesima

L'evento riparativo (non conseguito) può altresì assumere rilevanza attenuante, almeno nei casi in cui la mancata riuscita di tale percorso o l'impossibilità di condurlo/portarlo a termine non siano ascrivibili alla volontà dell'autore.
Da ultimo, l'eventualità di una condotta volta a riparare l'offesa può funzionare come autentico strumento perequativo, che può orientare il giudizio commisurativo *in melius*, tenendo in considerazione il comportamento (positivo) tenuto dal reo *post delictum*.
Le questioni che attengono al momento in cui si verifica l'evento riparativo comportano specifiche conseguenze di natura processualistica, e da questa prospettiva richiederebbero opportuna meditazione.
Ciò che deve tenersi a mente, però, è che i modelli sono differenziali proprio perché possono innestarsi in ogni fase e grado del procedimento (non solo del processo) penale. È perciò opportuno che se ne preveda una operatività differenziata e concreta a seconda del momento in cui l'evento riparativo ha luogo[64]. Ciò implica altresì che i diversi attori della giustizia penale (avvocati, magistrati, operatori penitenziari) si facciano seriamente carico di promuovere i percorsi di giustizia riparativa, senza retorica ma anche senza pregiudizi, ciascuno nella propria sede.

4. In attuazione delle direttive fissate dall'art. 1 co. 18 della legge delega 27.9.2021 n. 134, il d.lgs. 10.10.2022 n. 150 ha introdotto una disciplina definita «organica» della giustizia riparativa, sancendo il suo ingresso ufficiale nell'ordinamento giuridico italiano[65].
All'interno della nuova architettura, possiamo distinguere in particolare:
a) norme procedurali, volte a disciplinare gli istituti, i principi e gli obiettivi, nonché i programmi e le garanzie interne alla giustizia riparativa: capi I-III del titolo IV del decreto;
b) norme organizzative, dirette a regolare la formazione dei mediatori esperti e i servizi per la giustizia riparativa: capi IV e V del titolo IV del decreto.
Rinviando ad altri Autori per una più analitica disamina dei singoli articoli[66], qui interessa mettere in luce quelle disposizioni che consentono di cogliere i tratti essenziali del modello che la Riforma sembrerebbe accogliere.

---

logica sottesa all'art. 131-*bis* Cp: si tratta pur sempre di muoversi nell'ambito di un giudizio latamente commisurativo, che attiene alla meritevolezza, giustezza, utilità della conseguenza autenticamente penale a fronte di un determinato accadimento di segno positivo che ha neutralizzato la valenza (rieducativa, specialpreventiva) del precetto per quel dato soggetto a fronte di quello specifico fatto; per ulteriori rilievi sull'interferenza tra le due sfere, con particolare riguardo al modello di diritto positivo adottato dalla Riforma Cartabia, si veda *infra*, par. 4.

[64] Il momento in cui l'evento riparativo interviene può condizionare le conseguenze sul reato. Si possono distinguere almeno tre momenti in cui esso può dar luogo a esiti diversi dal punto di vista procedimentale/processuale: (I) fase antecedente alla chiusura delle indagini; (II) fase di giudizio; (III) fase *post iudicium*.

[65] L'elaborazione è stata affidata al sapiente coordinamento di Adolfo Ceretti, massimo esperto della materia, con il Decreto del Ministro della Giustizia del 28 ottobre 2021 – *Costituzione presso l'Ufficio Legislativo di cinque gruppi di lavoro per l'elaborazione di schemi di decreto legislativo: un primo, per l'elaborazione di modifiche normative in materia di indagini preliminari, di udienza preliminare e di controllo giurisdizionale della legittimità della perquisizione; un secondo, di modifiche normative in materia di giudizio di primo grado, processo in assenza e notificazioni; un terzo, di modifiche normative in materia di procedimenti speciali, impugnazioni, amministrazione dei beni in sequestro ed esecuzione della confisca, diritto all'oblio degli indagati e degli imputati e deindicizzazione in caso di archiviazione, non luogo a procedere o assoluzione; un quarto, di modifiche al sistema sanzionatorio penale; un quinto, recante la disciplina organica della giustizia riparativa*, disponibile in *www.giustizia.it*. Tra i molti contributi dello Studioso sul tema si vedano A. Ceretti, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, III, Milano 2000, 1 ss.; M. Cartabia, A. Ceretti, *Un' altra storia inizia qui*, Firenze-Milano 2020.

[66] Oltre a M. Gialuz, *op. cit.*, § 4, si vedano almeno M. Bouchard, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in *www.questionegiustizia.it*, 7.2.2023; G. De Francesco, *Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa*, *www.lalegislazionepenale.eu*, 2.2.2023; 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; M. Iannuzziello, *La disciplina organica della giustizia riparativa e l'esito riparativo come circostanza attenuante comune*, *ivi*; D. Guidi, *Profili processuali della giustizia riparativa*, in *www.discrimen.it*, 16.11.2022; A. Presutti, *Aspettative e ambizioni del paradigma riparativo codificato*, in

Da questo punto di vista, è interessante soffermarsi anzitutto sulle definizioni (art. 42).
Partiamo dai soggetti destinatari delle prescrizioni. I protagonisti della giustizia riparativa in chiave Cartabia sono (soprattutto) la «vittima del reato» e la «persona indicata come autore dell'offesa». La prima è descritta come la «persona fisica che ha subìto direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale» o anche «il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona». Dalla rappresentazione offerta si comprende come il riferimento al "reato" non abbia che carattere puramente descrittivo[67]: la vittima *del* reato, infatti, non coincide necessariamente con la persona offesa in senso processualistico (né tantomeno con la parte civile o con il danneggiato dal reato), ma riguarda in maniera aspecifica chiunque subisca un danno diretto derivante dal reato[68], indifferente la natura del danno stesso[69]. Inoltre, ai programmi di giustizia riparativa può accedere anche la persona offesa di un reato diverso da quello per il quale si procede o per cui si avvia il programma (così espressamente l'art. 53 del decreto), in ossequio al meccanismo della *surrogate victim*[70]. Si consente alla persona che ha subìto un danno in conseguenza del verificarsi di *un* reato – ancorché diverso da *quel* reato per il quale sia iniziato il procedimento penale – di ricevere soddisfazione anche laddove l'autore rimanesse ignoto o il reato trovasse in giudizio diverso riconoscimento. Questa prescrizione non solo fortifica la vittima nella sua posizione altrimenti debole, ma conferma altresì l'indipendenza (concettuale ma anche) strutturale della giustizia riparativa rispetto alla giustizia penale su cui si innesta: a prescindere dalle sorti processuali del singolo reato[71], si ritiene che la persona che abbia subito un danno da un comportamento astrattamente qualificabile come reato sia legittimata a ricevere cura e attenzione.
Il secondo dei protagonisti può essere «1) la persona indicata come tale dalla vittima, anche prima della proposizione della querela; 2) la persona sottoposta alle indagini; 3) l'imputato; 4) la persona sottoposta a misura di sicurezza personale; 5) la persona condannata con pronuncia irrevocabile; 6) la persona nei cui confronti è stata emessa una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell'articolo 344-bis del codice di procedura penale, o per intervenuta causa estintiva del reato». Un catalogo omnicomprensivo che tenta di fotografare tutti gli stadi "tipici" del procedimento penale, in coerenza con le fasi di accesso ai programmi[72]. Anche in questo caso, le nozioni utilizzate hanno valenza puramente descrittiva: ci si riferisce alla persona che il procedimento penale chiama "imputato" o "persona sottoposta a misura

---

www.sistemapenale.it, 14.11.2022; M. Bortolato, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in *www.questionegiustizia.it*, 10.9.2022, F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte i. «disciplina organica» e aspetti di diritto sostanziale*, in *www.sistemapenale.it*, 27.2.2023.

[67] Cfr. *supra*, par. 2.2.

[68] Questa nozione "ampia" ha naturalmente valenza soltanto nell'ambito dei programmi di giustizia riparativa in materia penale, in virtù dell'espresso vincolo di delega.

[69] Nella "Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150" si esplicita che la dizione volutamente ampia è stata pensata per ricomprendere «ogni possibile effetto dannoso del reato stesso», in linea con l'art. 1 co. 1 lett. *a*, alinea *i* e *ii* della Direttiva 2012/29/UE: cfr. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, 532.

[70] Una "vittima surrogate" è generalmente definita come una persona che ha subito un danno effettivo, ma non dall'autore del reato che partecipa al programma ripararivo: v. M. S. Umbreit, R. B. Coates, B. Vos, *Restorative justice dialogue: A multi-dimensional, evidence-based practice theory*, in *Contemporary Justice Review* 2007, 23-41; A. Saulnier, D. Sivasubramaniam, *Effects of victim presence and coercion in restorative justice: An experimental paradigm*, in *Law and Human Behavior* 2015, 378- 387.

[71] Esso, in corso di giudizio, potrebbe ad esempio essere riqualificato in altra fattispecie, senza che ne risulti mutata l'"offesa" sofferta dalla sua vittima e, perciò, il bisogno di quest'ultima di proseguire lungo il percorso conciliativo eventualmente intrapreso, evitando interruzioni e/o *restart*.

[72] L'art. 44 co. 2 d.lgs. 150/2022 prevede che «Ai programmi di cui al comma 1 si può accedere in ogni stato e grado del procedimento penale, nella fase esecutiva della pena e della misura di sicurezza, dopo l'esecuzione delle stesse e all'esito di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell'articolo 344-*bis* del codice di procedura penale, o per intervenuta causa estintiva del reato».

di sicurezza personale", senza pretesa di fondarne la responsabilità. Va rilevato che il termine "persona" deve essere inteso in senso ampio, rifuggendo ogni tentativo di antropomorfizzazione non presente nella Riforma: anzi, per espressa volontà del legislatore, la persona indicata come autore dell'offesa può essere tanto una persona fisica, quanto un ente con o senza personalità giuridica[73]; circostanza che, del resto, trova conferma nella clausola di estensione all'ente delle disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili, contenuta nell'art. 35 del d.lgs. 8.6.2001 n. 231.

Particolare attenzione merita il n. 1): «la persona indicata come tale dalla vittima», addirittura «anche prima della proposizione della querela». Lungi dal consistere in una previsione stigmatizzante e accusatoria, essa costituisce la chiave di volta del sistema, utile perfino per superare talune (puntuali) perplessità in ordine al meccanismo concepito dalla Riforma.

È stato detto che uno dei punti deboli del modello introdotto con il d.lgs. 150/2022 è che l'esito riparativo non assuma alcuna rilevanza escludente la responsabilità penale, ma sia solo capace di attenuarla[74]. In effetti, l'opportunità della non punibilità (salvo quanto si dirà tra breve), benché – come visto *supra* – idealmente praticabile, non sembra essere stata presa in considerazione dal legislatore delegato (probabilmente costretto dai limiti della delega). Peraltro, si direbbe un controsenso nel contesto di una riforma che intende deflazionare il sistema penale.

Se si guarda alla Riforma nel suo complesso, però, è agevole notare come l'obiettivo della deflazione penale venga in realtà perseguito su più fronti, fra cui spicca l'incremento dei reati procedibili a querela di parte[75]. L'accesso ai programmi di giustizia riparativa in fase pre-procedimentale, allora, richiede una lettura coordinata con il disposto di cui all'art. 162-*ter* Cp, divenendo una sorta di completamento della preesistente disciplina: da un lato, le condotte riparatorie effettivamente compiute sono suscettibili di rilevare ai sensi del predetto articolo, determinando la possibilità per il giudice di dichiarare il reato estinto anche in assenza di una remissione di querela espressa[76]; dall'altro, il "mero" accesso al programma già in una fase embrionale del conflitto interrelazionale costituisce occasione per sanare lo stesso prima che esso diventi oggetto di un procedimento penale. L'opportunità di accesso a un programma di giustizia riparativa nei confronti della persona indicata dalla vittima come autore dell'offesa subìta, anche quando la querela non sia stata (ancora) presentata, quindi, diventa opportunità per l'autore dell'offesa di non divenire mai indagato, imputato, condannato, e per l'ordinamento di non condurre estenuanti procedimenti che si risolvono in un proscioglimento per remissione di querela[77].

---

[73] Così esplicitamente *Relazione illustrativa*, cit., 533, dove si chiarisce inoltre che la stessa vocazione "organica" della disciplina introdotta impone di rendere fruibili i programmi di giustizia riparativa senza preclusioni di sorta, sia in relazione ai reati suscettibili di attivare i programmi che rispetto ai soggetti autori dei medesimi (nonché alle vittime, potendo anch'esse essere "collettive", in accordo con la natura comunitaria della giustizia riparativa). L'opportunità di ricomprendere nel sistema riparativo anche le offese derivanti da crimini "collettivi" è, del resto, insindacabile: non solo perché il terreno della responsabilità derivante da reato commesso da/per un ente collettivo costituisce oggi lo scenario criminologico più diffuso; ma anche perché, con ogni evidenza, è proprio questo il luogo ideale in cui poter sperimentare forme di reazione al reato diverse dalla (e forse più efficaci della) pena. Il tema meriterebbe ben più approfondita analisi, volta soprattutto a indagare le migliori modalità di interazione tra i due microcosmi, nell'ottica di una tanto attesa "Riforma 231"; alcuni stimolanti spunti formulati prima dell'introduzione della disciplina organica della giustizia riparativa si trovano già in L. Ricci, A. Savarino, *Limiti e potenzialità* della restorative justice *nel sistema "231". Spunti per una riflessione sulla scia della riforma Cartabia*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 29.3.2022, spec. 12-16 e 22-27.

[74] F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 15-16.

[75] A. Madeo, *Procedibilità a querela, messa alla prova*, cit.

[76] Sempre che la riparazione sia avvenuta «entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado» (art 162-*ter* co. 1 Cp).

[77] Rimane il dubbio circa l'opportunità di prevedere un espresso coordinamento *ex lege* tra il mero accesso al programma da parte della persona indicata come autore dell'offesa e l'operatività della causa di estinzione del reato di cui all'art. 162-*ter* Cp Si può però rilevare che la scelta legislativa appare forse più coerente con il mantenimento di un'autonomia di struttura e funzione tra i sistemi di giustizia penale e riparativa, posto che il reato ancora non si è manifestato nella sua "dimensione giuridica"; vi è solo una persona indicata come autore di un'offesa astrattamente suscettibile di costituire

Venendo all'«esito riparativo», esso è definito come «qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa, volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti». La locuzione, ispirata al concetto di *restorative outcome* sorto in seno alle Nazioni Unite[78], tenta di assegnare valore relazionale al contributo riparativo, chiarendo che esso può avere qualunque tipo di contenuto, purché sia riconosciuto come satisfattivo dai partecipanti al programma. Viene infatti resa esplicita la possibilità che l'esito riparativo sia "simbolico" e/o "materiale" (art. 56) e si ammette che questo sia "eventuale", cioè che possa anche non aversi, senza che ciò possa produrre effetti pregiudizievoli in capo alla persona indicata come autore dell'offesa (art. 58 co. 2).
Il d.lgs. 150/2022 fornisce altresì una descrizione del concetto «giustizia riparativa» valevole ai fini della sua applicazione, dissipando così il dubbio definitorio che da sempre affligge la materia: in questo ambito, si intende «ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore». L'enunciato è coerente con i principi che sorreggono la giustizia riparativa, quali volontarietà, partecipazione attiva, impegno per la risoluzione concordata del conflitto.
Nell'ambito dei doveri e delle garanzie dei mediatori e dei partecipanti, si inserisce la prescrizione relativa all'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso dei programmi nel procedimento penale e nella fase dell'esecuzione della pena (art. 51). Essa ha l'evidente intento di tutelare tanto la posizione della persona indicata come autore dell'offesa che dovesse trovarsi ad affrontare un procedimento penale per quegli stessi fatti, scongiurando effetti pregiudizievoli derivanti dalla sua partecipazione a un programma di giustizia riparativa; quanto le stesse genuinità e attendibilità delle dichiarazioni rese in quella sede, proprio perché non vi è ragione di temere che queste possano essere strumentalizzate altrove[79].
Questo divieto, però, non implica che non vi sia alcuna possibilità di trasmigrazione dei contenuti e degli esiti del programma nel procedimento penale: si prevede, al contrario, che l'esito dei programmi di giustizia riparativa venga comunicato all'autorità giudiziaria tramite apposita relazione (art. 57) e che questo possa essere valutato «anche ai fini di cui all'articolo 133 del codice penale» (art. 58 co. 1). L'esito riparativo positivo, per questa via, diviene indice di commisurazione della pena, valutabile dal giudice nell'ambito della discrezionalità dosimetrica prevista dall'art. 133 Cp. Esso, in particolare, potrà orientare verso un giudizio sanzionatorio *in melius*, naturalmente concorrendo con gli altri criteri previsti dal predetto articolo.
Si tratta di una previsione tanto feconda quanto incerta. Infatti, da una parte, è chiara l'opportunità che il giudice penale venga a conoscenza del percorso riparativo eventualmente seguito dall'imputato e dei suoi sviluppi[80], onde valorizzarne gli esiti positivi; dall'altra, permane il dubbio che – a dispetto

---

reato, ma la querela potrebbe non essere mai presentata dalla vittima e il procedimento per il suo accertamento, quindi, non venire mai a esistenza, ove la mediazione andasse immediatamente a buon fine.

[78] *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, ECOSOC Res. 2000/14, U.N. Doc. E/2000/INF/2/Add.2 at 35 (2000).

[79] Espressamente nella *Relazione illustrativa*, cit., 546: «Ci si è posti il duplice intento di tutelare in sede processuale sia l'attendibilità dell'accertamento dei fatti che la posizione dell'imputato, escludendo ripercussioni sfavorevoli legate alla partecipazione di costui al programma di giustizia riparativa. In tal modo si è inteso anche rafforzare ulteriormente la portata della riservatezza (§ 17 della Raccomandazione 2018/8).
La prescrizione di inutilizzabilità processuale delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel contesto riparativo struttura un divieto legale di impiego probatorio che si ripercuoterà sulla decisione, sulla validità della motivazione, e sarà censurabile in sede di impugnazione».

[80] È in effetti questo l'unico mezzo attraverso il quale il giudice prende cognizione di ciò che è avvenuto nello spazio riparativo, stante l'inutilizzabilità nel procedimento penale (e nella fase esecutiva) delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso del programma (art. 51), salvi i contenuti della relazione e la possibilità di rendere pubbliche queste informazioni, previo consenso, una volta che il programma si sia concluso e che il procedimento penale

del divieto di cui all'art. 58 co. 2[81] – il contenuto della relazione del mediatore finisca per incidere negativamente sull'autore del reato, condizionando in qualche misura la decisione giudiziaria[82].
Accanto alla «disciplina organica», il riferimento alla giustizia riparativa è valorizzato anche all'interno dei codici penale e di procedura penale. In questa sede ci si soffermerà particolarmente sulle modifiche apportate al codice penale in questa materia[83].
Prima fra tutte, spicca la modifica dell'art. 62 in tema di circostanze attenuanti comuni. Fra le vicende che potevano ammettere una diminuzione di pena secondo il meccanismo delle generiche[84], il n. 6 collegava la diminuzione di pena al risarcimento del danno e alle restituzioni, ovvero all'attenuazione o elisione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Questo strumento è da sempre stato letto come uno dei meccanismi presenti nel nostro ordinamento positivo che rispondono a vario titolo alle logiche del pentimento[85]. A esso vengono di norma accostati altri casi di attenuazione del trattamento sanzionatorio a fronte di comportamenti definiti come reintegrativi/riparatori, come l'art. 13-*bis* d.lgs. 10.3.2000 n. 74, che introduce una diminuzione di pena fino alla metà in materia di debito tributario; le previsioni nell'ambito della tutela ambientale, vale a dire la "riparazione integrale del danno" in tema di inquinamento idrico (art. 140 d.lgs. 3.4.2006 n. 152) e la circostanza di cui all'art. 452-*decies* Cp, che qualifica come ravvedimento operoso il comportamento di chi «si adopera per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, ovvero, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, provvede concretamente alla messa in sicurezza, alla bonifica e, ove possibile, al ripristino dello stato dei luoghi».
A dispetto della dizione utilizzata, però, questi strumenti non rispondono a una logica realmente riparativa[86]; essi, piuttosto, sono volti a «"neutralizzare" l'offesa cagionata con il reato, in modo da favorire la reintegrazione del diritto leso»[87].
Il nuovo art. 62 n. 6 Cp aggiunge all'esistente, in termini di presupposti per la diminuente, «l'avere partecipato a un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato, concluso con un esito riparativo». Naturalmente laddove vi siano impegni assunti all'esito del percorso riparativo, che comportano un *facere* per la persona indicata come autore dell'offesa, la circostanza è valutata positivamente solo quando gli impegni siano stati rispettati (art. 62 n. 6 ultimo periodo Cp): il che si spiega con la volontà di rendere effettivi i percorsi di giustizia riparativa, onde evitare che essi diventino una scorciatoia processuale per ottenere uno sconto di pena.

---

sia stato definito con provvedimento irrevocabile (art. 50 co. 3).

[81] Vi è un espresso divieto di valutazione *in malam partem* della mancata effettuazione del programma, della sua interruzione o del mancato raggiungimento di un esito riparativo (art. 58 co. 2 d.lgs. 150/2022).

[82] Forse anche per mitigare questo rischio, nella *Relazione illustrativa*, cit., 554 si specifica che la relazione del mediatore deve contenere soltanto le linee essenziali dell'accordo di riparazione e del tipo di attività svolte, senza nulla dire circa il contenuto del dialogo che si è svolto tra le parti. Ulteriori elementi potranno essere forniti solo su richiesta dei partecipanti e con il loro consenso (art. 57 co. 1 ultimo periodo d.lgs. 150/2022). Non è tuttavia da escludersi che, a seconda delle modalità con cui il mediatore redigerà la relazione in concreto, informazioni in qualche misura "auto-indizianti" possano confluire nel fascicolo dibattimentale: affronta il tema in chiave critica D. Guidi, *op. cit.*, 118-121. In proposito e in vista della formazione capillare che dovrà essere effettuata, potrebbe rivelarsi utile la predisposizione di un modello di "relazione del mediatore", atta a fornire un indirizzo univoco circa i contenuti della stessa.

[83] Per le modifiche di carattere processuale vedi invece M. Gialuz, *op. cit.*, 12 ss.

[84] In argomento, per un recente affresco ricostruttivo cfr. I. Merenda, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Torino 2022.

[85] M. Donini, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale*, in *Sudi in onore di Franco Coppi*, II, a cura di D. Brunelli, Torino 2011, 889 ss.

[86] Ciò non vuol dire, però, che non possano essere utilizzati a tale scopo, ma solo che il legislatore non li ha pensati per questa ragione.

[87] I. Merenda, *op. cit.*, 187; l'Autrice richiama la tematizzazione messa a fuoco in dottrina delle fattispecie "premiali", finalizzate alla protezione dello stesso interesse tutelato tramite la norma incriminatrice violata: v. T. Padovani, *La soave inquisizione*, in *RIDPP* 1981, 534; Id., *«Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *La legislazione premiale. Convegno in onore di Pietro Nuvolone*, Milano 1987, 47.

Altra disposizione del codice penale in cui viene ora espressamente introdotto il sintagma "giustizia riparativa" è l'art. 152 relativo alla remissione di querela. Si amplia la platea delle ipotesi di remissione tacita, ove «il querelante ha partecipato a un programma di giustizia riparativa concluso con un esito riparativo»; e, anche in questo caso, «quando l'esito riparativo comporta l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la querela si intende rimessa solo quando gli impegni sono stati rispettati». La previsione si inscrive correttamente nell'ambito dei comportamenti extraprocessuali incompatibili con la volontà di persistere nella querela a norma dell'art. 152 co. 2 ultimo periodo Cp: infatti, il raggiungimento di un esito riparativo nei termini sopra espressi – in quanto frutto di un processo volontario e relazionale, ed esso stesso concertato – implica di necessità il soddisfacimento della parte lesa, che ha per questa via rinunciato alla punizione del colpevole. Sicché, nei casi in cui il legislatore considera la querela rimettibile, valutando la pertinenza dell'interesse privato esclusiva o quantomeno prevalente, non può che interpretare tale comportamento come una rinuncia tacita all'accertamento e alla punizione per la lesione subìta. Del resto, queste considerazioni sono coerenti con la giurisprudenza di legittimità, secondo cui integra remissione tacita di querela la mancata comparizione all'udienza dibattimentale del querelante, previamente avvertito dal giudice di pace che l'eventuale assenza sarà interpretata come fatto incompatibile con la volontà di persistere nella querela[88].

Vi è poi l'art. 163 Cp, ove si aggiunge un'ipotesi di sospensione condizionale della pena nell'eventualità in cui il colpevole abbia partecipato a un programma di giustizia riparativa conclusosi con esito riparativo. È interessante notare come questa sia inserita accanto all'ipotesi già esistente di sospensione condizionale, ove l'imputato «si sia adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato da lui eliminabili»: ciò conferma l'intenzione di costruire la nuova disciplina riparativa come qualcosa che diverge dalle già esistenti «condotte riparatorie»[89] e chiarisce, nel merito, che l'esito riparativo raggiunto può (*rectius*, deve) avere natura altra rispetto alla sola eliminazione o attenuazione del danno causato. Naturalmente, in accordo con la disciplina generale della sospensione condizionale della pena, essa si avrà soltanto qualora la pena inflitta non sia superiore a un anno e non sia stata ancora pronunciata la sentenza di primo grado, nei limiti previsti dall'art. 164 Cp.

Vale la pena da ultimo fare cenno a un'ulteriore modifica, destinata ad avere rilevanza indiretta nell'ambito applicativo degli strumenti di giustizia riparativa. Il novellato art. 131-*bis* Cp prevede oggi che la «modalità della condotta» e l'«esiguità del danno o del pericolo» siano valutate ai sensi dell'art. 133 co. 1 Cp «anche in considerazione della condotta susseguente al reato». L'adesione e il compimento di un programma di giustizia riparativa, in questo modo (cioè in quanto condotta tipicamente susseguente), divengono criteri utili per orientare il giudice verso la declaratoria di non punibilità: a patto, però, che l'offesa sia giudicabile tenue. Questa previsione non ha soltanto il pregio di valorizzare l'esito riparativo positivo ai fini dell'esclusione della responsabilità penale anche per i reati procedibili d'ufficio[90], ma altresì rafforza la risposta riparativa quale possibile risposta al reato (anche potenzialmente l'*unica*, a talune condizioni) nelle sue fondamenta epistemologiche. Infatti, in mancanza di questo inciso, nessun esito riparativo avrebbe mai potuto condurre alla non punibilità, se non per effetto della remissione di querela (o della sua mancata presentazione). Al contrario, la previsione di una non punibilità esplicitamente legata al *post delictum*, proprio perché inserita nel contesto di un giudizio di equità[91], apre le porte per una lettura degli strumenti riparativi come indispensabile tassello per una risposta al reato espressa in termini di progressione di proporzionalità.

---

[88] Cass. S.U. 21.7.2016 n. 31668, espressamente richiamata nella *Relazione illustrativa*, cit., 574.

[89] Così la *Relazione illustrativa*, cit., 575 qualifica la pre-esistente ipotesi di sospensione condizionale.

[90] F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 9.

[91] Per una lettura in questi termini dell'art. 131-*bis* Cp si veda D. Brunelli, *Il diritto penale*, cit., 346 ss.; Id., *Dall'equità commisurativa all'equità nell'esenzione da pena*, in *Studi in onore di Dolcini*, Milano 2018, 247 ss.; Id., *Le modifiche alla non punibilità*, cit. Dello stesso avviso anche V. Bove, *Particolare tenuità del fatto*, Milano 2019, 31.

Volendo sintetizzare, dunque, il modello di giustizia riparativa reso diritto positivo dalla Riforma Cartabia attua uno schema duale di incidenza dell'evento riparativo sul reato, in cui il primo ha il ruolo di elemento graduante la responsabilità penale, ma non escludente[92]. La strada della non punibilità, infatti, non è al momento percorsa dal legislatore, se non in via indiretta (remissione di querela tacita) o mediata (131-*bis* Cp).
Tale modello potrebbe allora essere definito "dialogico" e "complementare" rispetto alla giustizia penale. Dialogico poiché crea un ponte comunicativo con il sistema penale: non solo con il processo o con il procedimento, ma con il sistema nel suo complesso. La giustizia riparativa – pur rimanendo altro rispetto al penale – è espressamente chiamata a intervenire quale strumento di gestione del conflitto penale (cioè derivante dall'essersi verificato un fatto qualificabile come reato), in tutte le fasi del conflitto medesimo: prima (fase pre-processuale/procedimentale) durante (processo penale) e dopo (fase esecutiva della pena).
È complementare, poi, perché – letteralmente – funge da opportuno completamento della moderna giustizia penale, per il quale la pena non è più la sola risposta pensabile al reato.
Esso non è ancora un modello "alternativo": se lo diventerà e, soprattutto, se questa aspirazione debba essere condivisa, potremo dirlo soltanto dopo un fisiologico periodo di assestamento, nel quale ciascuno degli attori della giustizia penale sarà chiamato a fare la propria parte, spogliandosi delle sue classiche vesti (o toghe!) e indossando abiti moderni[93].

5. Giunti sin qui, si possono abbozzare alcune provvisorie conclusioni sulla opportunità di pensare alla giustizia riparativa come possibile risposta all'illecito penale. Essa, come è evidente, non può e non deve sostituirsi alla risposta penale, ma con quest'ultima è destinata a convivere in un quadro funzionale ed efficiente di gestione del conflitto sociale.
La sua valorizzazione, d'altronde, è strumento per promuovere un utilizzo virtuoso della stessa giustizia penale. Quest'ultima, come è noto, ha il ruolo di garantire la tutela laica di beni individuali e collettivi, secondo un meccanismo di incremento progressivo della "forza" utilizzabile per tale medesima tutela[94]. Sicché, non solo il ricorso al diritto penale come mezzo di protezione è legittimamente derogabile, ma può addirittura risultare conveniente rinunciarvi ove il suo utilizzo risulti complessivamente "inefficiente" rispetto alle finalità di tutela prefissate. In effetti, l'efficienza del sistema penale nella sua interezza è precondizione per garantire una reale protezione dei diritti di ciascuno[95].

---

[92] A cui si aggiungono le "opportunità" offerte dall'operatività dell'art. 168-*bis* Cp anche nelle ipotesi di reati procedibili a querela e, in fase esecutiva, dalla valorizzazione dell'esito riparativo ai fini dell'«assegnazione al lavoro all'esterno, della concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione [...], nonché della liberazione condizionale» (art. 15-bis co. 2 Op, come modificato dall'art. 78 d.lgs. 150/2022); e, per gli autori minorenni, «ai fini dell'adozione delle misure penali di comunità, delle altre misure alternative e della liberazione condizionale» (art. 1-*bis* d.lgs. 2 ottobre 2018 n. 121, come modificato dall'art. 84 d.lgs. 150/2022). Opportunità che – va detto – erano già accessibili ante Riforma, pur essendo state da quest'ultima messe a sistema.
[93] Ancor prima del mutamento prospettico, va da sé, vi è la capacità istituzionale di rendere operative le parole della Riforma, in termini di risorse finanziarie indispensabili per dare vita ai luoghi e alle persone che sono parte integrante della «disciplina organica»: i capi IV e V del titolo IV del d.lgs. 150/2022 contengono infatti norme volte a regolare la formazione dei mediatori esperti e la creazione dei servizi per la giustizia riparativa.
[94] M. Donini, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *IP* 2003, 389 ss.; G. Fiandaca, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, I, Milano 1991, 167 ss.
[95] È appena il caso di precisare che, fuor di retorica, l'efficienza processuale è – come avviene in ogni settore del diritto – sintomo di un più generale "buon andamento" del servizio che lo Stato offre al cittadino, e che in molti casi essa è presupposto irrinunciabile per l'esercizio del diritto del singolo o per la tutela di un suo interesse. Il termine, dunque, non deve necessariamente insospettire, salvo che l'efficienza in quanto tale non vada a discapito dei diritti o del diritto. Per la valorizzazione dei profili "efficientistici" della giustizia riparativa, in particolare, si vedano A. Caviola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2000, 244 ss.; F. Giunta, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano 2006, 345; E. Mattevi, *op. cit.*, 75; M. Gialuz, J. Della Torre, *Giustizia per nessuno.*

Qui interessa, in particolare, una precisa accezione del concetto di efficienza di un sistema. Da un lato, si considera il sistema efficiente se capace di raggiungere gli obiettivi posti a suo fondamento e, quindi, se *efficace*[96]; dall'altro, si tiene mente al tempo e alle risorse impiegate, che devono essere *funzionali* e *proporzionali* al raggiungimento degli stessi: quest'ultimo passaggio avvicina l'efficienza a un'idea di razionalità intrinseca del sistema. Costruire la risposta al reato partendo da questa base permette di "ristrutturare" il sistema punitivo sulle fondamenta di un diritto penale non tanto o non solo «minimo»[97], ma soprattutto *credibile*[98].
In questo modello di risposta all'illecito penale "flessibile", assumono rilievo significativo gli strumenti di deflazione della pena in generale e della pena detentiva per eccellenza – vale a dire il carcere – in particolare, quando essi si rivelino maggiormente adeguati a conseguire gli scopi posti a fondamento del sistema.
Si fa riferimento, in genere, a tutti quegli istituti o espedienti giuridici che possono consentire al legislatore prima e al giudice dopo di rinunciare alla risposta penale a fronte di una data offesa. Essi sono appunto concepiti per legittimare la rinuncia alla risposta penale laddove quest'ultima si riveli più efficace (per gli obiettivi di tutela) in termini di ragionevolezza, opportunità e adeguatezza.
Volendo schematizzare, la rinuncia alla risposta penale può dirsi ragionevole ove:
(I) la tutela del bene protetto possa aversi in via più immediata ed efficace secondo strategie extra-penali;
(I) il sacrificio richiesto dalla sanzione penale è grandemente sproporzionato rispetto all'offesa cagionabile.
Essa può altresì risultare opportuna a fronte di situazioni in cui:
(I) il bene protetto abbia carattere strettamente individuale;
(II) l'offesa al bene giuridico abbia di per sé natura temporanea e non irreparabile;
(III) il disvalore espresso dal reato sia concentrato soprattutto nell'evento dannoso.
Il profilo dell'adeguatezza merita invece un vaglio casistico e puntellare, teso a valutare le conseguenze giuridiche e di sistema di una o dell'altra strada. Non è affatto detto che la rinuncia alla risposta penale sia sempre positiva, ad esempio rispetto alla perdita delle garanzie che il sistema penale offre.
Come è noto, la questione assume rilievo tanto sotto il profilo "sostanziale", quanto sotto quello "procedurale". Se il primo aspetto, al netto delle insidie nascoste nelle dinamiche depenalizzanti[99], può oggi essere monitorato grazie al sistema "integrato" di diritto penale europeo, che consente di estendere la copertura garantistica secondo un tendenziale *favor rei*[100], il secondo, viceversa, sembrerebbe mostrare ancora più di un tallone d'Achille. Sebbene il tema esuli dalle finalità di questa trattazione, può dirsi qui che l'aspetto più problematico parrebbe attenere alla possibilità di gradazione delle garanzie processuali, allorquando ci si allontani dal "nucleo forte" della materia penale[101].

L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia, Torino 2022, 1-16.
[96] Secondo il modello offerto dalla Raccomandazione 2010/12 del Comitato dei Ministri agli stati membri sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità, adottata il 17.12.2010.
[97] Secondo il noto paradigma espresso da L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*[9], Roma-Bari 2008, 325 s.
[98] Un modello che ricorda il «diritto penale "mite ma effettivo"» pensato per il sistema della giustizia (penale) di pace: v. E. Mattevi, *op. cit.*, 276 ss.
[99] In argomento si veda A. Gargani, *Depenalizzazione e "materia penale". La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza*, in *www.discrimen.it*, 3.7.2019, spec. 3-5.
[100] Il riferimento è naturalmente alla nozione di "matière pénale" provvista dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a partire dalla sentenza Engel: fra i molti, si possono vedere di recente L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018, 25 ss.; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017, 7 ss. e 75 ss.
[101] A. Gargani, *Depenalizzazione e "materia penale"*, 8 ss.

È quindi evidente che una fuoriuscita dal penale merita un'attenta meditazione, tenuto conto delle problematiche a essa sottese. Può darsi il caso in cui rimanere nella cornice del diritto penale, elaborando strategie di depenalizzazione "in concreto", risulti più vantaggioso per il mantenimento di un livello di garanzie ideale. Infatti, nell'alveo delle possibilità attuative di rinuncia alla risposta penale rientrano classicamente sia gli interventi di depenalizzazione "sostanziale" in astratto (*abolitio criminis*, trasformazione in illecito punitivo civile o amministrativo) che in concreto (istituti che intervengono sulla non punibilità o sulla rinuncia alla pena carceraria)[102].
Ora, tra le circostanze che possono condurre a ritenere superata la meritevolezza di pena in concreto non possono ignorarsi – come è stato autorevolmente rilevato – quei «fatti significativi» in grado di attestare «l'avvenuta responsabilizzazione» dell'autore del reato «rispetto all'illecito del quale si discuta»[103]. Fra di essi trovano spazio le condotte che abbiano portato l'autore di un'offesa a un ravvedimento, quand'anche questo non abbia potuto ripristinare la situazione precedente al reato, poiché esse attestano l'avvenuta comprensione del disvalore della condotta compiuta. A questo meccanismo sono improntati gli istituti dell'esecuzione penale in cui si valorizza l'adesione del condannato al cosiddetto "programma di trattamento" e, più in generale, in cui si assegna un contenuto di segno positivo alle azioni del reo[104]. Così la risposta al reato diventa di segno positivo, non "sottrae" (libertà personale, dignità, risorse economiche) ma "aggiunge" (responsabilità, partecipazione, azioni concrete). La pena "di segno positivo", però, non è ancora un tipo di risposta al reato diversa dalla risposta penale[105]. Essa rimane pena, e in quanto tale è afflittiva e imposta[106].
Non si può escludere, invece, che tanto chi subisce l'offesa quanto chi la realizza abbia un interesse ad attivarsi per offrire una propria risposta al conflitto. In altri termini, vi è un diritto di chi subisce l'offesa a poter accedere a una forma restitutoria – sia pure in via simbolica – realmente satisfattiva (e non tale in virtù di un'equivalenza imposta dall'ordinamento); e per chi la realizza di trovare spazio per un proprio volontario e libero ravvedimento[107].
In tali casi, la riparazione può aprire un sentiero precluso alla pena. Essa ha una declinazione concreta ben precisa: vuol dire configurare un vero e proprio diritto umano alla risposta "partecipata" – o, come è stato detto, «agìta»[108] –, cui lo Stato è chiamato a dare seguito, conferendo estrema serietà

---

[102] I due tipi di depenalizzazione divergono per modalità esecutive: nel caso della depenalizzazione "in concreto", «l'obbiettivo della sussidiarietà viene perseguito sul piano della non punibilità o della *extrema ratio* della pena detentiva in riferimento ad un illecito che rimane formalmente "penale"»; nell'ipotesi della depenalizzazione "in astratto", si fa *ab origine* ricorso a tecniche di controllo sociale alternative al diritto penale: vedi A. Gargani, *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.12.2018, 1.
[103] L. Eusebi, *op. cit.*, 23.
[104] È il caso delle misure alternative, in special modo dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 Op) e della semilibertà (art 48 co. 1. Op); dell'assegnazione al lavoro all'esterno (art. 21 Op); e degli altri benefici penitenziari.
[105] Di diverso parere M. Donini, *Pena agìta e pena subìta*, cit., 5 ss., il quale sembrerebbe immaginare una pena agìta quale contenuto di una risposta riparativa al reato e autenticamente alternativa alla pena classica (subìta).
[106] Sul concetto di "sanzione giuridica" e sulla tradizionale contrapposizione tra quella civile e quella penale, v. F. Antolisei, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo 1930, 157 ss.; N. Bobbio, *Sanzione*, in *NDI*, XVI, Torino 1969, 532-533, 534 s.; P. Nuvolone, *Pena (in generale)*, in *ED*, XXXII, 1982, 787 ss.
[107] *Contra*, tuttavia, G. Fiandaca, *Note su punizione*, cit., 8, secondo il quale «non è da escludere che la volontaria scelta di riparare possa anche essere frutto di un calcolo meramente opportunistico». Ad ogni modo, deve osservarsi che questa è una considerazione valida per ogni declinazione concreta della vicenda penale; ne è un esempio la remissione di querela: non è mistero, infatti, che nella pratica giudiziaria essa diventi uno strumento di "contrattazione" tra difese antagoniste, più che essere effettivo indice di una qualche perdita di interesse verso la lesione al bene subìta. Questo, però, non sembra essere motivo sufficiente a stigmatizzare l'istituto nella sua dimensione teorica e, per così dire, di principio. D'altra parte, il diritto penale non si occupa di sanzionare i comportamenti interiori del reo – che rimangono affare per la sua coscienza –, ma di dare una risposta pubblicistica alle sue manifestazioni esteriori.
[108] L'autorevole Studioso ha in realtà parlato di «pena agita», sebbene secondo la prospettiva qui proposta la pena è sempre inflitta e la risposta "partecipata" non può dirsi pena, per quanto possa essere una reale alternativa alla comune risposta al reato, vale a dire, appunto, la pena. Per i rilievi circa la «pena agita» si veda M. Donini, *Pena agìta e pena subìta*, cit., *passim*.

alla predisposizione di una cornice legislativa così delineata (e, di contro, a una sua mancata attuazione)[109]. È così che l'autore di reato diviene il primo soggetto responsabile della propria rieducazione, non più mero destinatario di una pena spesso incapace di assurgere al ruolo che le viene riservato dall'ordinamento[110].

In questo senso, la riparazione si inserisce nel catalogo delle possibili risposte al reato quale esito effettivamente diverso dalla pena[111], utile a offrire un'alternativa "in concreto", quantomeno laddove quest'ultima si riveli incapace di garantire un disegno programmatico rispondente alle promesse esigenze di risocializzazione[112] (e, quindi, di pacificazione).

Questa specifica modalità di rinuncia alla pena ha il pregio di porsi nella dimensione umana di chi commette il reato e di chi lo subisce, abbandonando l'astrattezza teorica ed etero-imposta del male contro il male[113]. La sua eventuale distorsione – sulla quale sarà peraltro opportuno vigilare – non è un buon motivo per rinunciare a uno strumento di straordinaria civiltà giuridica qual è la *restorative justice*[114].

---

[109] Naturalmente la stessa lettura umanitaria non va esente da rilievi critici, che ancora una volta rischiano di colorare di grigia retorica un tema al quale dovrebbe al contrario guardarsi con estremo realismo. Nella consapevolezza che forse neppure questo sia "il migliore dei mondi possibili", la prospettiva qui suggerita mira alla valorizzazione dei profili più pratici e concreti della metodica dei diritti umani: vale a dire, la garanzia di azionabilità in sede giudiziale e la tutela contro gli abusi di potere che tale garanzia offre. Per una lettura critica dello *human rights approach*, specie con riferimento ai limiti degli strumenti giurisdizionali esistenti in Europa, cfr., per es., J. Gerards, *The Prism of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review* 2012, 173-202; *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, a cura di J. Gerards e E. Brems, 2017.

[110] Secondo il magistrale insegnamento di Klaus Lüderssen, per il quale il paradigma rieducativo classico, sia pure calato nella dimensione "trattamentale" che caratterizza la fase esecutiva della pena, non rende quest'ultima meno retributiva: essa rimane fortemente eterodiretta, fortemente afflittiva e perlopiù ultronea rispetto ai reali bisogni di chi ha subito l'offesa. E infatti, solo nell'incontro tra chi ha subìto l'offesa e chi l'ha realizzata può aversi autentica rieducazione: v. K. Lüderssen, *Il declino del diritto penale*, Milano 2005, 31 ss., 50 ss.; sul punto si vedano le illuminanti riflessioni proposte da De Francesco: in più occasioni, lo Studioso si è soffermato sul rapporto tra riparazione e rieducazione, per primo tematizzando la risposta riparativa all'illecito penale come il precipitato di un diritto umano all'accesso a un dialogo tra offensore e vittima, ove la "rieducazione" del primo passa per la presa di coscienza delle ragioni del conflitto, per l'elaborazione attiva delle modalità per superarlo, giungendo, in definitiva, a divenire "bisogno" da questi percepito come tale: v. De Francesco, Il *silenzio e il dialogo*, cit., spec. 18-20; Id., *Della pena e del punire*, cit., 7-10; Id., *Uno sguardo d'insieme*, cit., 8-10.

[111] Pur compendiando almeno alcune delle caratteristiche di questa: in particolare sulla funzione preventiva generale della giustizia riparativa si veda G. Mannozzi, *La giustizia senza spada*. *Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano 2003, 352, 404-405.

[112] Rileva L. Eusebi, *op. cit.*, 24 come sia incongruente che «nel sistema giuridico odierno è possibile una risposta al reato di carattere totalmente programmatico-progettuale *dopo* la condanna, attraverso la richiamata misura alternativa dell'affidamento in prova (ove applicabile fin dall'inizio della fase esecutiva), oppure *prima* della condanna, attraverso la messa alla prova, ma non al *momento* della condanna: con la conseguenza, fra l'altro, che l'imputato il quale ritenga di poter essere assolto si trova dinnanzi al dilemma, quando potrebbe esse ammesso alla prova, tra l'effettuare la medesima e l'esporsi a una condanna di carattere, comunque, detentivo (a parte i rari casi dell'applicabilità di una pena soltanto pecuniaria)» (corsivo nel testo).

[113] M. Donini, *Pena agìta e pena subìta*, cit., 6.

[114] E infatti, «le possibilità di riparazione del torto, e i problemi di ragionevoli risposte al reato, si collocano dentro un quadro di problemi che riguardano innanzi tutto la riparazione della dimensione precettiva e del principio responsabilità»: D. Pulitanò, *Riparazione e lotta per il diritto*, in *www.sistemapenale.*it, 9.12.2023, 18.

MALATTIE INFETTIVE, SALUTE E SVILUPPO: IMPLICAZIONI ECONOMICHE E RISPOSTE GIURIDICHE.
(Atti di convegno, 14 dicembre 2022)

COVID-19 E RESPONSABILITÀ COLPOSA: BILANCI E PROSPETTIVE

di Cristiano Cupelli
(*Professore ordinario di diritto penale, Università di Roma Tor Vergata*)

Il contributo analizza gli effetti che la diffusione del virus SARS-Cov-2 ha prodotto sul terreno penalistico, con particolare riferimento a quelle soluzioni normative temporanee che hanno inciso su due settori assai problematici della responsabilità colposa, quelli legati all'attività sanitaria e alla sicurezza sul lavoro, mettendo altresì in evidenza, ora che finalmente appare cessata l'emergenza pandemica, possibili spunti per una auspicata e definitiva riforma di tali settori.
The paper analyzes the effects of SARS-Cov-2 in criminal law, with particular reference to temporary and exceptional laws that have affected health and safety at work, two of the most important sectors of negligent liability. Now that the pandemic emergency finally appears to have ended, those laws represent a possible starting point for a desired and definitive reform of these sectors.

SOMMARIO: 1. Gli *effetti indiretti* della pandemia. – 2. La colpa medica e la gestione dell'emergenza pandemica: l'esonero da responsabilità per i vaccinatori. – 3. I limiti della rimproverabilità colposa degli operatori sanitari. – 4. (*segue*) il contesto emergenziale. – 5. (*segue*) l'inadeguatezza dell'art. 590-*sexies* C.p. e la resistenza giurisprudenziale alla misura soggettiva della colpa. – 6. La norma *ad hoc*: l'art. 3-*bis* della l. 28.5.2021, n. 76. – 7. Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: l'esigenza regolatoria. – 8. Le peculiarità del sottosistema della sicurezza sul lavoro. Cenni. – 9. Un nuovo fattore di rischio. – 10. Per concludere: un reale ridimensionamento della colpa penale? – 10.1. Le prospettive di riforma (della riforma) in materia sanitaria. – 10.2. Un ridimensionamento della drammaticità della colpa antinfortunistica da Covid-19.

1. Tra gli effetti che, sul piano giuridico, la diffusione del virus SARS-Cov-2 lascia in eredità vi sono alcune soluzioni normative temporanee che incidono su due settori assai problematici della responsabilità colposa, quelli legati all'attività sanitaria e alla sicurezza sul lavoro.
Indagini avviate in alcune zone d'Italia per eventi avversi legati alla pandemia, da un lato, e l'assimilazione, adombrata nel pieno della fase emergenziale, dei casi accertati di infezione da coronavirus contratta dai dipendenti in occasione di attività lavorative a ipotesi di vero e proprio infortunio, dall'altro, hanno infatti spinto il legislatore ad affrontare una nuova (e consequenziale) *emergenza nell'emergenza*: evitare che medici e operatori sanitari, da oltre un anno e mezzo oramai impegnati in prima linea in condizioni talvolta estreme nella lotta alla pandemia (negli ultimi mesi con diverse ma non minori difficoltà nella campagna vaccinale), e datori di lavoro, protesi con ogni sforzo verso la ripresa dell'attività imprenditoriale, fossero travolti da inchieste giudiziarie miranti a trovare colpevoli, diversi dal virus, per i decessi avvenuti durante tale periodo.
La risposta normativa si è tradotta, sul fronte della responsabilità sanitaria, nell'art. 3 del d.l. 1.4.2021 n. 44 (recante «Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da Covid-19, in materia di vaccinazioni anti Sars-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici»), che ha introdotto un'ipotesi di non punibilità circoscritta ai soli vaccinatori, e, quindi, nell'art. 3-*bis* della relativa legge di conversione (l. 28.5.2021 n. 76), che ha allargato il campo, prevedendo una limitazione della responsabilità penale ai casi di colpa grave di tutti gli esercenti una professione sanitaria, nell'ambito della fase emergenziale; sul versante delle responsabilità datoriali, nell'art. 29-*bis* del d.l. 8.4.2020 n.

23 (convertito poi nella l. 5.6.2020 n. 40), da ultimo esteso, dal comma 5 dell'art. 1 del d.l. 6.8.2021 n. 111, al personale scolastico e universitario.

2. Andando con ordine, il primo intervento legislativo è stato, come si è detto, il d.l. n. 44 del 2021, che ha affrontato, nella versione originaria, solo l'ultimo – e per certi versi più eclatante – rischio riscontrato nel contesto del piano di vaccinazione di massa messo in atto nel nostro Paese, introducendo all'art. 3 («Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sars-CoV-2») un'ipotesi di esclusione della punibilità del personale sanitario addetto alla vaccinazione per i delitti di omicidio e lesioni personali colposi che trovano causa nella somministrazione del vaccino, a condizione che «l'uso dello stesso risulti conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio e nelle circolari del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione»[1].
Si tratta di una norma nata con l'evidente obiettivo di rassicurare, durante il periodo emergenziale, il personale sanitario impiegato nell'attività di vaccinazione con riferimento ai rischi legati al possibile coinvolgimento penale in eventi avversi conseguenti alla somministrazione del vaccino. Tale esigenza, come è ben noto, si è manifestata a seguito di decessi (in numero alquanto esiguo, per la verità) avvenuti nel pieno della campagna vaccinale, accompagnati dall'aperture di inchieste delle competenti Procure (con iscrizione nel registro degli indagati di medici e infermieri che hanno somministrato le dosi), dall'ampio clamore mediatico e dalla temporanea sospensione, in via cautelare, del vaccino AstraZeneca, con rimodulazione dei destinatari. L'effetto temuto, che si è puntato a scongiurare, è stato quello di una "nuova variante" del ben noto tema della medicina difensiva, nella quale i medici, preoccupati dai rischi collegati a eventi avversi imprevedibili, avrebbero potuto scegliere di astenersi dal somministrare il vaccino, con ricadute di non poco conto sui tempi del percorso di vaccinazione.
La prevista non punibilità si fonda su tre requisiti: *a)* il verificarsi dell'evento morte o lesione del vaccinato; *b)* la sussistenza del rapporto di causalità fra la somministrazione del vaccino e i predetti eventi; *c)* la conformità della somministrazione alle relative regole cautelari. Per come formulata, la norma sembra costituire una *causa di esclusione della colpevolezza*, presupponendo la sussistenza di un nesso eziologico (almeno a livello concausale) tra l'inoculazione e la morte o le lesioni che ne siano derivate. Nel merito, si va a incidere sul profilo colposo, escludendosi qualunque residuo margine di rimproverabilità colposa (anche grave) – qualora siano state rispettate le indicazioni contenute nei documenti menzionati – in capo ai soggetti coinvolti a vario titolo nelle attività di vaccinazione (dunque anche a coloro che sono deputati alla distribuzione e alla conservazione dei lotti e alla preparazione delle dosi).
Più nel dettaglio, tra i parametri di conformità si richiama il «provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio», ossia il foglietto illustrativo ove sono contenute le informazioni inerenti alla posologia, alla conservazione, alle modalità di somministrazione e alle possibili controindicazioni. Meno preciso appare invece il rinvio all'ulteriore parametro delle «circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione», che si espone, in assenza di ulteriori specificazioni sulla tipologia di prescrizioni e soprattutto sui destinatari delle stesse, al rischio di tradursi in una formula vuota e non vincolante sul piano del rispetto delle regole cautelari.
La disposizione è *speciale* rispetto a quella prevista al secondo comma dell'art. 590-*sexies* Cp; a ben vedere, infatti: *i)* non limita il proprio ambito operativo alle sole ipotesi di imperizia; *ii)* evita qualsiasi riferimento alla "adeguatezza alla specificità del caso concreto", altrimenti richiesta dal legislatore perché il sanitario possa andare esente da responsabilità penale; *iii)* flessibilizza il richiamo a fonti pre-date, svincolando le cautele imposte dal sistema nazionale delle linee guida e dalla

[1] A prima lettura, M. Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *DPP* 2021, 1171 ss.

formalizzazione richiesta all'art. 5 della l. n. 24 del 2017; *iv)* prescinde, in sede di accertamento, dall'indagine su regole cautelari derivanti da fonti *diverse* da quelle indicate espressamente, dal momento che non sarà rilevante altra condotta, pur se l'osservanza di una norma prudenziale diversa avrebbe potuto impedire, nel caso di specie, il verificarsi dell'evento.
In quanto più favorevole, la norma può assumere naturalmente efficacia *retroattiva* e applicarsi, ai sensi dell'art. 2 Cp, anche a fatti commessi *prima* dell'entrata in vigore del decreto, purché relativi a somministrazioni effettuate «nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457 della l. 30.12.2020, n. 178».

3. In sede di conversione – lo si è accennato – è stato introdotto, nella l. n. 76 del 2021, l'art. 3-*bis* («Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19»*)*, a tenore del quale «durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave». Al secondo comma, viene specificato poi che «ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza»[2]. La norma ha recepito le molteplici e accorate istanze – avanzate al legislatore e al Governo dalla Federazione Nazionale dell'Ordine dei Medici (FNOMCeO) e da una parte (invero non maggioritaria) della dottrina[3] – volte a rimarcare l'esigenza di tenere conto *sino in fondo* delle difficoltà *contestuali* ed *emergenziali* che i professionisti sanitari, trovatisi a combattere una malattia sconosciuta, per la quale le evidenze scientifiche sono in continuo divenire e derivano per lo più da studi osservazionali, hanno dovuto affrontare (e stanno in parte ancora affrontando) e a far sì che la misura del rimprovero personale che può essere loro mosso sia ragionevolmente correlata all'eccezionalità e all'emergenza in cui versa il sistema sanitario.

4. Per comprendere meglio la genesi della fattispecie, occorre soffermarsi in via preliminare e in termini necessariamente rapsodici sulle ragioni dell'intervento legislativo, partendo dal ricordare alcuni aspetti fattuali che hanno connotato il peculiare contesto delineatosi a partire dal febbraio del 2020.
Anzitutto, come si ricorderà, nella fase iniziale della pandemia la diffusione a ritmo esponenziale dell'infezione e l'elevato numero di malati bisognosi di cure e ricovero soprattutto nei reparti di terapia intensiva (con uso di ventilazione assistita) o di pneumologia hanno drammaticamente riproposto all'attenzione dell'opinione pubblica il limite delle risorse disponibili in termini tanto strutturali e organizzativi (numero di posti letto, disponibilità di farmaci e tecnologie) quanto soggettivi (presenza di personale medico ed infermieristico in numero sufficiente e con requisiti di

[2] Nell'ambito dell'ampia bibliografia sui diversi profili di rilevanza giuridica legati all'emergenza Covid-19, si segnalano, nella specifica prospettiva affrontata nel testo, in particolare i contributi di A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "*rischio penale*" in ambito sanitario*, in *DPP* 2020, 887 ss.; P. Piras, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza pandemica,* in *SP* 1.6.2021; C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, ivi; M. Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica*, cit., 1182 ss.; M. Mattheudakis, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, Roma 2021, 157 ss.; L. Carraro, *Il tanto atteso "scudo penale" per la classe medica: vera innovazione o disposizioni dal valore meramente simbolico?*, in *AP* 2/2021.
[3] Sia consentito il rinvio a C. Cupelli, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *SP* 30.3.2020.

specifica competenza e conseguente effettuazione di turni di lavoro massacranti). Al cospetto di evidenti *deficit* di organico, poi, nel tentativo di assicurare il più esteso livello di cura ci si è trovati costretti a fare ricorso, su base volontaria, ad altri operatori sanitari disponibili nella struttura, pure se privi del necessario livello di specializzazione in relazione al tipo di attività medica prestata, i quali hanno assunto volontariamente un rischio che – sulla base dei tradizionali canoni di imputazione della responsabilità – potremmo ritenere punibile a titolo di colpa perché riconducibile alla violazione di una regola cautelare prudenziale, che dovrebbe in questi casi condurre all'astenersi dall'attività. Oltre a ciò, va considerato come, nonostante gli sforzi organizzativi e finanziari a livello statale e regionale diretti ad aumentare i posti letto disponibili in terapia intensiva (trasformando e allestendo nuovi reparti, acquistando le tecnologie necessarie, incrementando il personale, ecc.)[4], la potenza diffusiva della pandemia è stata più veloce e ha adombrato l'allarmante scenario che sugli stessi medici potesse ricadere, in certi casi, la tragica decisione, fra pazienti con diverse speranze e possibilità di sopravvivenza, su chi includere o escludere dal ricovero, dall'accesso alla terapia intensiva o alla ventilazione: in sostanza, la scelta di chi *curare prima* o addirittura *non curare*.
Tra gli ulteriori snodi critici, va segnalato il rilievo cruciale assunto nel contesto pandemico dall'impiego di farmaci sottoposti a sperimentazione e *off label* (o fuori etichetta o fuori scheda tecnica); può darsi ormai per acquisito, infatti, come la nuova patologia sia stata affrontata, nella prima fase, curandone i sintomi attraverso l'impiego di medicinali commercializzati per altre indicazioni, resi disponibili ai pazienti, pur in assenza di indicazione terapeutica specifica per il Covid-19, sulla base di evidenze scientifiche spesso limitate o comunque non accreditate in termini incontroversi; al contempo, è altrettanto risaputo come, per fronteggiare l'emergenza, si sia fatto un "uso compassionevole" del presidio farmacologico, ricorrendo a prodotti in fase di sperimentazione (è il caso, fra gli altri, del "Remdesivir", molecola sperimentale pensata e testata dall'americana Gilead per combattere il virus Ebola e ora allo studio per il trattamento di Covid-19). Ebbene, risalta immediatamente l'ampio ventaglio di potenziali responsabilità connesse agli effetti avversi derivanti dalla somministrazione che avrebbe potuto riguardare il medico curante, al quale veniva rimessa la scelta *contingente* di quali farmaci adottare per la cura del Covid-19 (previa autorizzazione del direttore sanitario del nosocomio che ha preso in carico il paziente).
Ancora una volta, allora, si paventava il rischio che, profilandosi negli operatori sanitari la preoccupazione per la propria incolumità giudiziaria, potesse in loro prevalere – nell'immediato e in prospettiva – la tentazione di atteggiamenti *autocautelativi*, improntati a una sorta di *medicina difensiva dell'emergenza*, a discapito di quello slancio volontaristico che li aveva resi, nella prima fase dell'emergenza, eroi ampiamente celebrati; ciò, tenendo in considerazione soprattutto il peso rivestito dal cortocircuito massmediatico che – non da ora – trasforma ogni iscrizione nel registro degli indagati (che nel caso degli operatori sanitari riguarda tendenzialmente *tutti* i soggetti potenzialmente coinvolti nell'evento avverso) da atto di garanzia a *condanna anticipata*.

5. L'esigenza di un intervento normativo *ad hoc* per fronteggiare la complessità della situazione appena descritta è maturata all'esito di un preliminare vaglio dell'art. 590-*sexies* Cp, introdotto nel codice penale con la l. 8.3.2017 n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) e "rivisitato", in senso ulteriormente restrittivo, dalle Sezioni unite penali della Cassazione nella sentenza Mariotti del febbraio 2018[5]. Come è noto, l'esonero di responsabilità per colpa dell'operatore sanitario delineato nel codice è non solo circoscritto alle fattispecie di omicidio e lesioni colposi e limitato alle ipotesi di imperizia non grave, riferibile all'atto esecutivo, ma anche ancorato al rispetto di linee guida accreditate o buone

[4] Ampio il dibattito suscitato dall'analisi del reticolo dei provvedimenti normativi succedutisi a seguito dell'esplosione dell'emergenza; senza pretesa di esaustività, si rinvia, nella prospettiva penalistica, per tutti, ad A. Della Bella, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria. Principi penalistici alla prova del Covid-19*, Torino 2023.
[5] Cass. S.U. 21.12.2017 n. 8770 (Mariotti), in *CP* 2018, 1470.

pratiche clinico-assistenziali consolidate e subordinato in ogni caso a un preventivo vaglio di adeguatezza delle raccomandazioni contenute in siffatte linee guida alle specificità del caso concreto[6]. È sin troppo evidente come questa ristretta area di non punibilità colposa fosse inidonea rispetto alle contingenze emergenziali nelle quali il personale sanitario è stato chiamato a operare nel contrasto al Covid-19 (a maggior ragione nell'ambito di un percorso *off label* o compassionevole). Ciò in quanto: *i)* non vi sono linee guida sufficientemente accreditate o pratiche consolidate a cui legare il giudizio di rimproverabilità (vista la novità della patologia e la sostanziale mancanza, allo stato, di affidabili evidenze terapeutiche); *ii)* le ipotesi di colpa (non punibili) da considerare nell'emergenza non possono essere limitate ai soli casi di imperizia non grave realizzati nella fase esecutiva, ma devono essere estese anche agli episodi di negligenza o di imprudenza non gravi (si pensi al difetto di attenzione derivante dal dover lavorare per molte ore consecutive, con ritmi massacranti o con insufficiente personale medico-infermieristico specializzato); *iii)* potrebbe esservi la necessità di esonerare da responsabilità penale gli operatori sanitari non solo per omicidio e lesioni colposi ma anche per epidemia colposa causata – nella fase iniziale – dalla mancanza di mezzi di protezione individuale o da un non adeguato isolamento dei pazienti derivante dalla incessante affluenza di malati al pronto soccorso.
Va aggiunto poi come, sul versante giurisprudenziale, in queste ipotesi non si possa fare un ragionevole affidamento sulla sola potenzialità "salvifica" della c.d. misura soggettiva della colpa. Si tratta di una categoria certamente capace – in linea teorica – di fornire un adeguato strumento di valutazione delle emergenze "contestuali" e personali, legate alle difficoltà contingenti in cui l'operatore sanitario è chiamato a svolgere la propria attività di cura e assistenza. Questo tipo di accertamento fa leva sull'applicazione, anche in sede penale, della clausola generale contenuta all'art. 2236 Cc, che, in presenza di «problemi tecnici di speciale difficoltà» della prestazione professionale, limita la responsabilità del prestatore d'opera ai soli casi di dolo e colpa grave. Tuttavia, la giurisprudenza penale in ben poche occasioni vi ha effettivamente fatto ricorso in ambito sanitario, finendo per degradare la disposizione civilistica da canone valutativo a mera clausola di stile, sotto la rassicurante – ma poco appagante sul piano della declinazione pratica – formulazione di «regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l'addebito di imperizia quando il caso specifico sottoposto all'esame del sanitario imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà»[7]. Si può osservare come, oltretutto, questa impostazione, quand'anche fosse accolta, sconterebbe in ogni caso il limite del riferimento alla sola imperizia, mentre – come si è visto – in questi casi non possono non assumere rilievo (anche) ipotesi riconducibili a negligenza e imprudenza[8].

6. Ebbene, l'art. 3-*bis*, introdotto in sede di conversione del d.l. n. 44, recepisce quasi *in toto* le istanze poc'anzi sottolineate, muovendosi all'interno di un ben definito campo di applicazione, funzionalmente connesso alla gestione del rischio Covid-19 e temporalmente limitato al perdurare dell'emergenza sanitaria. Prevede una causa di esclusione della punibilità della colpa "non grave" (derivante non solo da imperizia, dunque, ma anche da negligenza e imprudenza) per i fatti di omicidio e lesioni causalmente riconducibili proprio al contesto emergenziale messo in luce,

---

[6] Sui limiti strutturali dell'art. 590-*sexies* Cp, sia consentito il rinvio a C. Cupelli, *L'anamorfosi dell'art. 590-*sexies *c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in *RIDPP* 2019, 1969 ss.; una completa disamina del nuovo modello di responsabilità introdotto dalla l. n. 24 del 2017 in M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 344 ss. e M. Mattheudakis, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 71 ss.

[7] Per tutti, Cass. S.U. 21.12.2017 n. 8770 cit., § 10.2; un recente (ma ancora isolato) esito innovativo, in tema di individualizzazione del giudizio di colpa nel settore della sicurezza del lavoro, in Cass. 8.10.2020 n. 1096, in *GI* 2021, con nota di D. Castronuovo, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*.

[8] Un'accurata ricostruzione delle possibili soluzioni che, in applicazione dei principi generali e della disciplina vigente, consentirebbero di evitare eccessi punitivi nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie, anche in assenza di norme *ad hoc*, in A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "*rischio penale*" in ambito sanitario*, cit., 890 ss.

improntata su due elementi: *a*) la limitazione della responsabilità penale degli operatori sanitari alle sole ipotesi di colpa grave, di qualunque matrice colposa (oltre all'imperizia, dunque, anche condotte connotate da negligenza e imprudenza); *b*) l'introduzione di una definizione *orientativa* di colpa grave, nella quale sono elencati gli indici in base ai quali il giudice deve operare l'accertamento (sottratto quindi alla sua assoluta discrezionalità).
La disposizione incontra un limite temporale, connesso alla sua natura di norma temporanea: è infatti destinata a trovare applicazione «durante lo stato di emergenza epidemiologica da SARS-Cov-2, dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 e successive proroghe» (dunque, ad oggi, sino al 31 dicembre 2021). Come nel caso dell'art. 3 per i vaccinatori, trattandosi di norma di favore, troverà applicazione anche ai fatti commessi, sempre nel periodo emergenziale, prima dell'entrata in vigore del decreto-legge. A tal fine, appare utile precisare che, per potere beneficiare del più propizio regime di imputazione colposa, è necessario che la condotta ricada nel periodo emergenziale, non rilevando che l'evento si verifichi in un momento successivo alla conclusione di tale periodo[9].
Il perimetro applicativo presenta un ulteriore limite, per così dire, *oggettivo-funzionale*, dal momento che la norma è circoscritta ai soli fatti di cui agli articoli 589 e 590 Cp (non dunque ad altre ipotesi di reato, come l'epidemia colposa) commessi *durante lo stato di emergenza*, *nell'esercizio di una professione sanitaria* e che *trovino causa* nella situazione emergenziale; tale connessione causale (che ha superato il riferimento meramente cronologico al periodo pandemico contenuto in talune proposte alternative) consente opportunamente di ricomprendere non solo gli eventi relativi a patologie Covid-correlate, ma anche quelli relativi a patologie non Covid-correlate, purché causate o aggravate dall'abbassamento dei livelli assistenziali in ragione del carattere prioritario accordato al contrasto alla pandemia. L'elemento cruciale, in buona sostanza, è rappresentato dall'incidenza del contesto emergenziale sul regolare *modus operandi* degli operatori sanitari, incidenza da prendere in considerazione ai fini della pretesa di conformità alle cautele doverose e dunque del livello esigibile di rimproverabilità colposa.
Come si è visto, il secondo comma dell'art. 3-*bis* dà rilievo ad alcuni parametri – non esclusivi e dunque ampliabili e integrabili sul piano interpretativo – di valutazione del grado della colpa[10]. Vengono in particolare individuati tre diversi fattori – ricorrenti nella situazione emergenziale correlata a una nuova malattia con portata epidemica – che possono concorrere a escludere la gravità della colpa. Il riferimento è, in particolare: a) alla limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2, che può incidere sull'individuazione tanto dell'esatto quadro patologico quanto, e conseguentemente, delle più appropriate terapie (si pensi alla ricordata somministrazione farmacologica *off label*)[11]; b) alla scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, che può riflettersi sull'adeguata gestione e cura dei pazienti; c) al minore grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza, che si riverbera sulla misura soggettiva di rimproverabilità; in tale caso, la mancanza di una adeguata specializzazione, da parte

[9] Per la rilevanza da attribuire, in materia di responsabilità colposa, alla condotta ai fini dell'individuazione del *tempus commissi delicti* nei c.d. reati a evento differito, cfr., di recente, Cass. S.U. 19.7.2018 n. 40986, in *CP* 2019, 76.
[10] Sull'ambito di operatività della norma, v. P. Piras, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza pandemica,* cit.; C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, cit., e M. Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica*, cit., 1183 ss.
[11] Tale criterio, come osserva M. Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica*, cit., 1185, sembra richiamare le indicazioni formulate negli «Orientamenti della Procura generale presso la Corte di Cassazione in materia di Covid e responsabilità sanitaria» del 15 giugno 2020, che, «abbracciando una ricostruzione della colpa in una prospettiva ex ante e in concreto, invitava i pubblici ministeri e i giudici di merito a svolgere una «caratterizzazione del sito» nel quale si è svolta la condotta contestata, da compiere attraverso la raccolta delle conoscenze disponibili al momento delle scelte diagnostiche e terapeutiche e l'individuazione di una regola cautelare la cui violazione possa essere ascritta all'operatore».

del sanitario chiamato a prestare servizio nel contesto emergenziale (ad es., nei reparti Covid), non potrà essere valutata alla stregua degli stessi indici di gravità della colpa per assunzione valevoli in contesti non emergenziali.
L'esplicitazione degli indici di valutazione della colpa grave – momento qualificante della novità – consente una ragionevole uniformità nell'accertamento giudiziale, senza tuttavia compromettere una diversa modulazione della risposta in sede applicativa, che possa tenere conto delle peculiari circostanze del caso concreto; al contempo, permette di attenuare il timore che il passare del tempo faccia "dimenticare" la situazione così particolare in cui i medici sono stati chiamati a operare, contribuendo meritoriamente a sterilizzare la pericolosa tendenza applicativa a valorizzare la logica del *senno del poi* nella valutazione delle condotte degli operatori sanitari.

7. Sul secondo fronte problematico, con la ripresa post pandemica delle attività lavorative e produttive conseguente all'ingresso nella c.d. "fase 2", caratterizzata dall'allentamento e, dunque, dalla parziale modifica delle prescrizioni contenitive in vista di un graduale ritorno alla normalità, si è riproposta l'esigenza di attenuare la preoccupazione del fronte imprenditoriale per l'eventuale responsabilità dei datori di lavoro connessa a possibili casi di infezione da coronavirus contratta da propri dipendenti. Si trattava di una preoccupazione che, in termini più generali, si innestava su un terreno già di per sé estremamente complesso e che è stata ulteriormente accentuata dall'equiparazione, disposta dal secondo comma dell'art. 42 d.l. 17.3.2020 n. 18 (c.d. decreto *Cura Italia*, convertito nella l. 24.4.2020 n. 27) a fini assicurativi, dei casi di infezione da coronavirus in occasione di attività lavorative a veri e propri infortuni sul lavoro.
Così, nel corso dell'esame in sede referente del disegno di legge di conversione del d.l. 8.4.2020 n. 23 (c.d. decreto liquidità), è stato introdotto l'articolo 29-*bis*, dedicato agli «obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da Covid-19» [12]. L'addenda emendativa, definitivamente confluita nella l. 5.6.2020 n. 40, prevede che «ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»[13]. Come pure si è ricordato, l'applicabilità dell'art. 29-*bis* è stata

[12] Sull'intervento normativo in esame e sulla responsabilità del datore di lavoro in caso di contagio, si vedano, a prima lettura e per tutti, S. Dovere, *Le misure anti Covid-19 nei luoghi di lavoro: dalla (sicura) emergenza sanitaria alla (temuta) emergenza sanzionatoria*, in *Labour and Law issues (LLI)* 2021; Id., *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia Insieme* 22.4.2020; Id., *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, ivi 5.5.2020; C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *SP* 15.6.2020; O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, ivi 22.6.2020; Id., *Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in *www.legislazionepenale.eu* 27.1.2021.
[13] Il comma 14 dell'articolo 1 del d.l. 16.5.2020 n. 33 (recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19») stabilisce che «le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale», aggiungendo che «le misure limitative delle attività economiche, produttive e sociali possono essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, con provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 2 del d.l. n. 19 del 2020 o del comma 16». Va altresì segnalato quanto previsto, sul punto, anche dall'art. 2 del d.P.C.m. 17.5.2020, attuativo del d.l. n. 33 del 2020 (recante «Misure di contenimento del contagio per lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive industriali e commerciali»), che rinvia espressamente al protocollo di

di recente estesa dal comma 5 dell'art. 1 del d.l. 6.8.2021 n. 111 al personale scolastico e universitario, allorquando siano rispettate le prescrizioni previste nel medesimo decreto (mascherine, distanza di sicurezza e divieto di accesso per soggetti sintomatici) e dalle linee guida e dai protocolli in materia.

8. Per inquadrare la tematica e cogliere portata e senso dell'innovazione, è necessario ricordare come, tra le molte peculiarità del microsistema della sicurezza sul lavoro, vi è quella per cui, a fronte della spinta alla positivizzazione delle regole e dell'apparente guadagno in termini di determinatezza e conoscibilità del precetto, è ancora prevalente, in sede giurisprudenziale, il ricorso quale parametro della colpa a regole cautelari dai contenuti elastici, massicciamente presenti (pur se travestite da cautele rigide) nel *corpus* normativo, a partire dal d.lgs. n. 81 del 2008; l'effetto che ne deriva è l'ingenerare regole di accertamento ambigue e ibride, nelle quali i tratti semplificatori tipici della colpa specifica vengono riferiti a cautele elastiche che, pur essendo formalizzate, presentano tutti i requisiti contenutistici della colpa generica.
Agli stessi fini, va altresì richiamata la tendenza a fare ricorso a vere e proprie clausole generali, il cui più significativo esempio è rappresentato dall'art. 2087 Cc, che attribuisce all'imprenditore (con il quale in questo caso il datore di lavoro va a coincidere) l'obbligo di adottare, nell'esercizio dell'impresa, «le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro»: un obbligo tanto ampio quanto indeterminato, limitandosi il precetto a individuare il soggetto su cui grava e i destinatari della tutela, senza fornire ulteriori informazioni sulla condotta da tenere o sull'esistenza di poteri impeditivi. Ora, sebbene parte della giurisprudenza abbia in talune occasioni provato a riempire la clausola aperta rappresentata dall'art. 2087 Cc, precisando che tale obbligo non vada esteso a ogni cautela possibile e innominata, ma riferito solo a comportamenti che trovino fondamento in fonti del diritto di rango primario o secondario o suggeriti dalla tecnica e che siano concretamente individuati e individuabili[14], l'elasticità *strutturale* della fattispecie civilistica ha stimolato, sul fronte penale, interpretazioni altrettanto "elastiche", dirette a estendere la portata della posizione di garanzia/protezione del datore di lavoro nei confronti dei suoi dipendenti. È sufficiente ricordare, in proposito, la lettura secondo cui l'art. 2087 Cc, come tutte le clausole generali, finirebbe per assumere una funzione di adeguamento permanente dell'ordinamento al caso concreto e alla sottostante realtà socio-economica, che consentirebbe di supplire a ogni lacuna della normativa, inevitabilmente non in grado di contemplare tutti i fattori di rischio. In sostanza, alla norma, per tale via, viene riconosciuta la funzione di *ulteriore fonte* di regole cautelari, la cui inosservanza viene a fondare la colpa del datore di lavoro: una vera e propria norma di chiusura del sistema prevenzionistico, che finisce per ampliare a dismisura la diligenza richiesta al datore, che non si esaurisce quasi mai nel rispetto delle regole cautelari scritte[15].

---

cui sopra e ad altri protocolli, allegandoli all'atto normativo stesso. L'art. 2, infatti, prevede che «sull'intero territorio nazionale tutte le attività produttive industriali e commerciali, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 1, rispettano i contenuti del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid- 19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Governo e le parti sociali di cui all'allegato 12, nonché, per i rispettivi ambiti di competenza, il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri, sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e le parti sociali, di cui all'allegato 13, e il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica sottoscritto il 20 marzo 2020, di cui all'allegato 14».

[14] Fra le varie, si vedano Cass. 14.1.2005 n. 644; Cass. 1.2.2008 n. 2491; Cass. 23.9.2010 n. 20142; Cass. 3.8.2012 n. 13956; Cass. 8.10.2018 n. 24742; da ultimo Cass. 11.2.2020 n. 3282.

[15] Sulle tendenze oggettivizzanti della prassi con riferimento all'art. 2087 Cc, si vedano, tra gli altri, D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 568 ss.; A. Gargani, *La flessibilizzazione giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *LP* 2011, 424 ss.; M.N. Masullo, *Colpa e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi della responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli 2012, 169 ss.; D. Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza sul lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen. I, Aggiornamento*, Torino 2000, 397 ss.

9. In questo contesto problematico di base, è evidente come la perdurante (e già segnalata) incertezza scientifica sulle precise caratteristiche del virus e sulle sue potenzialità di trasmissione ponga il datore di lavoro, nella gestione della sicurezza, di fronte a un fattore di rischio ancora nuovo e in gran parte eterogeneo rispetto all'attività lavorativa, con tutte le difficoltà legate all'esatta perimetrazione di un livello di rischio accettabile nella ripartenza delle attività lavorative, finendo per amplificare i segnalati timori di una iperpenalizzazione in ambito antinfortunistico.
Ad accentuare tali preoccupazioni ha contribuito l'evoluzione della normativa emergenziale. Il riferimento è, in particolare, a quanto disposto dal ricordato art. 42 del d.l. n. 18 del 2020, che ha confermato, anche per le infezioni da virus SARS-CoV- 2, l'applicazione del principio generale in base al quale le malattie infettive contratte in occasione di lavoro (ad esclusione di quelle inquadrate come malattie professionali) sono considerate *infortuni sul lavoro* ai fini della relativa assicurazione obbligatoria[16]. Per sgombrare il campo da possibili fraintendimenti, vi è stata su tale articolo una presa di posizione da parte dell'Inail. La circolare 20.5.2020 n. 22, in qualche modo anticipando i contenuti dell'art. 29-*bis*, ha riconosciuto che «la responsabilità del datore di lavoro è ipotizzabile solo in caso di violazione della legge o di obblighi derivanti dalle conoscenze sperimentali o tecniche, che nel caso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 si possono rinvenire nei protocolli e nelle linee guida governativi e regionali di cui all'articolo 1, comma 14 del d.l. 16 maggio 2020, n. 33». Ancora, si è aggiunto come «il rispetto delle misure di contenimento, se sufficiente a escludere la responsabilità civile del datore di lavoro, non è certo bastevole per invocare la mancata tutela infortunistica nei casi di contagio da Sars-Cov-2, non essendo possibile pretendere negli ambienti di lavoro il rischio zero. Circostanza questa che ancora una volta porta a sottolineare l'indipendenza logico-giuridica del piano assicurativo da quello giudiziario». Si è conclusivamente esplicitato inoltre che «il riconoscimento del diritto alle prestazioni da parte dell'Istituto non può assumere rilievo per sostenere l'accusa in sede penale, considerata la vigenza del principio di presunzione di innocenza nonché dell'onere della prova a carico del pubblico ministero. Così come neanche in sede civile l'ammissione a tutela assicurativa di un evento di contagio potrebbe rilevare ai fini del riconoscimento della responsabilità civile del datore di lavoro, tenuto conto che è sempre necessario l'accertamento della colpa di quest'ultimo nella determinazione dell'evento»[17].Ciò nonostante, è stata pressante l'invocazione, da parte del mondo imprenditoriale, di un intervento chiarificatore di rango legislativo. Si è così giunti alla proposta emendativa citata in apertura, la quale, finalizzata a introdurre elementi di certezza, sembra muovere dalla piena consapevolezza della tendenza espansiva della prassi e puntare a ridefinire, con specifico riferimento al segnalato rischio di contagio, il contenuto dell'obbligo di tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore gravante, ai sensi dell'art. 2087 Cc, sui datori di lavoro pubblici e privati. Inserendo una disposizione che preveda che l'adozione di pre-date misure di contenimento costituisca assolvimento dell'obbligo di sicurezza, l'effetto pratico perseguito è che – considerata la peculiarità della situazione – ciò che si può esigere dai datori di lavoro è soltanto

[16] Tale articolo, infatti, recita: «nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'Inail che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni Inail nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti dell'allegato 2 al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 27 febbraio 2019, recante "Modalità per l'applicazione delle tariffe 2019". La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati».

[17] La prima circolare Inail (la n. 13 del 3.4.2020) ha, invece, individuato le fattispecie professionali per le quali viene riconosciuta una presunzione semplice di contrazione in occasione di lavoro (della malattia in oggetto), demandando, per le altre fattispecie, la definizione dell'eventuale sussistenza dell'occasione di lavoro all'accertamento medico-legale (quest'ultimo – afferma la circolare – «seguirà l'ordinaria procedura, privilegiando essenzialmente i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale»).

l'adozione, l'applicazione e il mantenimento delle prescrizioni contenute nei protocolli espressamente richiamati (e successive modificazioni e integrazioni[18]) e negli altri protocolli e linee guida di cui all'art. 1 co. 14 d.l. 16.5.2020 n. 33.

10. Esplicitati i nodi problematici e delineato il quadro normativo, s'impongono alcune riflessioni conclusive sugli effetti e le implicazioni delle norme esaminate.

10.1. Quanto alla tutela degli operatori sanitari nel contesto dell'emergenza pandemica, e, dunque, con riferimento agli articoli 3 e 3-*bis* della l. n. 76 del 2021, non appare corretto – a differenza di quanto emerge nel dibattito pubblico – parlare, rispetto alle due norme approvate, di *scudo penale*, termine che lascia in qualche modo trasparire l'idea di un *privilegio* a tutela di *colpevoli* altrimenti *indifendibili* e comunque sembra sottendere un latente pregiudizio nei confronti della magistratura, ritenuta non in grado di fare buon governo delle ordinarie categorie penalistiche e di vagliare l'effettiva commissione di fatti penalmente rilevanti[19]; andrebbe piuttosto richiamata e valorizzata l'opportunità – meritoriamente concretizzatasi nella fattispecie esaminata – di una *norma di buon senso e di garanzia* di chi sta operando – in condizioni critiche, di estrema difficoltà e di incertezza scientifica – a tutela della salute pubblica. A ben vedere, si è al cospetto di un intervento che appare, per un verso, del tutto coerente con la disciplina di esonero della responsabilità penale da somministrazione del vaccino, di cui sopra s'è detto (trattandosi di situazioni per molti versi assimilabili, sul piano della minore rimproverabilità soggettiva nel bilanciamento con l'esigenza di salvaguardare la salute pubblica), e, per altro verso, in grado di svincolarsi dai "tradizionali" dubbi legati a una disciplina di maggiore favore per la classe medica sul piano della compatibilità con i principi costituzionali: sotto il profilo della ragionevolezza e dell'uguaglianza declinate in senso sostanziale, un siffatto regime – diretto a calibrare la novità, l'eccezionalità e la straordinarietà dell'impegno dei medici e la caratura dei rischi (anche per la loro salute) affrontati, onde evitare di trattare *in modo uguale* situazioni palesemente *diverse* – trova giustificazione nelle oggettive peculiarità del contesto emergenziale, oltre che nella difficoltà e nella pericolosità dell'attività sanitaria che, nel momento considerato, non appare comparabile con altre attività professionali, prive di analogo significato sociale e non implicanti, a loro volta, rischi e responsabilità così gravi per la vita o l'incolumità delle persone. D'altro canto, non può non considerarsi come la limitazione dell'esonero da responsabilità ai soli casi di colpa lieve consente di assicurare la tutela giudiziaria nei casi di dolo e colpa grave (non giustificabile, cioè, neppure nel contesto emergenziale), rispetto ai quali non sarebbe accettabile l'esclusione della responsabilità.
Conclusa oggi l'emergenza, da un tale intervento – che, seppure espressamente limitato alla situazione contingente dell'epoca, può rappresentare un utile riferimento interpretativo e orientativo per il più ampio parametro della responsabilità colposa di cui all'art. 590-*sexies* Cp, rimarcando la necessità che il giudice *prenda sul serio* i fattori emergenziali – se ne può trarre ulteriore beneficio in termini di generale ripensamento dello statuto penale della responsabilità colposa in ambito sanitario, riflettendo, da un lato, sulla stabilizzazione di una clausola definitoria di colpa grave che tenga conto

[18] Il Protocollo condiviso tra Governo e parti sociali del 24.4.2020 integra il protocollo precedentemente stipulato il 14 marzo dalle stesse parti; come recita in premessa il testo del Protocollo, «l'obiettivo del presente protocollo condiviso di regolamentazione è fornire indicazioni operative finalizzate a incrementare, negli ambienti di lavoro non sanitari, l'efficacia delle misure precauzionali di contenimento adottate per contrastare l'epidemia di Covid-19. Il Covid-19 rappresenta un rischio biologico generico, per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione. Il presente protocollo contiene, quindi, misure che seguono la logica della precauzione e seguono e attuano le prescrizioni del legislatore e le indicazioni dell'Autorità sanitaria».
[19] Perplessità in ordine all'introduzione di una norma-scudo quale "privilegio ingiustificato" per gli operatori sanitari in M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *RIDPP* 2020, 540 ss.

dei fattori contestuali e, dall'altro, sui confini applicativi da riassegnare alla non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* Cp *oltre* gli angusti limiti della sola imperizia lieve nella fase esecutiva[20].
In quest'ottica – avanzando qualche spunto conclusivo *de iure condendo* –, si potrebbe mutuare e valorizzare stabilmente il riferimento ai fattori "contestuali" ed "emergenziali" (tra i quali, non solo il numero di pazienti contemporaneamente coinvolti e gli *standard* organizzativi della singola struttura in rapporto alla gestione dello specifico rischio clinico, ma anche la volontarietà della prestazione, il tempo a disposizione per assumere decisioni o agire, l'oscurità del quadro patologico o il grado di atipicità, eccezionalità o novità della situazione e dunque pure la necessità di fare ricorso a somministrazioni *off label*) e ragionare sul peso da attribuire, in una situazione di incertezza scientifica, al rispetto di linee guida anche se non accreditate o di buone pratiche clinico-assistenziali non ancora consolidate.

10.2. Quanto, invece, al rischio penale connesso all'emergenza per i datori di lavoro, il principio stabilito all'art. 29-*bis* del d.l. n. 23 del 2020, come evidenziato, afferma che il rispetto delle prescrizioni contenute nei protocolli citati corrisponde, nella sostanza, all'assolvimento dell'obbligo di cui all'articolo 2087 Cc ai fini della tutela contro il rischio di contagio. Sul piano della responsabilità penale, sembrerebbe dunque che l'intento legislativo sia quello di fissare la misura della diligenza richiesta al datore di lavoro all'interno di misure preventive condivise e frutto della migliore scienza ed esperienza del momento, al fine di impedire in futuro che, in fase di accertamento giudiziale, si attui un recupero di responsabilità per colpa fondato sulla clausola generale di cui all'art. 2087 Cc, laddove il contagio si sia verificato pur in presenza dell'adozione e dell'efficace attuazione delle misure protocollari stabilite.
Pur chiara nelle intenzioni, la norma lascia tuttavia residuare non pochi dubbi in merito all'effettiva capacità di raggiungere gli obiettivi perseguiti. Se è vero che l'art. 42 del d.l. n. 18 del 2020, rettamente inteso, si limita a qualificare l'infezione virale da Covid-19 quale infortunio sul lavoro *soltanto* ai fini della sua protezione indennitaria nell'ambito del sistema dell'assicurazione obbligatoria gestita dall'Inail, senza entrare nel campo della responsabilità datoriale né stabilendo alcun rilievo di tale qualificazione a fini penali o civili, è altrettanto vero che l'ordinamento penale non contempla alcuna differenza normativa tra infortunio e malattia professionale. Tuttavia, combinandosi l'equivocità della disposizione con l'indeterminatezza degli obblighi datoriali, per di più in un contesto complicato come quello pandemico, appare comprensibile e forse giustificabile l'avvenuto acuirsi del timore di una facile, per quanto erronea, equazione: *malattia da Covid-19 = infortunio sul lavoro = responsabilità penale del datore di lavoro*.
È altresì innegabile che già gli ordinari criteri di imputazione della responsabilità, se rettamente applicati, possano essere idonei a scongiurare interpretazioni eccessivamente penalizzanti per i datori, a partire dalla verifica del nesso causale (alla stregua dei parametri elaborati dalle Sezioni unite Franzese), connotata in questo caso da un evidente ed elevato tasso di complessità - che difficilmente potrebbe condurre ad escludere decorsi causali alternativi e a corroborare l'ipotesi accusatoria con un alto grado di probabilità logica[21] -, sino a quella della colpa, fondata sui parametri della concretizzazione del rischio, dello scopo della norma violata, del comportamento alternativo lecito e soprattutto della misura soggettiva.

[20] Sul rilievo dell'imperizia punibili e sui limiti della odierna disciplina, cfr., tra gli altri, C. Cupelli, *L'anamorfosi dell'art. 590*-sexies *c.p.*, cit., 1984 ss.; M. Caputo, *Le 'sabbie mobili' dell'imperizia e la 'viscosità' dell'art. 590*-sexies *C.p. Considerazioni* de lege lata *e* de lege ferenda, in *RIML* 2019, 443 ss.
[21] Sulla difficoltà, nel caso di specie, di escludere i fattori causali alternativi, in ragione, fra l'altro, del carattere ubiquitario e silente del virus e dell'incertezza sulla data in cui è cominciata l'infezione, cfr. O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, cit., 4 ss., nonché, in precedenza, D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *www.legislazionepenale.eu* 10.5.2020, 6 ss.

Senonché, una volta superato lo scoglio causale, sul versante soggettivo un *approccio realistico*, che tenga conto della concreta declinazione delle dinamiche processuali e delle tendenze giurisprudenziali, non può che indurre a un certo scetticismo in merito all'effettiva "tenuta" dei ricordati principi. E così, l'opportunità dell'intervento può essere misurata e apprezzata al metro dei potenziali effetti attuali e futuri che, da questo punto di vista, potrà sprigionare: *oggi*, innescando una responsabilizzazione ulteriore dei datori di lavoro in ordine alla necessità di *attuare* e *mantenere* effettive misure preventive corrispondenti a quelle previste da protocolli e linee guida condivisi, che riproducono le *best practices* del settore; *domani*, in chiave di possibile esonero della responsabilità datoriale per violazione dell'art. 2087 Cc.
Un duplice effetto di tutela, dunque: per i datori, delimitando il novero delle matrici colpose addebitabili ed escludendo che si possa pretendere, sempre e comunque e *a posteriori*, che *qualcosa di meglio e di più* si sarebbe potuto (e dovuto) fare; ma anche (e forse soprattutto) per i lavoratori e per le loro *aspettative* di sicurezza. Senza tralasciare i riverberi benefici connessi alla ripresa e al rilancio delle attività economiche e dei livelli occupazionali.
Venendo alle perplessità, legate soprattutto all'effettivo conseguimento dei fini perseguiti, è evidente come la previsione di adeguatezza non esaurisca tutto il ventaglio delle cautele ipotizzabili e delle imputazioni colpose addebitabili. Anzitutto perché, come sappiamo, oggi il fuoco della colpa specifica *ibrida* è principalmente incentrato sulle prescrizioni contenute nel d. lgs. n. 81 del 2008, di talché il peso dell'art. 2087 Cc, in fondo, tende a diminuire e ad assumere i contorni di norma di chiusura (pur dai potenziali effetti espansivi). Ma soprattutto poiché, oltre che per quanto in precedenza detto anche per ciò che emerge dalla semplice lettura del contenuto di molte cautele descritte nei protocolli richiamati dall'art. 29-*bis*, residuerà sempre un margine di accertamento della effettiva idoneità tecnica e strutturale delle procedure normativamente previste; si pensi, a titolo esemplificativo, al funzionamento della strumentazione per la misurazione della temperatura al momento dell'ingresso sui luoghi lavorativi[22]. Di conseguenza, non si potrà prescindere – in qualsivoglia contestazione in materia – da una perdurante quota di residua colpa generica, legata a doppio filo alla fisiologica genericità di alcune prescrizioni (configuranti regole cautelari elastiche) e alla necessità (che pone una stringente similitudine con quanto previsto per la colpa medica) di adeguarle alle *specificità del caso concreto*, per il tramite (quantomeno) di un'appropriata manutenzione degli strumenti, di una corretta attuazione dei protocolli estesa alla vigilanza sul rispetto da parte dei lavoratori delle cautele adottate e di una verifica – *ex ante* e in concreto – della loro idoneità allo scopo. Non è casuale, allora, che dallo stesso art. 29-*bis* continui a essere richiesto al datore, oltre all'adozione delle misure previste nei protocolli e nelle linee guida, proprio il loro mantenimento, con ciò esigendo un'opportuna attività organizzativa per la loro efficace attuazione. Ricavare dal rispetto dei protocolli e delle linee guida indicate nella norma – frutto di concertazione tra le parti sociali – una sicura esclusione di responsabilità dovrebbe necessariamente passare per una diversa e più esplicita scelta politica, vale a dire per un'opzione legislativa che escluda espressamente ogni responsabilità penale (per colpa specifica e generica) del datore di lavoro in caso di rispetto delle cautele inserite nelle fonti richiamate, che impedisca di attribuire rilievo penale ad ogni altro comportamento pur produttivo dell'evento infausto, riconducibile ad altre pur possibili violazioni cautelari[23].
L'auspicio più realistico è che, introducendosi nel tessuto normativo *indizi* di certezza del diritto – in termini di riconoscibilità del precetto e prevedibilità della risposta sanzionatoria – e prospettandosi, in questo ambito, il passaggio verso un'eteronormazione[24], si possano in ogni caso attenuare le più macroscopiche problematiche legate all'accertamento della colpa generica, soprattutto allontanando

[22] Sul punto, M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., 541.
[23] In questo senso, S. Dovere, *Le misure anti Covid-19 nei luoghi di lavoro*, cit., § 4.2.
[24] Sui rapporti tra auto ed eteronormazione, nella prospettiva penalistica, cfr. per tutti C. Piergallini, *Autonormazione e controllo penale*, in *DPP* 2015, 261 ss.

la tentazione di un pericoloso scivolamento verso la logica semplificatoria del giudizio *ex post*, per la quale – a posteriori – si può e si potrà sempre pretendere qualcosa in più da parte dei datori di lavoro: in questa chiave di lettura, l'art. 29-*bis* assume così la fisionomia di una *norma di indirizzo*, dal valore "pedagogico", quale guida *ragionevole* dell'interpretazione giurisprudenziale nei casi complessi di contagio in ambito lavorativo.

LA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA E GLI STRATAGEMMI DELLA POLITICA

di Giovannangelo De Francesco
(*Professore ordinario di diritto penale, Università di Pisa*)

Nelle fitte nebbie che vanno sempre più addensandosi sui futuri assetti della giustizia è dato tuttavia intravedere – ma si deve subito aggiungere: purtroppo – gli sprazzi di un bagliore, di una luce sinistra che rende ancor meno rassicurante il percorso intrapreso. Si era in precedenza sottolineato come fosse in atto una politica penale difficilmente riconducibile ad una linea di indirizzo coerente e razionalmente decifrabile: ed invero, le frequenti dichiarazioni – per quanto nebulose ed al momento prive di prospettive concrete – nel senso di un rigoroso contenimento della risposta penale non impedivano il manifestarsi di un vero e proprio accanimento repressivo rispetto a fenomeni sostanzialmente privi di riscontri apprezzabili a livello criminologico, e comunque tali da poter integrare figure di reato già esistenti e meno esposte, per giunta, al rischio di manipolazioni arbitrarie del loro ambito applicativo. Sul versante processuale si andava invece diffondendo un richiamo quasi ossessivo all'esigenza di innalzare il livello delle garanzie difensive, insieme al progetto di consolidarne ed ampliarne la portata mediante un intervento più incisivo sulle stesse strutture dell'organizzazione giudiziaria, con l'obiettivo di adeguarle, tra l'altro, a quel modello di rigida 'separazione delle carriere' da molti vagheggiato ma rimasto tuttora sulla carta.
Una siffatta discrasia tra il profilo sostanziale e la disciplina processuale dei fenomeni di rilevanza penale – al di là della sua dubbia consonanza con gli equilibri del sistema – lasciava affiorare, in definitiva, una sorta di opzione ideologica del seguente tenore: durante il processo, riduzione crescente dei poteri dell'accusa e, per contro, garanzie difensive a tutto campo (cui è bene aggiungere anche quella relativa alla prescrizione, sulla quale si vorrebbe nuovamente intervenire, potenziandone l'efficacia) contro i rischi di un'eventuale condanna; in presenza di quest'ultima – ed anche se relativa ad ipotesi di reato volte a colpire (come del resto non si è esitato a rimarcare) qualsiasi pratica od atteggiamento da reputarsi 'deviante' – un inesorabile rigore repressivo, anche a costo di trasmettere un messaggio di tipo 'giustizialista' del tutto esente (questa volta) da riserve o preoccupazioni sul piano garantistico.
E tuttavia, nelle pieghe di una simile presa di posizione si celava, a ben guardare, una difficoltà, un 'nodo' problematico politicamente insidioso. La separazione tra diritto e processo poteva certo funzionare come espediente mediatico per carpire il consenso del cittadino 'comune', in quanto tale propenso ad accogliere una visione semplificata (anche se, in realtà, fortemente discutibile) dei programmi elaborati in sede legislativa. Ma non era tuttavia in grado di lanciare un messaggio altrettanto persuasivo nell'ambito di quei contesti in cui le aspettative dei potenziali destinatari si sostanziano, questa volta, nell'interesse ad evitare il più possibile i rischi collegati ad un'eventuale indagine giudiziaria.
Ecco allora emergere, in particolare – quale 'emblema' della politica di depenalizzazione – non già un programma di sfoltimento di reati di poco conto, quanto invece la proposta di abrogazione del reato di abuso d'ufficio. Un reato senza dubbio meritevole di essere sottoposto ad un ulteriore intervento normativo volto a precisarne i contenuti, ma dal quale, tuttavia – come un noto studioso ha recentemente avvertito – ben difficilmente sarebbe corretto prescindere di fronte al rischio, tuttora esistente, di un uso disinvolto dei pubblici poteri a detrimento degli interessi dei consociati. Vero è che la proposta abrogatrice di tale fattispecie viene oggi ad attingere nuova linfa dal timore che la sua presenza nel sistema possa intralciare o paralizzare le attività rivolte all'utilizzazione delle risorse rese disponibili da parte dell'Unione Europea; ma tale circostanza, lungi dal giustificare l'abbandono del presidio penalistico, dovrebbe semmai rendere vieppiù necessaria, nell'interesse della comunità,

una gestione trasparente ed oculata di simili risorse, sia pure evitando di addossare ai responsabili il rischio di venire raggiunti da accuse puramente strumentali, ed a loro volta pregiudizievoli per gli obiettivi economici cui si riferiscono i sussidi elargiti.
Pur con tali precisazioni, resta tuttavia l'impressione di una sorta di giustizia 'a geometria variabile': nella quale, in effetti, il *favor* accordato agli esponenti del ceto politico-amministrativo si esprime in una scelta avente per scopo – ancor prima di un potenziamento delle garanzie processuali – quello, ben più radicale, e per così dire pregiudiziale, di 'sottrarre alla giurisdizione' determinati fenomeni, col decretarne senza meno l'irrilevanza penale. D'altra parte, una scelta del genere è apparsa tale da poter tornare a vantaggio di un ulteriore ampliamento delle basi del consenso nei confronti dell'attuale maggioranza, o, per meglio dire, da giocare a favore di un atteggiamento più accomodante e 'tollerante' anche da parte di quanti non militino nelle file dei partiti che la compongono: come hanno dimostrato, e non a caso, le vaste adesioni nei confronti dell'abolizione del reato di abuso d'ufficio da parte dei sindaci dei Comuni italiani, più volte rimarcate ed enfatizzate come argomento a sostegno della validità delle recenti proposte 'riformatrici'.
Né può sfuggire, d'altronde, l'ulteriore conseguenza in base alla quale una siffatta politica di maggiore 'coinvolgimento' dell''elettorato che conta' si presti a far sì che le forze di opposizione vedano ridursi ed assottigliarsi il campo delle tematiche su cui poter 'imbastire' in maniera efficace la propria azione di contrasto ai programmi sulla giustizia. Vero è che si tratta sovente di tematiche tutt'altro che secondarie, se solo si pone mente, per limitarsi ad un esempio, al furore repressivo nei confronti del fenomeno dell'immigrazione illegale, volto a colpire, tra l'altro, in maniera indifferenziata, e con pene elevatissime, anche i 'manovali' del trasporto illecito (i c.d. 'scafisti'), sottoponendoli – in caso di morte e lesioni gravi o gravissime a danno di migranti – allo stesso trattamento riservato agli esponenti di vertice delle organizzazioni criminali. Né è possibile, per altro verso, passare sotto silenzio, con riguardo ad un diverso campo di materia, l'*escalation* della risposta penale verso la pratica della 'maternità surrogata', fatta assurgere al rango di un 'reato universale' (mentre – sia detto con amara ironia – sui crimini internazionali sembra calato l'oblio!), malgrado la delicatezza dei problemi – non ultimi quelli a livello interstatuale – che un divieto del genere ha posto e continua a sollevare quanto alla tutela degli interessi dei minori e dei membri della coppia divenuta ormai responsabile della loro cura e mantenimento.
Ma è abbastanza chiaro, tuttavia, come, nell'operare simili scelte – quand'anche suscettibili (in tutto o in parte) di suscitare maggiori contestazioni – le forze di governo abbiano potuto fare affidamento sulla 'copertura' assicurata, per così dire, da un'area particolarmente estesa (e meno schierata politicamente) dell'opinione pubblica: la quale, in effetti, per limitarsi ai due settori ora menzionati, appare, da un lato, tutt'altro che 'conciliante' nei confronti della diffusione dei fenomeni migratori, e, per altro verso, ancora legata ad una visione tradizionale dell'istituto familiare, come tale poco sensibile all'accettazione di modelli 'alternativi' di procreazione e di vita in comune quali quelli venuti a manifestarsi nell'esperienza più recente.
Si potrebbe osservare che è nel DNA delle forze al potere la tendenza a fare ricorso senza troppi scrupoli a 'calcoli' e strategie di vario tipo volti a rafforzare la compagine di governo. E tuttavia, tanto più di fronte alla crescita imponente (e questa volta dagli sviluppi 'incalcolabili', come avvertono illustri politologi) di un uso spregiudicato dei *social media* per fomentare un clima da 'campagna elettorale' senza fine, sempre più forte dovrebbe risuonare l'ammonimento secondo cui la materia della giustizia non tollera, ieri come oggi, di venire inquinata e manipolata da scorrerie demagogiche e strumentalizzazioni opportunistiche. Una materia, per di più, condizionata al rispetto di principi fondamentali sanciti a livello costituzionale, sui quali, e non a caso (anche a seguito delle più recenti riforme) si è andata finora imperniando la costruzione di risposte confacenti alle esigenze e alle aspettative venute progressivamente ad emergere *in utroque iure*; e non senza premurarsi, in particolare – nonostante la maggiore 'audacia' di alcune soluzioni (si pensi per tutte alla giustizia riparativa) – di mantenersi pur sempre entro i binari di un prudente atteggiamento di *self restraint* di fronte al rischio di dare la stura ad iniziative (più o meno condivise) suscettibili di alterare e

scompaginare gli equilibri faticosamente raggiunti. Un atteggiamento ed uno 'stile' ben diversi – occorre francamente riconoscerlo – da quella sorta di 'massimalismo' intransigente quale oggi si esprime, fra l'altro, nella proposta (invero non nuova, ma associata ad un 'disegno' più radicale) di intervenire sulle stesse architetture costituzionali in materia di assetti della giurisdizione, col malcelato intento di attuare una manovra strategica di *divide et impera*, che giustamente preoccupa gli spiriti più riflessivi e meno propensi a lasciare il campo a 'fughe in avanti' dagli sviluppi incontrollabili.

Contestualmente a tale ultimo programma, è dato peraltro assistere, come si diceva, alla messa in pratica di uno stratagemma volto a 'fare proseliti' – o, quanto meno, a tacitare o indebolire le voci dissenzienti – sfruttando le risorse offerte dalle scelte penali sostanziali; uno sfruttamento che, tuttavia, sembra *già* (in parte) andare oltre la portata degli annunci della 'prima ora': con una depenalizzazione avente ad oggetto una 'selezione' di reati tutt'altro che marginali, e, per converso, con una discesa sul terreno dei 'diritti', non già esclusivamente 'conservativa', ma, giusta il brocardo secondo cui 'la miglior difesa è l'attacco', volta a rinfocolare i timori del 'nuovo' creando le basi per una ancor più estesa repressione.

MALATTIE INFETTIVE, SALUTE E SVILUPPO: IMPLICAZIONI ECONOMICHE E RISPOSTE GIURIDICHE.
(Atti di convegno, 14 dicembre 2022)

EMERGENZA "COVID-19" E "RISCHIO PENALE": OSSERVAZIONI SULL'APPLICABILITA' DELLA FATTISPECIE DI EPIDEMIA COLPOSA

di Alberto Gargani
(*Professore ordinario di diritto penale, Università di Pisa*)

Il contributo ha ad oggetto i profili di responsabilità penale correlati alla gestione dell'emergenza sanitaria "Covid 19", in riferimento, in particolare, all'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa. Si analizzano la natura di delitto di evento qualificato dal pericolo, le difficoltà di accertamento del nesso causale, il significato del riferimento normativo alla "diffusione", alla luce del carattere ubiquitario del rischio contagio. Conclusivamente, in prospettiva di riforma, viene valutata la prospettiva politico-criminale di illeciti di pericolo personale o individuale.
The article deals with the criminal liability concerning the Covid-19 health emergency, and the question about the application of the provision about epidemic. The focus is on the nature of this crime, the difficulties of the assessment of the causal link between conduct and event, the meaning of legislative regard to the concept of "spread", given the contagion's ubiquitous character. In conclusion, the perspective of anticipating the individual and collective protection is evaluated.

SOMMARIO: 1. Sui profili di responsabilità penale correlati alla gestione dell'emergenza sanitaria. – 2. Il dualismo ermeneutico in ordine alla configurabilità del reato di epidemia colposa. – 3. Il dibattito intorno alla natura del delitto di epidemia. – 4. Le controversie in ordine alla realizzabilità del reato da parte del soggetto contagiato. – 5. Sulla struttura del reato: il significato della formula "mediante diffusione di germi patogeni. – 6. Le "forche caudine" dell'accertamento del nesso causale. – 6.1. Tentativi di flessibilizzazione. – 7. Cenni ad alcuni profili problematici inerenti al coefficiente colposo. – 8. La rilevanza assunta dalla sfera di signoria del soggetto attivo sulla "diffusione" dei germi. – 9. Emergenza sanitaria e "principio di realtà". – 10. Prospettive.

1. L'emergenza sanitaria provocata dal c.d. "*Coronavirus*" è stata caratterizzata dalla moltiplicazione delle figure soggettive esposte al rischio di responsabilità penali in conseguenza di condotte correlate alla gestione del rischio pandemico e, in particolare, alla prevenzione ed al contenimento della diffusione del contagio. Semplici cittadini (sottoposti o meno a quarantena obbligatoria), operatori sanitari, dirigenti di ospedali o RSA, datori di lavoro, enti collettivi (*ex* art. 25-*septies* d.lgs. n. 231/2001) e, infine, decisori politici nazionali o locali, potrebbero, infatti, essere chiamati a rispondere di comportamenti inosservanti di norme cautelari suscettibili di assumere rilevanza penale in base a fattispecie incriminatrici incentrate sulla causazione di un danno (lesioni personali e omicidio) o di un pericolo comune (epidemia).
Nella prospettiva dei reati contro la vita o l'incolumità fisica individuale, la dimostrazione della causazione di specifici eventi dannosi è destinata ad andare incontro alla pressoché insormontabile difficoltà di determinare con certezza l'origine della contaminazione. Ciò dipende da un fattore che assume un ruolo cruciale nel c.d. diritto penale del "Coronavirus", ossia il carattere ubiquitario del rischio contagio. Nella logica della c.d. "causalità individuale", risulta, infatti, estremamente problematico provare che i singoli e specifici eventi di contagio verificatisi in danno di vittime determinate siano effettivamente dipendenti da una data condotta inosservante (sempre che non si

ritenga possibile ricorrere – in via emergenziale – ai criteri dell'aumento o dell'omessa diminuzione del rischio o dell'accertamento alternativo della vittima).
Le asperità sottese alla dimostrazione del nesso di causalità nei reati contro la persona hanno indotto alcuni ad ipotizzare l'applicabilità di strumenti punitivi alternativi che, in quanto avulsi dalla prova della causalità individuale e incentrati sulla probabilità della causazione di eventi lesivi in danno dell'incolumità o della salute di più persone indeterminate, sembrerebbero rendere più agevole l'accertamento della responsabilità penale ossia i delitti contro l'incolumità pubblica.
A quest'ultimo quadrante di tutela ci si è, infatti, rivolti fin dalle prime inchieste giudiziarie (caso "Codogno"), allo scopo di verificare se determinate condotte inosservanti (soprattutto omissive) di operatori sanitari o datori di lavoro nella gestione del rischio pandemico possano assumere rilevanza penale ai sensi degli artt. 438 e 452 Cp (epidemia colposa).
La stessa legislazione emanata per fronteggiare l'emergenza pandemica (artt. 4 co. 6 l. n. 35/2020 e 2 co.3; d.l. 16.5.2020 n.33 conv. in l. 74/2020), nel sottoporre a sanzione penale la violazione della c.d. "quarantena obbligatoria" da parte del soggetto "Covid-positivo", richiama esplicitamente il delitto di epidemia colposa nella clausola di sussidiarietà iniziale, ad apparente conferma dell'adeguatezza funzionale di tale incriminazione alle specifiche e contingenti esigenze di tutela e repressione penale poste dall'emergenza pandemica.
Sorge, però, il sospetto che il riferimento espresso al delitto di epidemia colposa in sede di incriminazione della mancata adozione di presìdi volti ad evitare o limitare la diffusione del virus e la violazione delle misure di c.d. quarantena da parte dei soggetti positivi, sia stato, in realtà, utilizzato come espediente strumentale al rispetto delle direttive di contenimento del Covid da parte dei consociati.
Come si cercherà di dimostrare con questa relazione, l'idea che la fattispecie di epidemia possa assicurare margini di punibilità ed effettività applicativa si rivela priva di fondamento: essa presenta, infatti, connotati sistematici e strutturali tali da rendere particolarmente difficoltosa la propria applicazione concreta, salvo che non si decida (ancora una volta) di ricorrere ad interpretazioni emergenziali e a "riscritture" ermeneutiche del tipo criminoso orientate sì alla semplificazione probatoria, ma in contrasto con il principio di legalità.

2. Il dibattito in ordine alla configurabilità in concreto del delitto di epidemia colposa in rapporto all'emergenza Covid-19 ha fatto registrare la formazione di due distinti indirizzi ermeneutici.
Il primo, di carattere estensivo, è incline a dilatare le "maglie" del fatto tipico e ad ampliare l'ambito di rilevanza tradizionalmente attribuito agli artt. 438 e 452 Cp, sino a ricomprendervi le forme di manifestazione di danno e di pericolo correlate all'emergenza sanitaria "Covid-19".
Si ritiene che la fattispecie di epidemia colposa sia anacronistica e funzionalmente inidonea rispetto alle mutazioni fenomenologiche che le epidemie hanno subito nel corso degli anni: dall'originaria considerazione, sul versante doloso, dello spargimento di germi tramite armi batteriologiche e della dispersione di virus nocivi prodotti in laboratorio, si è passati al profilo della gestione del rischio sanitario, avuto riguardo alle condotte inosservanti di carattere colposo.
Il difetto di applicazioni concrete della fattispecie incriminatrice dipenderebbe da interpretazioni eccessivamente rigoristiche e restrittive, come quelle che escludono la rilevanza del fatto commesso dal vettore contagiato o della epidemia in forma omissiva impropria, che dovrebbero essere corretti e superati mediante il ricorso a più evoluti ed efficaci criteri interpretativi, in grado di sopperire all'arretratezza della fattispecie e di estendere l'ambito di rilevanza della fattispecie, in modo tale da adeguarla alle attuali e stringenti necessità politico-criminali.
Più restrittivo – e "problematizzante" – si rivela il secondo orientamento che, evidenziate le molteplici difficoltà di veder integrati gli estremi della fattispecie in esame e l'inadeguatezza funzionale della stessa al cospetto del fenomeno "Covid", ribadisce la necessità di attenersi al principio di tipicità e ai canoni di imputazione della responsabilità penale. Sembra aderire a questa impostazione anche la S.C. che, in relazione al contesto dell'emergenza Covid-19, con sent. n. 20416/2021, ha ritenuto priva

di fondamento la contestazione – al legale rappresentante di una residenza sanitaria assistenziale – del reato di epidemia colposa in forma omissiva impropria, per aver cagionato il contagio degli ospiti mediante l'omissione del doveroso aggiornamento del documento di valutazione dei rischi con le procedure previste dal D.P.C.M. 24.4.2020.

3. È, dunque, necessario verificare se – e in quali forme – determinate condotte inosservanti – tenute a vario titolo nel corso dell'emergenza pandemica – possano essere sussunte sotto gli artt. 438 e 452 Cp.
Preliminarmente, un dato appare fuori discussione: se per "epidemia" si deve intendere, di norma, una malattia infettiva o contagiosa, c.d. mono-fattoriale, trasmissibile per via "orizzontale", che colpisca contemporaneamente gli abitanti di una città o di un territorio, non vi è dubbio che la patologia infettiva provocata dalla SARS-CoV-2 – che, a sua volta, cagiona il "Covid-19" – presenti obbiettivamente tutte le caratteristiche di diffusività proprie di un'epidemia. Con la sola precisazione che mentre la scienza medica individua un c.d. *cluster* epidemico in ogni gruppo di casi di infezione concentrati in un determinato contesto spazio-temporale, a prescindere dalla consistenza quantitativa del fenomeno, la tesi prevalente in giurisprudenza circoscrive, invece, la punibilità alle condotte caratterizzate da alcuni presupposti di rilevanza quantitativa e da determinati percorsi causali, che si riassumono nella diffusione di germi patogeni di cui si abbia il possesso.
Ciò premesso, si pone, anzitutto, la questione della natura del reato in esame: a tal proposito, schematizzando, è possibile enucleare tre impostazioni di fondo.
Secondo un primo orientamento – che polarizza l'attenzione sull'elevato numero delle persone lese, a scapito dei requisiti dell'incontrollabilità della diffusione e dell'indeterminatezza delle vittime potenziali, che degraderebbero a dati insiti presuntivamente nel fenomeno lesivo – quello di epidemia sarebbe un *reato di danno,* cui sarebbe connaturato e immanente il pericolo di ulteriore diffusione del morbo.
Un diverso indirizzo inquadra, invece, in chiave "emergenziale", la fattispecie di epidemia in termini di *reato di pericolo* incentrato sull'elevato tasso di diffusività del virus "Covid-19" e sul correlativo pericolo di contagio pluripersonale, a prescindere dalla prova dell'effettiva trasmissione del virus e, in buona sostanza, dalla forma vincolata imposta dal legislatore al delitto in esame. Nell'"emancipare" la fattispecie dalla fondamentale portata causale – e, per così dire, iniziatrice (rispetto ad un dato territorio) – che, come vedremo, il legislatore ha impresso alla condotta tipica, siffatta interpretazione "adeguatrice" mira ad assicurare adeguati livelli di effettività applicativa in rapporto all'emergenza sanitaria in corso.
Un profilo comune ad entrambi gli orientamenti sopra accennati è rappresentato dal fatto di non tenere adeguatamente conto della natura di delitto di pericolo comune propria della fattispecie di epidemia: i confini della tipicità vengono, infatti, tracciati senza considerare, nel primo caso, la "proiezione teleologica" della contaminazione (ossia il pericolo di ulteriore propagazione della malattia in danno di più persone indeterminate), nel secondo, il "referente materiale", rappresentato dal danno arrecato alla salute o alla vita di soggetti determinati tramite la trasmissione del virus.
Deve, pertanto, ritenersi preferibile l'interpretazione che, inquadrando l'epidemia quale delitto di pericolo comune, richiede la sussistenza di un duplice evento: il primo, il "referente materiale", rappresentato da un evento di danno pluripersonale; il secondo, che incarna la "proiezione teleologica", dato dalla messa a repentaglio della vita, incolumità fisica o vita di più soggetti indeterminati, per effetto della diffusività del danno materiale.
In quanto "danno qualificato dal pericolo", il delitto di epidemia presuppone, dunque, che il danno arrecato alla vita o alla salute di più persone determinate tramite la trasmissione del virus (c.d. infezioni primarie) sia caratterizzato dal pericolo di un'ulteriore propagazione della malattia contagiosa in danno di una pluralità indeterminata di persone (c.d. infezioni secondarie), in conseguenza della diffusività e della rapida trasmissibilità del morbo e della conseguente difficoltà di controllo e di contenimento.

I corollari di tale inquadramento sono evidenti: se la dipendenza eziologica del danno pluripersonale dalla condotta del soggetto attivo («diffusione di germi patogeni») deve essere dimostrata oltre ogni ragionevole dubbio sulla base dei parametri messi a fuoco nella sentenza "Franzese" (ed incentrati, come è noto, sulla distinzione "metodologica" tra "probabilità statistica" e "probabilità logica"), la proiezione teleologica (pericolo collettivo) può, invece, essere accertata sulla base di leggi epidemiologiche (c.d. causalità generale).
Come vedremo, predetto assetto strutturale rende il tentativo di rendere applicabili gli artt. 438 e 452 Cp irto di difficoltà e di ostacoli in rapporto alle concrete forme di manifestazione del contagio e della diffusione del virus "Covid-19".

4. Ulteriori divergenze di opinione si riscontrano in ordine al soggetto attivo del reato. Con riferimento all'attuale emergenza sanitaria, ci si è, infatti, chiesto se possa commettere il delitto di epidemia il soggetto infetto, esso stesso vettore di germi patogeni.
Secondo la teoria della c.d. *alterità* tra vettore ed agente patogeno, il concetto normativo di "diffusione" presupporrebbe la separazione del germe patogeno rispetto all'agente e non sarebbe integrato nei casi di "contagio umano" (ossia di contaminazione che si realizzi tramite contatto fisico tra soggetto attivo e vittima). Si tratta di un'interpretazione restrittiva, cui aderisce anche la S.C., fondata sulla distinzione tra contagio e diffusione e che individua l'autore del reato nel solo soggetto che, essendo in possesso fisico di germi patogeni, li diffonda, cagionando l'epidemia.
La tesi volta a limitare la cerchia dei soggetti attivi a coloro i quali abbiano la disponibilità – sia pur in senso penalistico – dei germi patogeni, con la conseguente esclusione della persona affetta da malattia contagiosa, viene criticata da quanti sottolineano il difetto di previsione espressa del requisito del possesso dei germi patogeni e la conseguente irrilevanza della separazione fisica tra oggetto e soggetto della diffusione.
Essi sono i sostenitori della tesi della c.d. *unitarietà*, secondo cui la diffusione epidemica potrebbe realizzarsi anche nel caso in cui il soggetto attivo si faccia vettore di germi patogeni tramite la propria persona; una tesi di recente avallata, *incidenter tantum*, anche dalla S.C., che ha ammesso, sia pur in astratto, tale possibilità, pur riconoscendo la maggiore difficoltà pratica di integrazione della fattispecie (Cass. 30.10.2019 n. 48014).
Sul presupposto che l'espressione "mediante diffusione di germi patogeni" debba essere ricostruita nel senso dell'esclusione dall'ambito dell'epidemia di strumenti diffusivi diversi dai germi patogeni (ad es., sostanza tossiche, radioattive, ecc.), a supporto di tale interpretazione si fa osservare che il richiamo normativo all'art. 452 Cp operato dal già citato art. 2 co. 3 d.l. 33/2020, si giustificherebbe soltanto nel senso che il reato in esame sia realizzabile anche dal soggetto infettato quale possibile veicolo di diffusione dei germi patogeni, ogni qual volta il contagio da parte di una persona infetta assuma carattere massivo e sincronico, data la sua elevata contagiosità.
Il fatto che il delitto di epidemia colposa sia stato richiamato dal legislatore nella clausola di riserva prevista nella citata fattispecie contravvenzionale non pare risolutivo: come anticipato, vi è, infatti, il fondato sospetto che predetto richiamo assuma una valenza meramente strumentale al rispetto della misura della quarantena obbligatoria, a prescindere dalla questione dell'effettiva e concreta applicabilità della fattispecie codicistica alla peculiare situazione di emergenza in atto.
Come è stato rilevato da G. De Francesco a proposito della «difficoltà che il "contagio da persona a persona" possa assumere la connotazione dimensionale e temporale di una malattia epidemica», la stessa portata semantica del termine "diffusione" implica necessariamente una dimensione di "carattere sincronico e necessariamente massivo", caratteristiche incompatibili con il contagio da persona a persona, salvo che «non possa ipotizzarsi una sorta di inverosimile "intesa collettiva", nella forma di un concorso di persone (perlopiù sorretto da dolo), volta ad attuare un vasto e coordinato piano di trasmissione di agenti patogeni rivolta contestualmente a danno di una molteplicità di destinatari»; in altri termini, siamo, infatti, di fronte ad un delitto che «nei contenuti (e nel

corrispondente livello delle sanzioni), sembra eccedere la sfera delle capacità operative da parte di un soggetto che, per sua disgrazia, risulti portatore del *virus* Covid-19».
Come si vedrà meglio nel prosieguo dell'indagine, la "signoria" dell'agente sull'insorgenza e sullo sviluppo del morbo epidemico deve ritenersi la precondizione della "diffusione dei germi patogeni", ossia della modalità attraverso la quale la causazione di un'epidemia assume rilevanza penale. Quello del controllo o dominio originario sulla malattia epidemica è, infatti, un requisito selettivo in difetto del quale le difficoltà di accertamento del nesso eziologico – richiesto dalla norma – sono destinate a rivelarsi, di fatto, insormontabili.

5. La tesi qui sostenuta è che natura di delitto di pericolo comune, sfera di signoria sui germi patogeni e struttura di reato di evento (qualificato dal pericolo pluripersonale), costituiscano, in effetti, aspetti interdipendenti e inscindibili, che qualificano la tipicità del fatto.
Si tratta di un assunto che poggia sulla valorizzazione del peculiare ruolo e significato che, nell'economia della fattispecie, assume il riferimento normativo alla necessità che la causazione dell'epidemia avvenga mediante «la diffusione di germi patogeni» (ovvero di microrganismi idonei a provocare una malattia infettiva o contagiosa).
Come è noto, tale locuzione normativa ha dato luogo a due diverse impostazioni ermeneutiche, con rilevanti conseguenze in chiave disciplinare.
Un primo orientamento, dominante in dottrina e in giurisprudenza, ritiene che il delitto in esame considerarsi a forma vincolata: il legislatore non si sarebbe limitato a richiedere la causazione di un dato risultato lesivo, ma avrebbe, invece, previsto anche il percorso causale, con la conseguenza che la derivazione del medesimo evento da un diverso processo causale difetterebbe di tipicità.
Come rilevato dalla S.C., «l'epidemia costituisce l'evento cagionato dall'azione incriminata la quale deve estrinsecarsi secondo una precisa modalità di realizzazione, ossia mediante la propagazione volontaria o colpevole di germi patogeni di cui l'agente sia in possesso»; si ritiene che la materialità del delitto sia «costituita sia da un evento di danno rappresentato dalla concreta manifestazione, in un certo numero di persone, di una malattia eziologicamente ricollegabile a quei germi patogeni che da un evento di pericolo, rappresentato dalla ulteriore propagazione della stessa malattia a causa della capacità di quei germi patogeni di trasmettersi ad altri individui anche senza l'intervento dell'autore della originaria diffusione» (Cass. 9133/2017, *cit.).*
Assai rilevante il corollario: incentrandosi su una condotta commissiva a forma vincolata, l'art. 438 Cp sarebbe, dunque, di per sé strutturalmente incompatibile con il disposto dell'art. 40 co. 2 Cp.
Un secondo orientamento – di carattere minoritario, che ha registrato proprio in coincidenza dell'emergenza pandemica crescenti consensi – ritiene, invece, che il delitto in esame rientri nella categoria dei reati "a forma libera" e "a mezzo vincolato". La tesi secondo cui l'indicazione del mezzo non comporterebbe anche la specificazione delle note modali della condotta – che rimarrebbe a forma libera – ha ricevuto, sia pur *incidenter tantum,* anche l'avallo di una sentenza della S.C. (antecedente all'emergenza Coronavirus), in cui si rileva che con la formula "mediante la diffusione di germi patogeni" il legislatore avrebbe inteso soltanto individuare il tipo di evento rilevante, ovvero le malattie infettive, e non già indicare una puntuale tipologia di condotta (Cass. n. 48014/2019).
Il pregnante corollario di tale interpretazione è dato dalla possibilità di attribuire rilevanza penale all'epidemia mediante omissione: sul presupposto secondo cui «il non fare qualcosa» possa «produrre la diffusione» e l'omissione «consista nel non inserire il dovuto ostacolo alla diffusione», parte della dottrina ritiene che l'epidemia colposa sia configurabile in forma omissiva, tutte le volte in cui la regola cautelare inosservata abbia come scopo quello di ostacolare la diffusione dei germi patogeni (alla medesima conclusione perviene anche chi – come S. Tordini Cagli – ritiene che la rilevanza delle condotte omissive discenda già dall'interpretazione letterale della fattispecie, la cui formulazione attesterebbe già l'ininfluenza delle modalità di diffusione, senza necessità di ricorrere all'art. 40 co. 2 Cp).

Aldilà della diversità di motivazioni e argomentazioni, le tesi propense ad ammettere la configurabilità del reato in forma omissiva risultano – come rilevato dalla S.C. – non rispettose del principio di tipicità, in quanto finiscono per disapplicare o interpretare riduttivamente – la locuzione "mediante la diffusione di germi patogeni", che, lungi dall'assumere una valenza meramente pleonastica o addirittura tautologica, rappresenta, al contrario, uno degli elementi essenziali della fattispecie (cfr. Cass. n. 9133/2017*)*.
Se l'epidemia rappresenta «bensì un reato di evento, ma con "forma" e modalità "vincolate" al presupposto che la condotta dell'autore si sostanzi in una "*diffusione* di germi patogeni"», allora, come osservato da G. De Francesco, «il richiamo espresso alla "diffusione" del fattore patogeno – per non apparire del tutto pleonastico nell'economia della fattispecie – sembra dover inerire, ancor prima, alla stessa dimensione strutturale della condotta "mediante" la quale si viene a cagionare il fenomeno epidemico»: si tratta di un profilo valorizzato dalla stessa giurisprudenza, «quand'essa fa leva sul carattere "contestuale" e "cronologicamente circoscritto" della manifestazione del fenomeno suscettibile di interessare l'integrazione della fattispecie». Ad assumere valore dirimente la questione inerente alla struttura del reato e alla configurabilità dell'ipotesi omissiva è, come rilevato dall'autore citato, «il carattere immediatamente diffusivo dei fattori potenzialmente causali intrinseco *nello stesso tipo di comportamento* richiesto dalla norma».
La dimensione sincronica e necessariamente "massiva" della condotta diffusiva conferma l'incompatibilità logico-strutturale tra contagio di virus "da persona a persona" e delitto di epidemia. Lungi dal risultare pleonastica o circoscritta al piano del mezzo utilizzato, la formula normativa «mediante la diffusione di germi patogeni» appare espressiva di un presupposto negativo dal cui accertamento dipende la rilevanza del fatto.
La tipicità del fatto è, infatti, subordinata alla condizione che la trasmissione del virus intervenga in un contesto spaziale o territoriale in cui la contaminazione non sia già in atto, i germi patogeni non si siano già propagati. A ben vedere, infatti, intanto i germi patogeni possono essere "diffusi" in senso proprio, in quanto i medesimi non siano già presenti e "circolanti" in un dato contesto: in questo senso, l'applicabilità dell'art. 438 Cp risulta condizionata dall'accertamento dal carattere "incontaminato" – rispetto ad un determinato virus – del luogo/spazio in cui è stata tenuta la condotta di spargimento.

6. Non appena si volga l'attenzione alla necessità di una rigorosa verifica del nesso causale tra condotta inosservante di norme cautelari tenuta dal soggetto attivo ed esiti lesivi in danno di un congruo numero di soggetti colpiti dalla malattia (c.d. referente materiale), le difficoltà di accertamento della responsabilità penale a titolo di epidemia sono destinate ad accrescersi in modo esponenziale.
Il duplice fattore che rende estremamente ardua l'applicabilità di predetta fattispecie nel caso del contagio "Covid-19" è costituito dal carattere ubiquitario e dalla pluralità dei modi di trasmissione di tale *virus*.
Il primo fattore rende, di fatto, pressoché impossibile accertare con elevato grado di probabilità logica l'eventuale intervento di fattori causali alternativi e, cioè, che il soggetto non sia stato contagiato *aliunde*: risulta, in effetti, particolarmente difficile stabilire il momento esatto in cui il predetto virus sia stato contratto, tenuto conto anche dell'incertezza in ordine alla durata del periodo di latenza del morbo.
Come osserva la S.C. in un caso di omessa integrazione del documento di valutazione dei rischi e omessa valutazione del rischio biologico all'interno di una casa di riposo (con conseguente contestazione del reato di epidemia a carico del titolare), non è possibile dimostrare la sussistenza del nesso di causalità tra condotta inosservante e diffusione del virus all'interno della RSA diretta dall'imputato in conformità delle teoria condizionalistica orientata secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche. Secondo la S.C., «alla stregua del giudizio contro fattuale, ipotizzando come realizzata la condotta doverosa ed omessa dall'indagato, non è possibile desumere

"con alto grado di credibilità logica o credibilità razionale" che la diffusione/contrazione del virus Covid-19 nei pazienti e nei dipendenti della casa di riposo sarebbe venuta meno. Non è da escludere, infatti, che qualora l'indagato avesse integrato il documento di valutazione dei rischi e valutato il rischio biologico, *ex* art. 27 d. lgs. 81/2008, la propagazione del virus sarebbe comunque avvenuta per fattori causali alternativi (come, ad esempio, per la mancata osservanza delle prescrizioni impartite nel DPCM per le case di riposo quali di indossare le mascherine protettive, del distanziamento o dell'isolamento dei pazienti già affetti da covid, ovvero a causa del ritardo negli esiti del tampone)» (Cass. n. 20416/2021).
Tale presa di posizione dimostra come solo in apparenza la dimostrazione del nesso causale si riveli meno impegnativa in riferimento a condotte poste in essere in ambiti delimitati dal punto di vista spaziale e della cerchia di persone coinvolte: come rilevato da M. Pelissero, anche in questi casi, infatti, dovremo «al di là di ogni ragionevole dubbio, escludere fattori causali alternativi e, considerando la molteplicità delle forme di trasmissione del virus, diventa difficile, se non impossibile, giungere all'accertamento del nesso causale».
Dal punto di vista della probabilità logica, il livello di criticità dell'accertamento del nesso causale è destinato ad aumentare in considerazione del fatto che il virus Covid-19 si diffonde spesso in condizioni di "co-morbilità": nei casi in cui esso sia contratto da soggetti affetti da altre patologie, diviene, particolarmente difficile verificare se l'evento lesivo dipenda (anche) dal coronavirus (anche sotto il profilo dell'anticipazione dell'evento morte o dell'alterazione del decorso della malattia pregressa).
Le considerazioni che precedono valgono non soltanto per le ipotesi di causazione in senso proprio della presunta epidemia (innesco della diffusione della malattia contagiosa), ma anche per quelle di aggravamento della situazione epidemica in corso (ulteriore propagazione dell'infezione, suscettibile di rilevare *ex* art. 41 Cp), nel caso in cui si ritenesse di prescindere dal carattere "iniziatore" della condotta. Come rilevato da M. Pelissero, si porrebbe, in ogni caso, la necessità di dimostrare, oltre ogni ragionevole dubbio, che la causazione di nuovi contagi e l'ulteriore diffusione del morbo dipenda proprio dalla condotta inosservante: se ci si accontentasse di accertare l'aumento del rischio di tali eventi sulla base di parametri epidemiologici, si finirebbe, infatti, per trasformare un reato di evento qual è l'epidemia in un reato da rischio epidemico, alterando la struttura dell'art. 438 Cp.

6.1. Al fine di superare le difficoltà che la prova del nesso causale pone in riferimento al contagio "Covid-19", in dottrina si è cercato di "flessibilizzarne" l'accertamento, ora incentrando la dimostrazione della causalità dell'evento epidemico sull'*accertamento alternativo,* ottenuto sulla base del notevole incremento di casi di mortalità/morbilità da "Covid-19" nel contesto considerato, ora, invece, prescindendo *ex post* dall'identificazione delle singole vittime e considerando le singole lesioni individuali quali sintomi del pericolo comune.
Partendo dal presupposto secondo cui il reato di epidemia sarebbe un reato a forma libera e quasi tutti i casi di mancato impedimento di un focolaio di "Covid-19" sarebbero «riconducibili allo schema del concorso omissivo in un reato commissivo ovvero dell'omesso impedimento del reato (commissivo) altrui», S. Zirulia ritiene che «le difficoltà di prova della causalità individuale registrate con riferimento ai reati contro la persona siano qui destinate quanto meno a stemperarsi, in ragione del carattere collettivo e impersonale dell'evento tipico» e del mutamento dell'oggetto dell'accertamento causale. Secondo l'autore citato, «persuasive considerazioni di ordine teleologico» ed empirico-criminologico indurrebbero a ritenere che possa integrare l'art. 438 Cp non solo «l'innesco di un fenomeno epidemico altrimenti inesistente (…) ma anche il significativo aumento dell'incidenza della patologia all'interno di una comunità circoscritta, già inserita all'interno di un contesto pandemico».
Secondo l'impostazione in esame, nel caso in cui «l'accertata presenza di ammalati in più rispetto all'atteso raggiunga le dimensioni di un focolaio vero e proprio», lo studio epidemiologico sarebbe «in grado di fotografare l'evento lesivo di epidemia»: il delta tra "atteso e registrato", nella sua

dimensione impersonale, non sarebbe in grado di fornire alcuna indicazione «in merito a *chi* sono coloro che si sarebbero ammalati in ogni caso (in linea con il tasso di morbilità che si registra nella popolazione assunta a termine di confronto), e chi sono invece coloro che si sono ammalati proprio in ragione delle specifiche condizioni registrate all'interno di quell'ambiente».
Si ritiene, però, che quello inerente all'identità delle persone contagiate sia un *deficit* informativo irrilevante rispetto ad un reato come l'epidemia che, essendo posto a presidio della salute di collettività indeterminate di persone, dovrebbe essere ricostruito in chiave impersonale e meta-individuale (non solo rispetto alla proiezione teleologica: pericolo pluripersonale) ma anche rispetto al "referente materiale" del reato di pericolo comune (contagio con esiti lesivi in danno di più persone), suscettibile di essere descritto e accertato «in termini aggregati e impersonali, sulla base del dato scientifico relativo all'eccesso di morbilità nel gruppo osservato».
Sul presupposto che la prova della causalità possa essere raggiunta sulla base di evidenze esclusivamente epidemiologiche, si ritiene che, in presenza di un'eccedenza anomala di casi rispetto a quanto è accaduto nel resto della popolazione, anche l'esclusione di decorsi causali alternativi possa essere declinata "a livello di popolazione" e che il fatto che rimanga indeterminata l'identità dei contagiati non osti al riconoscimento della sussistenza di un reato contro la salute pubblica come l'epidemia. In tal modo, si ritiene di superare le gravi difficoltà poste dal carattere ubiquitario del virus e dalle frequenti situazioni di comorbilità (cui si è fatto cenno) e di soddisfare le istanze teleologiche ed empirico-criminologiche asseritamente sottese all'accertamento del nesso causale su base esclusivamente epidemiologica.
Ad essere punita sarebbe, dunque, una condotta inosservante tenuta all'interno di un determinato territorio o ambiente di vita, con la conseguente eccedenza anomala di contagi rispetto a quanto è accaduto nel resto della popolazione, che incarna il disvalore di evento.
Siffatta lettura assiologico-emergenziale finisce, però, per amputare la fattispecie del (primo) requisito fondamentale rappresentato (come si è visto) dalla causazione, mediante diffusione di germi patogeni, di lesioni personali o della morte in danno di più persone determinate (c.d. referente materiale del disastro sanitario).
Se è indubbio che il pericolo sanitario pluripersonale possa e debba essere accertato su base epidemiologica, è altrettanto evidente che le istanze di flessibilizzazione dell'accertamento causale non possano spingersi fino al punto di alterare i confini della tipicità e di contraddire i pregnanti nessi logico-sistematici che intercorrono tra l'art. 438 Cp e gli altri reati di "pericolo comune mediante frode" di cui al Capo II del Titolo VI. Si deve, piuttosto, ribadire come le correlazioni probabilistiche (tratte da leggi elaborate dall'epidemiologia) non abbiano alcuna capacità esplicativa rispetto alle singole lesioni personali o alle morti storicamente determinate, la prova della cui effettiva dipendenza dalla condotta del soggetto attivo del reato è, del resto, richiesta dall'art. 438 c.p. oltre ogni ragionevole dubbio.
Una simile dimostrazione si rivela una "*probatio diabolica*" nel caso in cui si prescinda dal presupposto – logicamente sotteso all'art. 438 Cp - della "sfera di signoria" sul morbo, della portata "iniziatrice" della condotta del soggetto attivo.

7. Ulteriori e non lievi criticità sono poste dal riscontro del coefficiente colposo: i profili problematici riguardano tanto l'individuazione delle regole cautelari, quanto i profili della c.d. causalità della colpa e dell'esigibilità dell'osservanza delle norme prevenzionistiche.
In dottrina è stata sottolineata la difficoltà di distinguere – sotto il profilo funzionale – tra misure di contenimento di natura propriamente *cautelare* – in quanto aventi un'effettiva finalità di prevenire la diffusione del virus, sulla base dell'evidenza scientifica sulla diffusione e trasmissibilità (come, ad es., l'utilizzo di determinati indumenti protettivi o il rispetto di determinate prescrizioni igieniche, l'uso mascherine in contesti chiusi, ecc.), misure aventi, invece, un ruolo *precauzionale* (si pensi, ad es., alle regole sul distanziamento sociale) o meramente *disciplinare* (come il divieto di ingresso ai parchi o alle aree verdi, anche mantenendo la distanza sociale).

Un'ulteriore criticità è data dal fatto che la frequente connotazione elastica della norma cautelare positivizzata chiama il giudice all'integrazione del giudizio di prevedibilità e di evitabilità dell'evento, inevitabilmente sbilanciata sul versante della colpa generica e foriera di incertezze in ordine alla determinazione della condotta attesa e pretesa dall'ordinamento nel caso di specie.

8. Nell'insieme, appare, dunque, avvalorata la tesi secondo la quale la concreta applicabilità della fattispecie di epidemia "sta e cade" con la sfera di signoria del soggetto attivo sulla "diffusione" dei germi ovvero con il "possesso" di quest'ultimi, secondo quanto in precedenza illustrato.
Ai fini dell'integrazione dell'art. 438 Cp non si richiede, dunque, soltanto la prova dell'effettiva trasmissione a più persone del germe patogeno, con contestuale pericolo di ulteriore propagazione del virus, bensì anche la dimostrazione della signoria dell'agente sull'insorgenza e sullo sviluppo del morbo epidemico in uno specifico ambito spazio-territoriale.
Teoria dell'alterità tra vettore ed agente patogeno, natura di reato di "danno qualificato dal pericolo", condotta "vincolata", rappresentano – come si è visto – i cardini – funzionalmente interdipendenti – sui quali il legislatore ha incentrato la fattispecie di epidemia, al fine di soddisfare delicate esigenze probatorio-processuali.
Nella consapevolezza delle insidie probatorie poste dal carattere ubiquitario del virus, al reato in esame è attribuita una connotazione selettiva e frammentaria, difficilmente compatibile con il tentativo di "rigenerazione" applicativa operato in dottrina, al fine di superare il rigore ermeneutico sotteso alla ricostruzione "tradizionale".
La messa in discussione della portata "causale" ed "iniziatrice" che la condotta del soggetto attivo deve, in concreto, presentare affinché la fattispecie possa trovare applicazione comporta ora insormontabili difficoltà di accertamento (*in primis*, del nesso causale), ora profili di contrasto con il principio di legalità e con le metodologie di verifica dei nessi di imputazione fissate in chiave di garanzia dalla giurisprudenza di legittimità.
Il fatto che, nella prevenzione e repressione di condotte inosservanti nel contesto dell'attuale emergenza pandemica, il binomio di cui agli artt. 438 e 452 Cp non sia in grado di svolgere il ruolo "primario" che parte della dottrina vorrebbe attribuirgli è, altresì, confermato dal fatto che il legislatore, nell'introdurre limitazioni della responsabilità penale colposa (punibilità solo nei casi di "colpa grave") per morti o lesioni in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da "Covid-19" (art. 3-*bis* d.l. 44/2021 conv. in l. 76/2021), non abbia preso in considerazioni il delitto in esame, riferendo la sfera di operatività di predetta causa di non punibilità al solo ambito dei delitti contro la persona.
A predetta opzione pare sottesa la valutazione di non necessità di estensione della limitazione di responsabilità in considerazione della remota possibilità di applicazioni concrete di tale peculiare fattispecie, tenuto conto dell'elevato livello di problematicità che il carattere ubiquitario del virus comporta in sede di accertamento del reato.

9. L'eccezionalità, la drammaticità, dell'emergenza sanitaria che ha sconvolto la vita dell'intero pianeta, non deve far trascurare la necessità di osservare, anche in questo caso, il "principio di realtà". Un principio che, come è stato incisivamente osservato da G. De Francesco, è destinato a «a coniugarsi ed armonizzarsi con un profilo di garanzia saldamente radicato nella tradizione penalistica: quello, cioè, della tipicità dell'illecito, e della connessa esigenza di un'interpretazione che non si muova liberamente in una prospettiva "ermeneutica" insofferente della formula legale, ma che sappia invece mantenersi all'interno delle scelte desumibili dalla fattispecie, cogliendone i significati alla luce della dimensione attribuita agli elementi che ne qualificano e ne caratterizzano lo specifico contenuto di disvalore».
Non possono, pertanto, giustificarsi interpretazioni volte ad adeguare *ex post* le norme incriminatrici alle peculiarità del fatto concreto e, in particolare, la manipolazione "in chiave emergenziale" della struttura della fattispecie di cui all'art. 438 Cp in funzione di adattamento alla contingente crisi

sanitaria, al fine di fronteggiare il diffuso pericolo di trasmissione del virus "Covid-19" da parte di singoli contagiati o, ancor peggio, l'inosservanza in sé delle misure di protezione e di sicurezza sanitaria.

10. La soluzione del problema non può, però, essere quella di "caricare" indebitamente di funzioni repressive fattispecie delittuose – come quella di epidemia – che trascendono la dimensione *personale* della tutela della vita e della salute, proiettandosi verso una salvaguardia di portata collettiva, che finisce per risultare affetta da un'evidente "sproporzione di scala" rispetto alle concrete dinamiche del contagio.
Ciò non significa che, dal punto di vista politico-criminale, le diagnosi dottrinali di inadeguatezza e anacronismo degli artt. 438 e 452 Cp rispetto alle attuali fenomenologie di danno non meritino di essere prese in considerazione in prospettiva di riforma.
Le istanze di prevenzione e repressione che oggi si polarizzano sterilmente sulla fattispecie "limite" di epidemia, sottoponendola a torsioni e a "forzature" espressive di uno "stato di emergenza" applicativa, in contrasto con i principi di legalità e di personalità della responsabilità penale, potrebbero essere, invece, "incanalate" – e meglio valorizzate – in un diverso – e più funzionale – scenario punitivo, volto a porre rimedio all'ineffettività palesata da forme di protezione penale imperniate – anche solo in parte (come nel caso dell'epidemia) – sul rigido paradigma del diritto penale d'evento.
Si tratta, dunque, di valutare l'opportunità di introdurre nel sistema forme e modelli alternativi di tutela in grado di sopperire alla sostanziale assenza nell'ordinamento di moduli di anticipazione della tutela della vita e della salute del consociato in grado di corrispondere ad esigenze di contenimento del pericolo *personale* o *individuale* ossia fattispecie incriminatrici incentrate sul pericolo di trasmissione del virus che, come tali, possano sottrarsi alle stringenti regole di accertamento del nesso eziologico.
Ad assumere rilievo potrebbero essere fattispecie di mera condotta, incentrate sul pericolo concreto di trasmissione del virus o del contagio di malattie infettive o pericolose per la salute individuale, con una dosimetria della risposta sanzionatoria adeguata al mutato disvalore del fatto, in accordo al principio di proporzionalità della pena.

IL DECLINO DEL PARADIGMA ACCUSATORIO ED IL RITORNO ALL'ISTRUZIONE SOMMARIA*

di Enrico Marzaduri
(*Professore ordinario di diritto processuale penale, Università di Pisa*)

Nella individuazione dei caratteri di un processo penale accusatorio, Franco Cordero, sulla scia delle intuizioni di Francesco Carnelutti, attribuiva un ruolo centrale alla funzione meramente preparatoria e non istruttoria dell'inchiesta preliminare. Ed in questa direzione si sarebbe mossa la riforma del 1988. Peraltro, i rapporti tra detta fase e quella del dibattimento ben presto sarebbero mutati fino ad un vero e proprio rovesciamento degli equilibri: con gli interventi del 2022 oggi il giudice dibattimentale sembra chiamato più a verificare la correttezza delle conclusioni raggiunte dal pubblico ministero che a formare le prove decisive per l'esito del giudizio.
When identifying the features of an adversarial criminal trial, Franco Cordero, in the wake of Francesco Carnelutti's insights, gave a central role to the merely preparatory and non-investigative function of the preliminary investigation. In the very same direction the code of 1988 would have moved. Moreover, the relations between the preliminary phase and the trial would soon change to a real overturning of the balance: with the 2022 reform, today the trial judge seems to be called upon more to verify the correctness of the conclusions reached by the public prosecutor than to form the decisive evidence for the outcome of the trial.

SOMMARIO: 1. Sessanta anni fa: la proposta dell'inchiesta preliminare di parte per una configurazione accusatoria del procedimento penale … e qualche non infondata preoccupazione per il rischio di una degenerazione in chiave inquisitoria – 2. Le scelte operate con il codice del 1988: pericolose ingenuità, ma forse colpevoli contraddizioni, nell'organizzazione del rapporto tra le fasi procedimentali. – 3. La realtà applicativa del dibattimento a fronte dell'ipertrofia delle indagini preliminari e della tempistica dei giudizi: la risposta fornita dalla riforma del 2022 e gli effetti sulla sistematica del rito penale.

1. Sono trascorsi quasi sessanta anni da quando, nel tracciare le linee di un processo accusatorio sulla scia delle proposte già formulate da Francesco Carnelutti[1], peraltro, non sempre integralmente condivise, Franco Cordero delineava con poche ma incisive parole i caratteri fondamentali di un processo accusatorio, un processo nel quale «vale la regola del dialogo: ciò che si fa *in iudicio*, si fa pubblicamente; le iniziative vòlte alla formazione delle prove, in particolare, sono rituali e quindi efficaci nella misura in cui siano state compiute in cospetto e con la partecipazione dei contraddittori»[2]. Il che andava a riflettersi direttamente sul significato riconducibile agli atti della fase preliminare, per i quali l'unica soluzione coerente con la nuova configurazione del rito penale era rappresentata dal «declassare tali prodromi a un'attività *preprocessuale* di parte: donde la

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume *Corderiana. Sulle orme di un maestro del rito penale*, a cura di E.M. Catalano e P. Ferrua, per i tipi di Giappichelli.

[1] Cfr. F. Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli 1960; Id., *Premessa*, in AA.VV., *Primi problemi della riforma del processo penale*, a cura di G. De Luca, Firenze 1962, 15 ss.; Id., *Verso la riforma del processo penale*, Napoli 1963. Sul punto, v., per un'utile ricostruzione delle varie tappe che portarono all'elaborazione della c.d. bozza Carnelutti, O. Mazza, *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in AA.VV., *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano 2010, 153 ss.

[2] F. Cordero, *Linee di un processo accusatorio*, in AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano 1965, 62.

conseguenza che le informazioni raccolte dal pubblico ministero» dovevano risultare «sfornite d'efficacia probatoria», costituendo solo «lo strumento di cui l'organo dell'accusa si vale per saggiare il probabile fondamento di un'eventuale domanda»[3].
Veniva così coltivata e sviluppata una felice intuizione di Carnelutti, quella per cui la formazione delle prove in contraddittorio poteva essere garantita solo ponendo un "diaframma" tra il dibattimento e la fase anteriore[4], «convertendo la vecchia, ingombrante istruzione in una mera "*inchiesta preliminare*" di parte, utile bensì al pubblico ministero nella raccolta degli elementi per verificare la fondatezza dell'azione, con il divieto, tuttavia, nei confronti del giudice incaricato della decisione finale, di conoscere quanto avvenuto in precedenza»[5]. E non erano ammesse soluzioni compromissorie al riguardo: «Se per un istante si pensasse d'usare come prova una voce captata fuori del contraddittorio, il sistema andrebbe in frantumi»[6].
Su queste premesse, si profilava per Cordero l'esigenza di disciplinare la fase degli atti investigativi nel rispetto del principio per cui «il pubblico ministero deve agire, ogniqualvolta appare probabile l'esistenza d'un reato», nel senso che «la domanda» rivolta al giudice sarà necessariamente «preceduta da iniziative volte a scoprire se vi sia materia per un processo», perché «il processo penale è un affare abbastanza serio da richiedere cautela e riflessione»[7].
Quanto invece all'individuazione dei contenuti della fase investigativa, nelle pagine che l'illustre giurista piemontese dedica al progetto di riforma del 1962 non emergono specifiche indicazioni, se non quelle che possono ricavarsi implicitamente dalla finalità perseguita dall'organo dell'accusa, chiamato a «saggiare il probabile fondamento di un'eventuale domanda»[8]. Il che, anche se non segna confini precisi all'attività da svolgersi nell'inchiesta preliminare, impedisce sicuramente l'attribuzione all'organo dell'accusa del compito di esaurire, sia pure solo tendenzialmente, le potenzialità di acquisizione del materiale probatorio.
Nel vivace ed autorevolissimo dibattito che si sviluppò sulla c.d. bozza Carnelutti[9], il tema delle indagini preliminari e del rilievo probatorio riconducibile agli atti compiuti in tale fase avrebbe assunto un ruolo centrale[10]. Non sarebbero mancati atteggiamenti chiaramente conservatori, come quello espresso da Giovanni Leone, per il quale appariva assurdo negare la possibilità per il giudice del dibattimento di prendere a fondamento della decisione la dichiarazione testimoniale resa al pubblico ministero, stante l'esigenza di non compromettere il principio del libero convincimento[11].
Ma vi sarebbe stata anche la posizione sostenuta da Pietro Nuvolone, che, nel proporre un procedimento istruttorio nel quale il contraddittorio fosse praticato sino in fondo, pur avendo riconosciuto la perfezione della costruzione teorica e la linearità del modello che era stato sottoposto all'esame della commissione ministeriale nominata dal guardasigilli Gonella, avrebbe avanzato forti

---

[3] Id., *Linee*, cit., 66 s.
[4] V., in particolare, F. Carnelutti, *Introduzione*, in Id., *Verso la riforma*, cit., 18, dove si individua la funzione dell'inchiesta preliminare, «non tanto *istruttoria* quanto *preparatoria*, in quanto serve a fornire gli elementi non già per condannare o prosciogliere, sibbene per decidere se debba o non debba procedersi al dibattimento».
[5] Per questa sintesi, v. D. Negri, *Modelli e concezioni*, in A. Camon, C. Cesari, M. Daniele, M.L. Di Bitonto, D. Negri, P.P. Paulesu, *Fondamenti di procedura penale*[3], Padova 2021, 36, che richiama F. Carnelutti, *Discussione*, in AA.VV., *Primi problemi*, cit., 59.
[6] F. Cordero, *Linee*, cit., 76.
[7] F. Cordero., *Linee*, cit., 67 s.
[8] F. Cordero, *Linee*, cit., 67.
[9] Al riguardo, v., oltre ad O. Mazza, *L'illusione accusatoria*, cit., 157 ss., G. Vassalli, *Introduzione*, in AA.VV., *L'inconscio*, cit., 9 ss.
[10] Lo rileva M. Nobili, Timeo Danaos*: risalenti profezie*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, 71.
[11] Cfr. G. Leone, *Dibattito*, in AA.VV., *Criteri direttivi*, cit., 222. Per una devastante critica mossa a detta tesi, v. F. Cordero, *Diatribe sul processo accusatorio*, in Id., *Ideologie del Processo Penale*, ed. integrata da appendice, Roma 1997, 198 s., che ha gioco facile nel dimostrare l'equivoco nel quale cade Leone, equivoco provocato dall'erronea considerazione della valutazione libera, che «non esclude e anzi normalmente presuppone certi limiti legali relativi prima all'ammissione e poi al modo di costituzione della prova».

perplessità, anche in considerazione del rischio di una «possibile degenerazione dell'inchiesta preliminare in istruttoria (…) squisitamente inquisitoria, condotta dal pubblico ministero». Né la delimitazione funzionale dell'attività del pubblico ministero ci poteva far dimenticare la preoccupazione dell'individuo di essere garantito pienamente sin dalle prime fasi del procedimento penale cittadino. E, soprattutto, si doveva calare nel crogiolo della realtà italiana un sistema che sarebbe stato applicato «dagli uomini che noi conosciamo», tenendo altresì conto di «particolari condizioni del nostro paese» che avrebbero potuto rendere illusorio nel momento applicativo un modello imperniato sul «fare assumere prove che non avranno valore di … prove»[12].

2. Come noto, la bozza Carnelutti non avrebbe ricevuto alcuna attenzione in sede parlamentare, tanto che, con riferimento a detta proposta, si è correttamente accennato ad una «illusione accusatoria di spazzare il ferreo sistema istruttorio del codice Rocco, coltivata nello spazio di una breve ed eccezionale stagione»[13]. Ma a dispetto di questa infausta sorte, la validità dell'impianto accusatorio delineato dal grande giurista friulano ed in particolare l'idea dell'inchiesta preliminare, condivisa con estremo rigore da Franco Cordero, avrebbero trovato conferma «non tanto dallo svilupparsi del dibattito dottrinale quanto dalle scelte legislative», se è vero che «Tutti i successivi progetti di riforma complessiva del codice Rocco» avrebbero avuto «sempre come punto di riferimento la sostituzione dell'istruzione con l'inchiesta preliminare di parte, ancorché declinata nelle forme dell'indagine preliminare»[14]. E ciò fino alla conclusione positiva del lungo percorso della riforma processuale con l'entrata in vigore il 24 ottobre 1989 del primo e tuttora unico codice repubblicano.
Purtroppo, non soltanto gli spunti innovativi a livello di disciplina della fase investigativa dovevano trovare traduzione nella nuova regolamentazione codicistica. Altrettanto è avvenuto nella realtà giudiziaria per le preoccupazioni e gli allarmi che avevano condotto Pietro Nuvolone a contrastare le soluzioni formulate da Francesco Carnelutti e poi riprese da Franco Cordero in tema di inchiesta preliminare[15]. Una clamorosa conferma si sarebbe avuta già a distanza di meno di tre anni dall'entrata in vigore del codice[16]. Né sarebbe bastata la pur significativa integrazione dell'art. 111 Cost. a preservare adeguatamente il nostro procedimento penale dalle aggressioni della logica inquisitoria, capace di utilizzare ogni spazio offerto, ora dalla prassi applicativa, ora dalle manovre legislative, per alterare gli originari equilibri voluti nella legge delega del 1987 e nel prodotto del legislatore delegato[17].
In questa direzione, come vedremo, paiono muoversi alcune delle novità introdotte dalla c.d. riforma Cartabia, chiamate ad incidere in misura consistente sui rapporti intercorrenti tra le varie fasi del procedimento penale.
La lettura della versione originaria del codice Vassalli, tuttavia, ci consegnava una serie di elementi normativi che se non giustificano *tout court* le successive involuzioni del sistema, almeno in parte, ci permettono di comprendere le ragioni che ne hanno favorito l'ingresso. Non si tratta, insomma, di eventi sorprendenti perché imprevedibili, ma di sviluppi possibili che ben dovevano essere

[12] Così P. Nuvolone, *L'istruttoria penale*, in AA.VV., *Criteri direttivi*, cit., 83 ss. Ma già nel 1962 Pietro Nuvolone aveva espresso «una serie di osservazioni assolutamente demolitorie del progetto Carnelutti», come ricorda G. Vassalli, *Introduzione*, cit., 11, secondo cui l'intervento del grande penalista «fu il primo, durissimo colpo alla compattezza del progetto e, diciamo pure, alla possibilità di arrivare ad un risultato» concreto per la riforma del codice di procedura penale.
[13] O. Mazza, *L'illusione accusatoria*, cit., 164.
[14] Cfr. O. Mazza, *L'illusione accusatoria*, cit., 164 s.
[15] «Tutto risultò, dunque, descritto e previsto in quel dibattito illustre dei primi anni "sessanta". E tutto si è puntualmente verificato, trent'anni dopo: il senso e gli effetti delle "correzioni" apportate strada facendo, ed in specie nel giugno 1992, appaiono, così, inequivocabili»: M. Nobili, Timeo Danaos, cit., 76.
[16] Nel sintetizzare nella *Premessa* all'edizione del 1992 della *Procedura penale* gli effetti degli interventi operati sul Cpp, F. Cordero afferma che «Siamo già in epoca post-accusatoria» se «evocata al dibattimento, ogni parola detta al pubblico ministero o alla polizia diventa prova».
[17] «Non basta cambiare un codice, ma non basta neppure – ora purtroppo è chiaro – riscrivere la Costituzione ad impedire che chi detiene il monopolio della forza imponga la propria verità»: D. Negri, *Modelli*, cit., 55.

considerati da chi era stato chiamato ad attuare nel processo i caratteri del sistema accusatorio, così come delineati nelle tante articolate direttive della legge-delega del 1987.
Tuttavia, andrà egualmente osservato come nella relazione che accompagnava il progetto preliminare si fosse chiarito senza incertezza alcuna il motivo per cui le indagini preliminari non potessero e non dovessero essere confuse con la fase dell'istruzione sommaria, dal momento che le finalità perseguite erano «rappresentate esclusivamente dalla necessità di delibare la *notitia criminis* al fine di configurarla entro una precisa imputazione e di scegliere un tipo di domanda da proporre al giudice competente». Quindi, si individuava una «limitata finalizzazione delle indagini preliminari» che, proprio per la distanza così determinata rispetto alle attività istruttorie previste dal codice Rocco, veniva considerata come «uno dei punti salienti della riforma»[18]. Ed in questa prospettiva si arrivava anche a caratterizzare come meramente eventuale la fase investigativa, non destinata a costituire «il passaggio obbligato verso il procedimento», ben potendosi verificare «l'ipotesi di un immediato promovimento dell'azione penale sulla base della notizia di reato o dei risultati dell'attività diretta della polizia giudiziaria»[19].
Quanto poi all'incidenza della fase investigativa, «pur non coincidendo» con quella ipotizzata «con la mera inchiesta di parte immaginata tempo addietro da Carnelutti e Cordero», la soluzione recepita nel codice Vassalli era «quanto di più prossimo all'archetipo possa concedere una considerazione realistica del funzionamento processuale in ambito continentale»[20]. Nella richiamata relazione, si segnalava come l'impegno lessicale che aveva portato a differenziare nominalmente gli atti del pubblico ministero da quelli del giudice rifletteva la scelta di riconoscere ad essi, almeno in linea generale, «una funzione esclusivamente endo-processuale»[21].
Queste sostanziali conferme della configurazione della fase delle indagini preliminari come un segmento processuale assolutamente non assimilabile alle istruzioni formale o sommaria del codice Rocco dovevano tuttavia fare i conti con l'ampiezza e l'intensità dei poteri di ricerca dei mezzi di prova. Appariva difficile conciliare la funzione di semplice delibazione della notizia di reato[22], con lo svolgimento di attività che potevano durare sino a due anni[23] e che si dovevano caratterizzare per una tendenziale completezza, come ebbe a rilevare ben presto la Corte costituzionale nella sent. n. 88 del 1991[24]. Ed in tale prospettiva, il richiamo operato nell'art. 358 Cpp non solo ad «ogni attività necessaria ai fini» delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, ma «altresì» agli «accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini» non sembrava privo di significato, sul piano di un'assimilazione dei compiti investigativi a quelli dell'istruttore del codice Rocco[25]. Non poteva non essere considerato, poi, il fatto che il livello di accertamento raggiunto all'esito della fase dovesse poter consentire l'applicazione di misure cautelari personali, il

[18] Così la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *G.U.* n. 250 del 24.10.1988, Suppl. ord. n. 93, 81 s.
[19] *Relazione*, cit., 91.
[20] Così D. Negri, *Modelli*, cit., 44.
[21] *Relazione*, cit., 90.
[22] Insomma, una fase che «non conta e non pesa»: M. Nobili, *Diritti per la fase che 'non conta e non pesa'*, in Id., *Scenari*, cit., 35.
[23] Sul significato dei termini di durata delle indagini preliminari, v., di recente, V. Maffeo, *Tempi e* nomina juris *nelle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*, Bari 2020, 17 ss. Quanto al rapporto esistente tra la limitazione della durata delle indagini e la funzionalità del sistema processuale improntato al modello accusatorio, cfr. M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna 1989. Per F. Cordero, *Procedura penale*[9], Milano 2012, 811, non è chiaro invece «perché siano imposti al lavoro extraprocessuale» termini di durata.
[24] Già in questi termini, v., volendo, E. Marzaduri, *Indagini preliminari e modello processuale: profili di incoerenza* originaria *del codice Vassalli*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano 2003, 224.
[25] V., invece, quanto rilevato nella *Relazione*, cit., 90: «In merito va subito chiarito che da quest'ultima innovativa indicazione, non può tuttavia discendere una diversa collocazione "istituzionale" del pubblico ministero», in quanto «con quella indicazione (…) non si è inteso ripristinare l'istruzione sommaria (…), ma solo sottolineare la complessità della funzione svolta».

cui presupposto probatorio è costituito dai gravi indizi di colpevolezza, quindi da una prognosi attendibile sulla futura condanna dell'imputato.
Del resto, una inequivoca smentita dell'inquadramento ufficialmente dato alle indagini preliminari proveniva dalla redazione della previsione del progetto preliminare delle disposizioni di attuazione del Cpp, nella quale si individuavano i presupposti della richiesta di archiviazione in elementi «non (…) sufficienti al fine della condanna dell'imputato»[26]. L'inaccettabilità di una simile soluzione doveva essere rilevata con estrema puntualità dal C.S.M., che ritenne l'art. 115 disp. att. Cpp ispirato «a una filosofia diversa da quella che si ritiene essere alla base dello stesso modello accusatorio: mentre infatti quest'ultima si fonda sull'idea che il contraddittorio meglio serva allo scopo di raggiungere la "verità" (sia a favore che contro l'imputato), (…) quella che è invece sottesa alla disposizione (…) tradisce una sfiducia di fondo nel mezzo del contraddittorio e del dibattimento pubblico»[27].
A questo punto, andrà considerato il contesto sociale nel quale si inseriva la disciplina delle indagini preliminari, disciplina che, come si è potuto notare, vedeva non pochi profili di contraddittorietà tra gli assunti formali espressi nella relazione al Cpp ed una parte significativa dei suoi contenuti normativi.
Nuvolone, con la sua abituale immediatezza, aveva osservato come si dovesse necessariamente far riferimento agli uomini chiamati ad interpretare ed applicare le norme per cercare di capire il futuro alle stesse destinato. Ebbene, solo una colpevole ingenuità poteva legittimare la conclusione per cui la maggior parte dei magistrati, soprattutto quelli dell'ufficio del pubblico ministero, avrebbe accettato senza reazioni quella che poteva facilmente essere apprezzata dagli stessi come una vera e propria *capitis deminutio* della propria attività[28]. L'idea di dover utilizzare a fini probatori nel dibattimento solo ciò che si forma nel contraddittorio delle parti, dopo che, peraltro, le sorti della libertà personale dell'indagato e le decisioni sui riti negoziali erano state affidate alle risultanze delle indagini preliminari, non poteva non apparire, come era stato affermato da Giovanni Leone, profondo conoscitore delle aule giudiziarie, una soluzione inaccettabile. Invero, la diffidenza con la quale erano state accolte dalla nostra magistratura le nuove regole di esclusione probatoria discendeva, prima ancora che dalla mancata comprensione del significato metodologico del contraddittorio nella formazione della prova, dall'esigenza di conservare pienezza di efficacia alle acquisizioni conseguenti all'attività investigativa[29]. Sullo sfondo, non celata, quella infelice antitesi, tra contraddittorio e ricerca della verità, che non poteva non alimentare nostalgie per le passate soluzioni codicistiche[30].

---

[26] Sul punto, anche per ulteriori riferimenti, cfr. F. Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli 1994, 149 s., per il quale, tuttavia, la modifica intervenuta nel passaggio al progetto definitivo non avrebbe determinato «un reale mutamento di impostazione da parte del legislatore».
[27] *Parere del C.S.M. sull'art. 115 prog. prel. disp. att. c.p.p.,* in G. Conso – V. Grevi – G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, v. VI, *Le norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale*, Padova 1990, 192. In merito, cfr. 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, 13. Sembra collocarsi invece in diversa ottica F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 430, per il quale «suonava benissimo, nel primo testo, l'art. 125 att. (allora art. 115): è archiviabile ogni caso in cui siano remote le chances d'un condanna». Evidentemente, sul presupposto di indagini preliminari ben lontane da una mera inchiesta di parte…
[28] Rammenta P. Ferrua, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *PPG* 2020, 7 s., come il codice del 1988 non fosse riuscito gradito a larga parte della magistratura; «e quando una legge non incontra il favore dell'autorità giudiziaria che è chiamata ad interpretarla e ad applicarla, le probabilità che si risolva in un fallimento sono molto elevate».
[29] «Cambiare l'edificio normativo non basta (…) a raddrizzare le storture radicate da secoli nella mentalità di chi concepisce la propria funzione come difesa ad ogni costo della società dal delitto»: D. Negri, *Modelli*, cit., 46.
[30] Sul tema, v., per tutti, i lucidi rilievi di P. Ferrua, *Studi sul processo penale*, v. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino 1992, 157 ss.

Le sentenze con le quali la Corte costituzionale nel 1992 ebbe ad accogliere le questioni di legittimità riguardanti gli artt. 195, 500 e 513 Cpp e le modifiche normative conseguenti avrebbero determinato una radicale svolta inquisitoria, tale da far dire ad un attento esponente della magistratura che le indagini preliminari erano ormai divenute una sorta di «gigantesca istruzione sommaria», destinata a condizionare inevitabilmente gli esiti del dibattimento[31].
I tentativi di ripristino delle garanzie antecedenti alla riforma costituzionale del 1999 avrebbero solo parzialmente inciso sul tema dei rapporti tra fase preliminare e giudizio dibattimentale, peraltro, come noto, incappando ancora una volta nel "tempestivo" intervento dei giudici di Palazzo della Consulta che, a distanza di poco più di un anno dalla riformulazione dell'art. 513 Cpp, con la sent. n. 361 del 1998, avrebbero consentito ampi recuperi dei verbali d'indagine contenenti le dichiarazioni accusatorie dell'imputato[32].
L'attaccamento quasi morboso al passato per quanto attiene ai rapporti tra indagini e dibattimento doveva tradursi nelle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 195 e 500 Cpp e, quindi, sui contenuti conseguenti alle modifiche normative provocate dalla riforma dell'art. 111 Cost., questioni che vengono rispettivamente dichiarate non fondate e manifestamente infondate sulla base del «formale riconoscimento» dato «al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio» (sent. n. 32 del 2002), cui consegue la legittimità, se non la doverosità, di «istituti che mirino a preservare la fase del dibattimento (…) da contaminazioni probatorie fondate su atti unilateralmente raccolti nel corso delle indagini preliminari» (ord. n. 36 del 2002)[33].

3. Al di là di tutto, peraltro, continuavano a sussistere le contraddizioni interne alla disciplina della fase investigativa, contraddizioni in qualche modo esasperate da una sempre più evidente incapacità del sistema processuale di assicurare tempi processuali adeguati alla celebrazione del giudizio nelle forme ordinarie, con ovvie conseguenze a livello di effettiva incidenza del contraddittorio nella formazione della prova, a fronte di scenari processuali assai spesso popolati da testimoni incapaci di ricordare e quindi sistematicamente raggiunti da contestazioni aventi ad oggetto le dichiarazioni rese in precedenza, talora a distanza di svariati anni.
Il "sacrificio" della prova raccolta fuori dalla dialettica tra le parti diventava sempre meno accettabile, anche per chi era ben consapevole dell'importanza del metodo di formazione del materiale probatorio[34]. Così proliferano i tentativi di aggiramento del divieto probatorio ricavabile dall'art. 500 co. 2 Cpp, sfruttando il recupero alla mente del teste dell'esperienza dichiarativa passata, come se si trattasse del recupero del ricordo delle circostanze fattuali[35]. Né sono mancate soluzioni dottrinali volte a conciliare quel che sembra invece inconciliabile: le dichiarazioni contestate diventano un tutt'uno con la dichiarazione dibattimentale[36] «e, in definitiva, vi si amalgano in un impasto che

[31] In questi termini, L. Pepino, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, in *QuestG* 1993, 282.
[32] Per un'equilibrata lettura della decisione della Corte costituzionale, cfr. P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*[2], Bologna-Roma 2007, 13 ss., secondo cui, se è vero che «usare come prova le dichiarazioni rese altrove vanifica il fondamentale diritto dell'imputato di essere posto a confronto con chi lo accusa», è anche vero che «non è un edificante esempio di contraddittorio la sfilata nel giudizio di attori muti che oppongono il silenzio a chi li interroga sui fatti dei quali hanno parlato agli organi inquirenti».
[33] Su dette pronunce, anche per ulteriori riferimenti, v. P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., 115 ss.
[34] Cfr. P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, v. I, *Struttura e procedimento*[2], Torino 2017, 162, che sottolinea come sia «la stessa logica del modello accusatorio» ad esigere «il tempestivo svolgimento del giudizio».
[35] V., per alcuni rapidi spunti, E. Marzaduri, *Presentazione*, in E. Aprile – P. Silvestri, *La formazione della prova penale dopo la legge sulle indagini difensive e sul "giusto processo"*, Milano 2002, XV ss. Sulle meta-dichiarazioni del testimone, v. P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., 113 ss. Quanto ai tentativi giurisprudenziali di utilizzazione dei contenuti contestati a fini di prova dibattimentale, cfr. M. Busetto, *Le contestazioni al* testimone *tra prassi largheggianti e resistenze ideologiche*, in *AP* 2019, 253 ss.
[36] Cfr., ad es., C. Conti, voce *Giusto processo*, in *ED*, agg., v. V, Milano 2001, 637 ss.; D. Siracusano, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano 2000, 14.

lievita pur sempre grazie al contraddittorio»[37]. Ci si dimentica, forse, che quel che rileva è la sede in cui la dichiarazione è stata acquisita, non quella in cui viene riproposta.
A fronte del preoccupante problema di organizzazione della giustizia costituito dalle tempistiche dei dibattimenti, celebrati ad eccessiva distanza dall'avvio del procedimento penale e con una successione delle udienze caratterizzata da rinvii di mesi se non di anni, chi avesse avuto a cuore il significato del principio del contraddittorio nella formazione della prova sarebbe sicuramente intervenuto, sia con la ricerca di un diverso rapporto tra i segmenti processuali, idoneo ad assicurare uno spazio adeguato all'istruzione dibattimentale, sia con l'aumento del numero dei giudici destinati a tale delicata ed impegnativa fase.
Nulla di tutto questo è avvenuto. Anzi. La Corte costituzionale, che aveva collegato nella sent. n. 88 del 1991 il principio di completezza delle indagini non al risultato dell'azione, bensì alla semplice verifica «della superfluità o meno dell'accertamento giudiziale», dopo l'eliminazione del consenso del pubblico ministero nella disciplina del giudizio abbreviato, è pervenuta a configurare tale principio come premessa logica dell'individuazione di «un esaustivo quadro probatorio» idoneo a fornire tutte le risposte agli interrogativi che si dovrà porre il giudice nell'alternativa tra condannare o prosciogliere l'imputato (sent. n. 115 del 2001)[38].
A prescindere dalla più che discutibile impostazione così delineata, per cui una mera eventualità processuale, la richiesta del rito speciale da parte dell'imputato, condizionerebbe sempre e comunque le scelte del pubblico ministero sull'esercizio dell'azione penale[39], non si può non constatare come un simile onere investigativo, estremamente, e, forse, eccessivamente pesante per le Procure della Repubblica, smentito comunque dai giudici costituzionali nella sent. n. 121 del 2009, non abbia trovato conferma nella prassi applicativa, solitamente pronta a considerare obbligatorio l'esercizio dell'azione penale a fronte di esiti procedimentali che si limitano a non dimostrare l'assoluta superfluità dello sviluppo processuale[40]. Ciò nonostante, il legislatore della riforma Cartabia pare insistere nella direzione di una ipervalorizzazione dei compiti investigativi, laddove nell'art. 408 co. 1 Cpp prevede che «Quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca, il pubblico ministero presenta al giudice richiesta di archiviazione»[41].
Ma non mancano egualmente le ragioni di quella che potrebbe allora risultare una modifica «perlopiù simbolica»[42]. Come ben osserva Paolo Ferrua, «Un tempo l'attacco al processo accusatorio era frontale, si svolgeva a viso aperto contro la regola del contraddittorio», oggi invece «la strategia di attacco si è fatta più sottile, infinitamente più subdola e insidiosa»[43].
L'immagine normativa delle indagini preliminari, quale che sia l'attuazione concreta poi data nella quotidianità giudiziaria, è quella di una fase legittimata a pervenire ad un giudizio di colpevolezza,

---

[37] Così felicemente riassume dette posizioni, peraltro valutate in termini critici, nonostante la loro suggestività, D. Negri, *Modelli*, cit., 587.
[38] Su tale pronuncia, v., di recente, S. Ruggeri, *Azione e inazione*, in AA.VV., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Padova 2023, 643, che osserva come la valorizzazione del principio di completezza avvenga «in una prospettiva che comunque guardava al giudizio sulla responsabilità penale, non a un preciso risultato condannatorio».
[39] Cfr. D. Negri, *Il "nuovo" giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova 2000, 460; nonché E. Marzaduri, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in AA.VV., *L'obbligatorietà dell'azione penale,* Milano 2021, 115.
[40] Cfr., volendo, E. Marzaduri, *La riforma Cartabia*, cit., 18.
[41] Per una attenta ricostruzione dei rapporti tra questa disposizione e l'obbligo di esercitare l'azione penale, in forza della quale l'esercizio dell'azione dovrà egualmente aversi dopo la riforma Cartabia al cospetto di un quadro probatorio «fluido e potenzialmente suscettibile di sviluppi in giudizio», cfr. S. Ruggeri, *Azione*, cit., 644 ss.
[42] S. Ruggeri, *Azione*, cit., 645.
[43] Così P. Ferrua, *Processo accusatorio e riforma dell'ordinamento giudiziario*: *in ricordo dell'avv. Vittorio Chiusano*, in corso di pubblicazione in *GP*, 4/2023.

forsanco al di là di ogni ragionevole dubbio[44]. Ebbene, «questa omologazione tra regole destinate ad operare in fasi distinte rischia di ripercuotersi, con effetti pregiudizievoli, sia sulle indagini, sia sul giudizio dibattimentale, mutando l'asse dei rapporti tra questi due segmenti del procedimento penale, i quali potrebbero, così, subire una inevitabile torsione e promiscuità funzionale»[45].
Si realizza un definitivo addio all'inchiesta preliminare, sostituita da un'istruttoria che, comunque, nel legittimare l'avanzamento processuale, postula valutazioni, esplicitate o meno che siano, assai impegnative circa la sorte dell'accusato. Anche se il livello probatorio raggiunto non si presenta nel caso specifico con connotati tali da giustificare nei fatti l'affermazione della responsabilità, il messaggio trasmesso rimane quello di un addebito ormai accertato, tanto da giustificare una «ragionevole previsione di condanna»[46]. E ciò con rilevanti riflessi sul piano del ruolo dei magistrati delle Procure, i quali assumerebbero «nel corso delle indagini preliminari un approccio "terzo" rispetto alla *notitia criminis*, ponendo in essere tutte le attività necessarie ad accertare compiutamente lo svolgimento del fatto e ad individuare il responsabile», così da poter considerare il titolare dell'accusa pubblica «il primo giudice del materiale investigativo raccolto»[47].
Ma a questo punto cosa rimane da fare al giudice del dibattimento? Il pericolo che detta fase si riduca a «luogo deputato al controllo del giudizio preliminare»[48] non è assolutamente da escludere. L'aggravamento del pregiudizio del giudice dibattimentale a seguito del rinvio a giudizio costituisce una conseguenza più che probabile delle nuove regole[49]. Già i ritardi con cui si sviluppa l'istruttoria dibattimentale, del resto, le avevano sottratto buona parte del significato che le scelte strutturali del Cpp 1988 avevano invece riconosciuto. Ma una «completezza dell'indagine, tarata su obiettivi estranei alla (…) strumentalità» delle indagini preliminari «rispetto al dibattimento», è destinata ad incidere anche sulla fase del giudizio[50]. Sin troppo facile pensare ad una sempre maggiore pressione dei contenuti acquisiti in sede investigativa. Non solo. In un'economia probatoria che vede da tempo il superamento del primato della prova dichiarativa, si dovrebbe porgere attenzione alle potenzialità del contraddittorio dibattimentale «non solo rispetto alle prove tradizionali costituende, ma anche rispetto a nuove forme di conoscenza processuale precostituita mediante inedite (e perlopiù atipiche) attività investigative o addirittura acquisita al di fuori del procedimento e per scopi non procedimentali, un contraddittorio la cui portata argomentativa in relazione a queste ultime costituisce un valore insopprimibile ed essenziale, (…) in ragione del fatto che il più gran numero delle nuove misure investigative digitali comporta ingerenze di enorme portata nella sfera di libertà fondamentali in modo occulto e senza alcuna partecipazione della difesa»[51]. Ma questa attenzione potrà aversi solo da parte di un giudice al quale si affida il compito di determinare quale possa essere il materiale necessario per stabilire se l'imputato è o non è colpevole, non da parte di chi, a distanza talora di anni, viene raggiunto da una attività di indagine che, lungi dall'essere strumentale rispetto al dibattimento, consegna al giudice dell'udienza «un vero e proprio accertamento del reato e delle responsabilità»[52].

---

[44] Si legga il parere C.S.M. 19/PP/2020 d.d.l. AC n. 2435 del 29.7.2021 sul testo della riforma del Cpp presentato dal Governo, parere nel quale si arriva ad asserire che «il criterio della ragionevole previsione di condanna sembra assimilare la soglia probatoria cui il pubblico ministero deve improntare la propria valutazione prognostica a quella del giudice che può pronunciare una sentenza solo se l'imputato risulti colpevole del reato contestatogli oltre ogni ragionevole dubbio» (*www.csm.it*).
[45] Con estrema chiarezza, R. Del Coco, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere: archiviazione e udienza preliminare*, in *PPG*, 1/2022, 88.
[46] V. sempre il parere C.S.M. cit., dove si invoca per tale valutazione uno standard non diverso da quello valevole per il giudizio.
[47] Parere C.S.M. cit.
[48] R. Del Coco, *Rimaneggiamento delle regole*, cit., 88.
[49] Cfr. E. Amodio, *Filtro "intraneo" e filtro "estraneo" nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *CP* 2022, 18.
[50] V., in proposito, F. Morelli, *Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare*, in *www.sistemapenale.it*, 30.5.2023, 4 s.
[51] Per questi condivisibili rilievi, S. Ruggeri, *Azione*, cit., 644 ss.
[52] Cfr. F. Morelli, *Osservazioni*, cit., 3.

Franco Cordero, nel disegnare gli sviluppi di un'organizzazione accusatoria, si avviava a concludere le sue osservazioni, individuando «Il centro di gravitazione del processo (…) nel dibattimento», precisando come «l'istruzione dibattimentale» costituisse «il nòcciolo» di tale fase[53]. Non si può non constatare come l'attuale realtà, normativa ed applicativa, si sia allontanata completamente da questo modello, un modello che forse, come abbiamo visto, era sin troppo fragile già agli esordi, ma anche mai adeguatamente considerato da chi, più di tutti, era stato chiamato a gestirlo. Ed il futuro non sembra fornire grandi speranze per un recupero anche solo parziale di quelle soluzioni che poggiavano sul fondamentale principio «d'un processo concepito come dialogo di tre persone»[54].

[53] F. Cordero, *Linee*, cit., 75.
[54] F. Cordero, *Linee*, cit., 64 s.

AI CONFINI DELLA RESPONSABILITÀ *EX* D.LGS. N. 231/2001: LA SFIDA DELLA *COMPLIANCE* PENALE NEGLI ENTI IMPRENDITORIALI DI PICCOLE DIMENSIONI*

di Vincenzo Mongillo
(*Professore ordinario di diritto penale, Università degli studi di Roma UnitelmaSapienza*)

Il contributo verte sulla questione di grande rilievo applicativo, anche alla luce del tessuto produttivo italiano, della configurabilità e dei limiti della responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001 in relazione alle realtà societarie minori, tendenzialmente refrattarie a recepire le istanze cautelative veicolate dal nuovo regime punitivo a destinatario meta-individuale. Il lavoro, anche alla luce della comparazione giuridica, propone alcune soluzioni politico-criminali improntate a una più ragionevole applicazione dei criteri di imputazione della responsabilità all'ente di piccole o piccolissime dimensioni, nonché a una più accorta differenziazione del regime sanzionatorio, dal punto di vista sia della comminatoria edittale sia della possibile compensazione in concreto tra le sanzioni individuali e "corporative". Inoltre, il contributo analizza le possibilità di adattamento dei sistemi di *compliance* penale in funzione dell'elemento dimensionale e segnala una serie di strategie percorribili per contenere i costi dell'implementazione dei modelli organizzativi nella piccola e media impresa.
This article focuses on the issue of possibility and limits of liability of smaller companies pursuant to Legislative Decree No. 231/2001, a crucial issue for the application of this regulation in the light of the Italian productive fabric, considering that such entities tend to be reluctant to implement the preventive measures envisaged by the new punitive regime. Also by means of legal comparison, the present work proposes a number of criminal policy solutions aimed at a more reasonable application of the criteria for imputing liability to micro, small or medium sized organisation, as well as at a more careful differentiation of the sanctions regime, from the point of view both of the sanctions provided and the possible compensation between individual and corporate sanctions. Moreover, the contribution analyses the possibility of adaptation of criminal compliance systems according to the size requirement, highlighting a series of feasible strategies to contain the costs of implementing compliance programs in SMEs.

SOMMARIO: 1. La refrattarietà delle piccole imprese alla filosofia della *corporate compliance*. – 2. Una questione preliminare: "esonero" integrale delle piccole imprese dal regime della responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001? – 2.1. L'*enforcement* nei confronti degli enti di dimensioni ridotte: un raffronto tra esperienze giudiziarie italiana e straniere. – 2.2. Un ventaglio di controindicazioni politico-criminali all'esenzione generalizzata delle piccole imprese. Nostra posizione. – 3. *Compliance* e PMI: le ragioni e i margini di una possibile *liason*. – 4. Quale *compliance* penale per le piccole imprese? – 5. Strategie di contenimento dei costi della *compliance* nelle PMI. – 6. Considerazioni di sintesi.

1. Tutte le indagini empiriche sinora realizzate in Italia rivelano che, nei primi due decenni di vigenza del d.lgs. 8.6.2001 n. 231, hanno investito in sistemi di *compliance* penale[1] soprattutto le imprese

* Il testo riproduce, con alcune variazioni, il contributo in corso di pubblicazione nel volume collettaneo *Rischio,* governance *e responsabilità nei settori dell'edilizia e dell'agricoltura nell'area veneta. Una ricerca empirica e interdisciplinare*, Napoli 2023, a cura dal Prof. Lorenzo Picotti, responsabile scientifico del progetto di ricerca dell'Università di Verona da cui ha preso origine il lavoro.

[1] Sulla nozione di *compliance*, termine per sua natura polisemico, e il significato che assume nelle strategie organizzative di contenimento del rischio di commissione di reati (c.d. *compliance* penale), le quali, attraverso un metodo (appunto)

medio-grandi o ad azionariato diffuso. Viceversa, larghissima parte delle realtà aziendali di modeste dimensioni ha opposto una tenace resistenza alle istanze cautelative veicolate dal nuovo regime punitivo a destinatario meta-individuale[2].
Quanto detto emerge, ad esempio, da una ricerca di Assonime su 300 società di capitali nel 2008[3] e da un'altra condotta da Confindustria e TIM, poco più di un lustro fa, su un campione di 100 imprese (di cui 45 rispondenti) e con *focus* sull'anticorruzione[4]. Quest'ultima – più recente – esplorazione ha rivelato che oltre tre quarti delle imprese consultate non avevano ancora approntato un modello organizzativo, nonostante l'elevata percezione di rischi corruttivi. In particolare, tra gli enti imprenditoriali con fatturato al di sotto dei 2 milioni di euro, soltanto il 14% si era dotato di un modello e nessuno aveva meno di dieci dipendenti[5].
Anche ricerche a spettro territoriale più circoscritto confermano l'esigua percentuale di piccole organizzazioni che hanno provato a innestare, nel proprio contesto operativo, "programmi di conformità" ai sensi del d.lgs. 231/2001[6].
Le ragioni essenziali sono facili da intuire.
Le *imprese più rilevanti* sul piano dimensionale-gestionale hanno manifestato una spiccata propensione alla *compliance*, che sembra quasi radicata nel loro DNA, anzitutto, perché possono contare su una più ampia disponibilità di risorse umane, finanziarie, fisiche e di tempo. A ciò si aggiunga che la maggiore complessità della struttura organizzativa invoca procedure e presidi interni più sofisticati a fronte di rischi non controllabili solo attraverso meccanismi informali. Per converso, i pregiudizi reputazionali per la società e quelli legali ed economici per gli amministratori, che può ingenerare la carente prevenzione del rischio-reato, sono avvertiti come troppo elevati.
La situazione appare capovolta nelle *imprese minori*, in relazione alle quali la strategia di contrasto alla criminalità degli affari che ruota attorno alla responsabilità punitiva dell'ente collettivo e alla funzione esonerante dei sistemi di controllo anti-reato incontra uno dei nodi più intricati. Solitamente, esse avvertono gli oneri organizzativi e i costi della *corporate criminal compliance* come diseconomici sul piano operativo e sproporzionati per eccesso rispetto ai possibili benefici processuali.
Ma la questione che si agita non riguarda unicamente la minore dotazione finanziaria. Le imprese a struttura elementare e con vertice aziendale contiguo alla base operativa hanno un'articolazione

---

risk-based, mirano all'impianto nell'organizzazione di assetti funzionali trasparenti, sistemi di deleghe e procure, politiche proattive e procedure decisionali, misure tecnico-organizzative e programmi formativi, garanzie di tracciabilità e flussi informativi, codici etico-disciplinari e presidi di sorveglianza, monitoraggio e revisione, sia consentito il rinvio a V. Mongillo, *Presente e futuro della* compliance *penale*, in *www.sistemapenale.it*, 11.1.2022. Sul concetto di *compliance*, v. ora anche A. Gullo, Compliance, in *www.archiviopenale.it*, 1/2023, 1 ss.

[2] Sull'assenza di *appeal* dell'attuale sistema di responsabilità dell'ente per le piccole/medie imprese, cfr. anche A. Gullo, *I modelli organizzativi*, in G. Lattanzi e P. Severino (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, I, *Diritto sostanziale*, Torino 2020, 249.

[3] *Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001*, a cura di Assonime, maggio 2008, reperibile su *www.assonime.it*, 10 ss.

[4] *Indagine modelli organizzativi 231 e anticorruzione*, aprile 2017, pubblicata anche in *www.penalecontemporaneo.it*, 9.5.2017, con nota di M. Vizzardi.

[5] Tre quarti delle imprese prive di modello avevano, però, esternato l'intenzione di adottarlo successivamente.

[6] Cfr., ad esempio, le risultanze del progetto di ricerca da cui ha preso origine il presente contributo. Su venti imprese rispondenti al questionario predisposto, soltanto un quinto all'incirca (18,8%) ha dichiarato di possedere un modello organizzativo ai sensi degli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001; il 62,5% non lo ha ritenuto utile o rilevante, mentre il restante quinto (18,8%) lo ha reputato un costo non necessario. Inoltre, solo un terzo delle imprese dotate di un modello organizzativo 231 ha richiesto l'asseverazione dell'organismo paritetico presente nel settore/territorio di riferimento, per la parte concernente la materia antinfortunistica (cfr. art. 51 co. 3-*bis* d.lgs. 81/2008). In queste aziende *compliant*, in due casi su tre le funzioni dell'organismo di vigilanza sull'attuazione del modello sono state assunte direttamente dal titolare dell'impresa, mentre nel restante terzo tale compito è stato affidato all'organo societario di controllo. Sempre il 66,7% delle imprese dotate di modello non ha previsto espressamente sanzioni disciplinari applicabili agli organi di amministrazione e ai dipendenti, mentre ciascuna di esse ha elaborato un codice etico vincolante e predisposto meccanismi per agevolare la segnalazione di violazioni delle regole autonormate.

interna così snella e semplificata da non permettere, il più delle volte, alcuna segregazione di poteri, ruoli e funzioni, anche solo minimamente accennata. Un assetto proprietario-gestionale di tipo padronale rende, inoltre, proibitiva una sufficiente scomposizione e standardizzazione routinaria dei processi decisionali, mentre l'accentramento delle competenze amministrative e di controllo in capo al vertice, spesso il soggetto che ha immesso i capitali iniziali, ostacola un monitoraggio penetrante. Sul piano dell'applicazione giurisprudenziale, infine, la tendenza a disconoscere l'idoneità preventiva dei modelli organizzativi o la loro efficace attuazione[7] è acuita, nelle imprese a compagine ristretta, proprio dalla profonda compenetrazione tra la persona fisica e l'ente sociale.
La combinazione "a tenaglia" di tutte queste ragioni determina una situazione rispetto alla quale non è troppo lontano dalla realtà asserire: "La *compliance* nelle piccole imprese, questo sconosciuto"[8].
La portata del problema è amplificata dalla *morfologia del sistema produttivo italiano*. Com'è noto, il motore interno dell'economia e del mercato è rappresentato dalle microimprese (cioè quelle con meno di 10 dipendenti e un fatturato annuo inferiore ai 2 milioni di euro, volendo fare riferimento ai più diffusi parametri europei)[9] e dalle piccole imprese (meno di 50 dipendenti e un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di euro), che assieme raggiungono il 99% circa del totale[10]. Di questo tessuto aziendale "pulviscolare", le imprese familiari, in cui signoreggia l'amministratore-proprietario,

[7] Nella giurisprudenza di legittimità, un atteso segnale d'inversione di tendenza è venuto, recentemente, soprattutto da Cass. sez. VI 15.6.2022 n. 23401, Impregilo, in *www.sistemapenale.it*, 20.6.2022, su cui v. i commenti di C. Piergallini, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, ivi, 27.6.2022; E. Fusco e C.E. Paliero, *L'"*happy end*" di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo*, ivi, 27.9.2022; D. Bianchi, *Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni "umbratili" a margine d'una sentenza "adamantina" nel "magma 231"*, ivi, 14.10.2022; G. De Simone, *Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo*, in *GI* 2022, 2758 ss.; 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, 4372 ss.; A. Merlo, *Il D.Lgs. 231/01 preso sul serio: la Cassazione scrive l'ultimo capitolo della saga "Impregilo"*, in *FI*, 11/2022, 669 ss. Sull'evoluzione giurisprudenziale in tema di accertamento della c.d. colpa di organizzazione dell'ente e alcune riflessioni dommatiche e sistematiche, sia consentito il rinvio a V. Mongillo, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità "da reato" dell'ente collettivo*, in *CP* 2023, 704 ss.
[8] Ovviamente, vi sono importanti eccezioni. Si pensi, in particolare, al mondo bancario (ad es. piccole banche cooperative), finanziario e assicurativo: settori iperregolati e nei quali il paradigma della *compliance* rappresenta un tratto distintivo degli assetti organizzativo-gestionali, soprattutto su *input* delle autorità di vigilanza di settore (Banca d'Italia, Consob, IVASS) e per effetto delle normative internazionali e relativi organi di controllo. Sulla *compliance* 231 nel contesto bancario, cfr. da ultimo il denso studio di un gruppo di ricerca in seno a Banca d'Italia: O. Capolino, E. Consigliere, L. Droghini e G. Neri, *L'applicazione del d.lgs. n. 231/2001 nel settore bancario: rilevazione empirica e profili giuridici*, in F. Centonze e S. Manacorda (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, Bologna 2023, 75 ss.
[9] Per maggiori informazioni, cfr. più avanti nel testo.
[10] In dettaglio, «nel 2019 in Italia erano attive quasi 4,4 milioni di imprese non agricole, con 17,4 milioni di addetti. Oltre il 60% delle imprese aveva al più un solo addetto (in genere ditte individuali con il titolare lavoratore indipendente), e un ulteriore terzo della popolazione erano microimprese tra i 2 e i 9 addetti; questi due segmenti insieme occupavano circa 7,5 milioni di addetti. Le piccole imprese, tra i 10 e i 49 addetti erano quasi 200 mila e quelle medie e grandi 28mila, cioè meno dello 0,7%: queste ultime rappresentavano però più di un terzo dell'occupazione e oltre la metà del valore aggiunto prodotto». Inoltre, il tessuto imprenditoriale italiano si caratterizza anche per la popolazione di imprese più numerosa nel contesto europeo: Istat, *Rapporto sulle imprese 2021. Struttura, comportamenti e* performance *dal censimento permanente*, 2021, 12.

rappresentano una componente nevralgica[11]. Le medie imprese[12], che hanno mostrato sinora una maggiore predisposizione a metabolizzare la *compliance* penalistica, coprono una fetta comunque minoritaria del panorama produttivo.

Per vero, tale scenario di netta preminenza delle realtà meno consistenti dal punto di vista dimensionale non è un fenomeno confinato all'Italia. È innegabile che «nel contesto europeo le PMI italiane, per valore aggiunto e occupazione percentuale, sono più di 10 punti percentuali superiori rispetto al resto dell'UE»[13]. Tuttavia, è altrettanto assodato che le imprese piccole e medie «costituiscono il tessuto connettivo di tutta l'economia europea»[14], non solo di quella domestica. Limitandoci a due esempi, esse ammontano a circa il 99% nel Regno Unito[15] e al 99,8% in Spagna[16], e questa percentuale grossomodo corrisponde anche al dato complessivo a livello dell'UE[17].

Il quadro non è molto dissimile al di là dell'Atlantico. In America Latina, in particolare in Argentina, le PMI rappresentano oltre il 95% del totale delle organizzazioni imprenditoriali e al loro interno quelle "micro" costituiscono la quasi totalità[18]. Negli Stati Uniti, la U.S. Small Business Administration, che definisce "piccole imprese" quelle con meno di 500 dipendenti, ha calcolato che il loro numero complessivo ha superato nel 2022 i 33 milioni (il 99,9% del totale); considerando parametri a noi più consentanei, le aziende con meno di 20 dipendenti ammontano lì a circa l'87% dei casi (nell'81% il proprietario è anche l'unico lavoratore).

In definitiva, la "questione dimensionale", in relazione alla responsabilità penale/punitiva degli enti, è avvertita in pressoché tutti gli ordinamenti[19] e specialmente nei Paesi che hanno approntato

---

[11] Cfr. anche Assonime, *Prevenzione e governo del rischio di reato. La disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa*, *Note e studi*, 2019, 5. Per una rassegna di dati, cfr. C. Lazzati, *Aziende familiari, il primato italiano in Europa. E quasi il 90% ha un CEO della famiglia*, in *La Repubblica* (*on line)*, 10.4.2022: «[…] l'Italia ha il primato europeo di aziende con l'intero management proveniente dalla famiglia imprenditoriale: infatti, le imprese familiari nel nostro Paese sono circa il 90% e generano l'80% del Pil, dando lavoro al 75% della popolazione; inoltre, circa il 40% dei primi 100 gruppi italiani per fatturato sono controllati dallo stesso ceppo familiare e di questi quasi il 90% ha un CEO della famiglia, il valore più alto in Europa anche se non si discosta molto rispetto agli altri. Ancora ben il 66,4% ha l'intero management espressione della famiglia, in questo caso, numeri decisamente elevati se paragonati ad altri paesi europei: infatti, quasi il doppio rispetto alla Spagna e sei volte tanto rispetto al Regno Unito». A livello di singole regioni, il primato nazionale delle imprese a controllo familiare spetta al Veneto, con oltre il 74% del totale (dati in: *www.ilsole24ore.com/art/veneto-capofila-imprese-familiari-AEAgfGAC*).

[12] Ci riferiamo, precisamente, alle entità con un numero di dipendenti compreso tra 51 e 249 e un fatturato superiore a 10 milioni e inferiore a 50 milioni di euro.

[13] Così Unioncamere, *Anti-Corruption Toolkit for SMEs*, 2017, 27, *http://images.vc.camcom.it/f/promozioneinternazionalizz/89/8945_CCIAAVC_1712019.pdf*. Inoltre, a una densità elevata di imprese «corrispondono dimensioni medie d'impresa ridotte: intorno ai 4 addetti in Italia contro circa 12 in Germania»: Istat, *Rapporto sulle imprese*, cit., 12.

[14] Unioncamere, *Anti-Corruption Toolkit for SMEs*, cit.

[15] V. Roper, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 – A 10-Year Review*, in *The Journal of Criminal Law* 2018, 48 ss.

[16] In particolare, secondo statistiche risalenti al 2015, su 3.114.361 imprese spagnole, 3.110.522 (99,88%) sono PMI (vale a dire tra 0 e 249 dipendenti); di queste 1.670.239 sono microimprese che non hanno dipendenti e 1.314.398 microimprese che hanno da 1 a 9 dipendenti: dati riportati da C. Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad de la persona jurídica*, in M. Bajo Fernández, B. Feijoo Sánchez e C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*[2], Pamplona 2016, 200.

[17] Commissione europea, *Guida dell'utente alla definizione di PMI*, 2020, 3.

[18] Cfr. Oficina Anticorrupción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, *Resolución 36/2019*: *Guía complementaria para la implementación de programas de integridad en PyMEs*, 2019, 2.

[19] Un'ampia comparazione, sulla specifica questione del trattamento riservato nei diversi ordinamenti alle piccole imprese, è contenuta in N. Selvaggi, *Are All (Corporate) Wrongdoings the Same? Large Firms, Small Sized Enterprises and the Limits of a Monistic Approach in the EU Context*, in *European Criminal Law Review*, 2021, 133 ss. Per un affresco comparatistico, non circoscritto alle sole questioni collegate al profilo dimensionale, cfr. V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018, 96 ss.; G. De Simone, *Profili di diritto comparato*, in G. Lattanzi e P. Severino (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 3 ss.; Oecd, *The Liability of Legal Persons: A Stocktaking Report*, Paris 2016; T. Hoppe *et al.*, *Liability of Legal Persons for Corruption Offences*, Council of Europe, 2020.

discipline analoghe a quella italiana per quanto riguarda i meccanismi di virtuosa organizzazione preventiva in grado di esonerare o attenuare la responsabilità corporativa.

2. In Italia, il fatto che le PMI, e soprattutto le piccole organizzazioni imprenditoriali, si siano finora rivelate quasi del tutto impermeabili alla prospettiva della *partnership* pubblico-privato nella prevenzione del crimine di impresa nutre le tesi di chi revoca in dubbio la ragionevolezza di estendere a tali realtà un disegno regolatorio che appare destinato *naturaliter* alle imprese di più grandi dimensioni e/o quotate[20].
In effetti, sul *piano dei principi giuridici*, il primo inconveniente della punibilità degli enti di dimensioni ridotte è il rischio di infrangere il canone del *ne bis in idem* sostanziale. Quando ricorre piena coincidenza tra l'amministratore-proprietario e il baricentro decisionale della *societas*, dal punto di vista sia della realizzazione criminosa sia del controllo sull'attività d'impresa, è improbo scorgere, al di là dell'aspetto formale, un centro di imputazione "collettivo" separato dal gestore. In questi casi, l'illecito dell'ente tende a dissolversi nel reato individuale.
Va da sé che il problema non si pone, per i motivi già divisati, esclusivamente nel nostro Paese, ma in ogni ordinamento che ammette forme di responsabilità penale o para-penale diretta delle organizzazioni.
Com'è noto, il d.lgs. 231/2001, al di là di previsioni marginali (cfr., in particolare, l'art. 6 co. 4, su cui *infra* nel testo), non diversifica il regime della responsabilità corporativa a seconda della multiforme fenomenologia societaria (imprese di piccole dimensioni o a struttura semplificata, società unipersonali, società pubbliche, gruppi societari, associazioni di imprese, catene di fornitura, ecc.); questa indifferenziazione è forse una manchevolezza di una disciplina peraltro innovativa e pregevole sul piano tecnico.
Così, nella letteratura interna non sono mancate voci che hanno suggerito di espungere – con un tratto di penna legislativo – tutte le imprese sotto una certa soglia dimensionale dal campo operativo del d.lgs. 231/2001[21]. Il legislatore, finora, non ha ritenuto di dare seguito a questo auspicio.
Uscendo dai confini interni, suscita interesse l'esperienza di un Paese a noi assai vicino come la Spagna, dove la responsabilità – qui strettamente "penale" – delle *personas jurídicas* è stata introdotta

[20] In senso critico sulla scelta legislativa di non escludere le piccole imprese dal campo applicativo del d.lgs. 231/2001, per il rischio di punire due volte per lo stesso fatto un medesimo centro di interessi, si è da subito espressa autorevole dottrina, con argomenti che paiono quelli realmente salienti nell'affrontare la questione: C. Piergallini, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *DPP* 2001, 1358, il quale propone, «per questi casi, l'introduzione di una causa di esclusione, o quanto meno di riduzione, della (sola) sanzione pecuniaria»; venti anni dopo, Id., La *maggiore età della responsabilità dell'ente*, in *www.archiviopenale.it*, 1/2021, 5. Forti perplessità, circa l'inclusione nel perimetro 231 delle società unipersonali di ridotte dimensioni, sono espresse pure da L. Stortoni e D. Tassinari, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *IP* 2006, 22; R. Zannotti, *I soggetti*, in D. Piva (a cura di), *La responsabilità degli enti* ex *d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Torino 2021, 90, anche per l'assenza di una reale collettività in questi enti. Sulla questione, v. anche M. Pelissero, *La responsabilità degli enti*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*[15], vol. II, a cura di A. Rossi, Milano 2022, 792.

[21] Per esempio, F. Centonze, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in F. Centonze e M. Mantovani (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna 2016, 87 ss. e 91 ss., ritiene ragionevole un'esenzione totale per qualsiasi impresa sotto i 15 dipendenti e per quelle tra i 15 e 50 dipendenti nei casi in cui «l'organo amministrativo sia costituito per la maggioranza da soggetti cui è riferibile il controllo dell'ente, ovvero, nel caso di amministratore unico, quando tale soggetto è la persona cui è riferibile il controllo dell'ente»; l'A. aggiunge che l'applicazione del d.lgs. 231/2001 alle PMI genera «importanti costi per la *compliance* senza un reale beneficio in chiave preventiva». In tal senso si veda anche il disegno di legge n. 818, presentato in Senato il 28.6.2018, che con riferimento alle PMI puntava a limitare l'applicazione del d.lgs. 231/2001 ai soli enti con più di 15 dipendenti (il d.d.l. è stato assegnato alla 2ª Commissione permanente Giustizia in sede referente il 29.10.2018, ma l'esame non è mai iniziato). Nella dottrina spagnola, A. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, 166 ss. e 324 ss., suggerisce una soglia minima di imputabilità/responsabilità pari a 50 dipendenti (numero mutuato da un documento dell'Organizzazione internazionale del lavoro) e la possibilità di applicare alle società al di sotto di questo limite, «come conseguenza accessoria della pena, la supervisione dell'impresa diretta dal reo individuale» (e, per tutte le imprese criminali, la *disolución*).

nel *código penal* nel 2010, e poi novellata nel 2015[22] mutuando la disciplina italiana del modello organizzativo, inclusa la disposizione derogatoria che dispensa le persone giuridiche di *pequeñas dimensiones* dall'istituzione di un organismo *ad hoc* per vigilare sul sistema di prevenzione dei reati (art. 31-*bis* Cp). Infatti, il pensiero dottrinale ha avanzato una teoria affine a quella appena riportata, che replica, però, categorie penalistiche classiche come la *carenza di imputabilità* e la *semimputabilità*[23]. L'idea di fondo è che solo un vero «attore corporativo»[24], vale a dire «una persona giuridica dotata di un sostrato – *sc.* struttura – organizzativo-materiale sufficiente per essere considerata un'entità indipendente dalle persone fisiche […] ha la capacità di commettere un reato corporativo», posto che solamente queste persone giuridiche «possono essere rimproverate per tale deficit», diversamente da quelle la cui elementare struttura rende implausibile qualsiasi sforzo di auto-organizzazione[25].

È stata proposta anche una differenziazione più puntuale – ma giocoforza "extra-legale", non basandosi su indici positivizzati – tra soggetti collettivi, la quale combina i criteri dimensionali di matrice europea (numero di dipendenti e fatturato, ai sensi della raccomandazione 2003/361/CE, su cui torneremo *infra*, § 2.2) con diversi livelli di imputabilità[26]. In quest'ottica, sarebbero da ritenere: 1) *non imputabili* – oltre alle società-schermo (*sociedades pantalla*)[27] – le società prive di un minimo di struttura organizzativa interna, e dunque, emblematicamente, le società unipersonali con un solo socio-amministratore che rappresenti anche l'unico lavoratore dell'impresa; 2) *semimputabili* le società con una qualche articolazione organizzativa, sebbene priva di complessità, e dipendenti in aggiunta ai proprietari-amministratori, in sostanza le "microimprese" nell'accezione europea; in tali organizzazioni le esigenze di *compliance* saranno minime e alle stesse, in sede giudiziale, dovrà essere applicato l'art. 31-*ter* Cp (regola della "modulazione" delle pene pecuniarie, su cui v. *infra* § 2.2); 3) *imputabili* (già) le "piccole imprese" secondo la definizione europea (v., di nuovo, più avanti nel testo), nelle quali potrebbe avere senso innestare sistemi di conformità, con le semplificazioni

---

[22] *Ley Orgánica* 5/2010 del 22.6.2010; *Ley Orgánica* 1/2015 del 30.3.2015.

[23] C. Gómez-Jara Díez, *¿Imputabilidad de las personas jurídicas?*, in M. Bajo Fernández, A.J. Barreiro e C.J. Suárez González (a cura di), *Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid 2005, 439 ss., sviluppando un ragionamento analogico che parte dalla teoria dei sistemi sociali autopoietici e assimila imputabilità delle persone fisiche e delle persone giuridiche (in questa sede, però, senza proporre precisi parametri per discernere tra società imputabili e non, come l'A. si è poi sforzato di fare in successivi lavori); sull'evoluzione della giurisprudenza al riguardo, Id., *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*[2], Pamplona 2019, 87 ss., 257. Anziché basarsi sulla dicotomia "organizzazioni imputabili/non imputabili", prospetta un «sistema gradualistico» in relazione tanto alle esigenze di *compliance* che alle conseguenze sanzionatorie, ritenendo decisivo il fattore strutturale-organizzativo, J. Cigüela Sola, *La inimputabilidad de las personas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 2330/2020, de 22 de noviembre*, in *InDret* 2021, 643 ss., il quale nota la difficile compatibilità della dottrina della "imputabilità collettiva" con l'attuale regolazione legale e considera viziata da una «petizione di principio più che dubbia» la tesi di Gómez-Jara Díez, penetrata nella giurisprudenza, secondo cui «il fondamento della inimputabilità penale – individuale o collettiva – può identificarsi con la complessità del soggetto imputato». Diversamente, segue un'impostazione improntata al funzionalismo normativista di impronta jakobsiana, P. Garcia Cavero, *La imputabilidad de las personas jurídicas*, in *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, vol. 2, 5/2022, 136 ss., secondo cui sarebbe anche pienamente ammissibile modulare la responsabilità penale delle persone giuridiche in base alla maggiore o minore complessità organizzativa, una volta superata la soglia dell'imputabilità penale. Nella dottrina italiana, evoca il concetto di "imputabilità" dell'ente anche F. Centonze, nel contributo citato alla nt. 21.

[24] Cfr. C. Gómez-Jara Díez, *Actor corporativo y delito corporativo. Elementos de un sistema de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas desde una perspectiva teórico-práctica*, Cizur Menor 2020, spec. 18 ss. e 26 ss. Il concetto di "reato corporativo" è stato coniato nella dottrina spagnola da B. Feijoo Sánchez, *El delito corporativo en el Código Penal español: cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Cizur Menor 2015 (2ª ed. 2016).

[25] Di tale impianto argomentativo – come vedremo nel sottoparagrafo che segue – si percepisce l'eco anche nelle ultime sentenze del *Tribunal Supremo*.

[26] C. Gómez-Jara Díez, *Actor corporativo*, cit., 37-46, 49-51. L'Autore, pur evocando anche la direttiva 2013/34/UE, richiama nel testo solo i parametri fissati dalla raccomandazione UE.

[27] Su cui si veda anche la nt. 37.

ammesse dal codice (art. 31-*bis* co. 3, che fornisce anche una definizione legale di "empresas de pequeñas dimensiones") e dalla normativa tecnica[28]; 4) *imputabili* (a maggior ragione) anche le società con struttura sufficientemente sviluppata e complessa, in cui è del tutto ragionevole l'impianto di un modello di *compliance*; tali soggetti coincidono con le medie e soprattutto le grandi imprese, rappresentando queste ultime l'autore corporativo per eccellenza.
Riassumendo, secondo questa ricostruzione non sono imputabili soltanto le società prive di dipendenti e tra queste, in particolare, le società unipersonali allorché l'autore del reato coincida con il proprietario-gestore; altre realtà semplificate – incluse le società unipersonali (ma) con dipendenti distinti dal socio-amministratore – andrebbero considerate semimputabili, o persino pienamente imputabili se caratterizzate da un minimo di «complejidad organizativa propia».
A questo stadio della disamina, prima di passare a esporre il nostro punto di vista, è necessario riassumere lo stato dell'arte della giurisprudenza italiana su tale delicata questione, cercando di offrire qualche cenno di raffronto con le esperienze straniere più significative.

2.1. Cominciando con uno sguardo panoramico alle concrete prassi applicative, un primo dato emerge in modo abbastanza nitido, vale a dire che la magistratura – in Italia e altrove – non mostra alcuna ritrosia assoluta a perseguire anche le piccole imprese; remore più marcate sono affiorate solo rispetto al caso-limite delle società unipersonali in cui l'amministratore-proprietario esclusivo sia, in concreto, anche l'autore del reato-presupposto.
(*a*) Quanto al *contesto italiano*, la casistica giurisprudenziale rivela, in effetti, non poche società di modeste dimensioni sottoposte a procedimento punitivo e condannate ai sensi del d.lgs. 231/2001. Nel corso degli anni, è possibile rintracciare nei repertori società a responsabilità limitata a socio unico e a capitale ridotto, società di persone (società semplici, società in accomandita semplice e società in nome collettivo), piccole società cooperative a responsabilità limitata, società cooperative a responsabilità illimitata, cooperative sociali, e così via[29]. Del resto, in linea con la *littera legis*[30], neppure la giurisprudenza di legittimità ha mai contestato l'astratta sussumibilità di tutte le imprese societarie, pubbliche o private, nella fattispecie di responsabilità dipendente da reato. La Cassazione si è peritata di escludere senza eccezioni – dopo qualche iniziale sbandamento – solo le ditte individuali, sempre in ossequio al disposto legale che fa riferimento agli "enti collettivi"[31].

---

[28] C. Gómez-Jara Díez indica come punto di riferimento, al riguardo, la ISO 19600, in quanto contenente linee guida, criteri e principi di carattere generale. Va detto, però, che tale norma è stata sostituita nel 2021 dalla ISO 37301, che contiene requisiti prescrittivi.
[29] Le più aggiornate statistiche giudiziarie rivelano che, tra gli enti sanzionati, la società a responsabilità limitata è la forma giuridica più diffusa per la quasi totalità dei reati-presupposto, con le uniche eccezioni rappresentate dai reati contro l'industria e il commercio e dai reati societari, in relazione ai quali prevalgono, rispettivamente, le società personali e le società per azioni. Cfr. i dati raccolti in seno a un progetto coordinato dal CNPDS e riportati in S. Ferro, *L'applicazione del d.lgs. n. 231/2001 sul territorio: un'indagine statistica*, in F. Centonze e S. Manacorda (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti*, cit., 164 ss. Cfr. anche le conclusioni, sul punto, dei curatori in relazione alla maggiore incidenza statistica di procedimenti e condanne ai sensi del d.lgs. 231 nei confronti di s.r.l., secondo cui ciò riflette «la composizione del tessuto economico e produttivo del paese costituito per lo più da piccole e medie imprese (PMI)»: *Introduzione. Il "circolo virtuoso" della regolazione e l'evoluzione del d.lgs. n. 231/2001*, ivi, 20.
[30] Cfr. E. Scaroina, *I destinatari della disciplina*, in G. Lattanzi e P. Severino (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 75.
[31] Cass. sez. VI 22.4.2004 n. 18941, soc. Ribera, rv. 228833-01, in *CP* 2004, 4046 ss., con nota di P. Di Geronimo, il quale ha auspicato *de iure condendo* di ricondurre nell'orbita del d.lgs. 231/2001 almeno le imprese individuali caratterizzate da complessità organizzativa tale da permettere una scissione tra l'autore del reato e il titolare dell'impresa che ottiene un vantaggio illecito (4050). Di recente, nella giurisprudenza di merito, similmente, T. Ravenna 7.6.2021 n. 1056 (precedentemente, T. Milano 12.3.2008, in *www.rivista231.it*); in quella di legittimità, incidentalmente, Cass. sez. VI 23.7.2012 n. 30085, inedita. Appare, dunque, frutto di mera svista il *dictum* di una risalente pronuncia della Corte regolatrice, rimasta del tutto isolata, secondo cui «le norme sulla responsabilità da reato degli enti si applicano anche alle imprese individuali, che devono ritenersi incluse nella nozione di ente fornito di personalità giuridica utilizzata dall'art. 1, comma secondo, d.lg. n. 231 del 2001 per identificare i destinatari delle suddette disposizioni»: Cass. sez. III 15.12.2010 n. 15657, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6.7.2011, con nota di G. Amarelli, *L'indebita inclusione delle*

Un certo travaglio applicativo, come già accennato, ha provocato l'ipotesi-limite delle *società unipersonali*[32]. Ma neppure rispetto a queste realtà con un unico socio la giurisprudenza interna è parsa incline a operare una sorta di riduzione teleologica del precetto normativo che assicuri – contro il dettato inclusivo della legge – una "schermatura" totale e indiscriminata.
In uno degli approdi più recenti, la Corte di legittimità ha cercato di conciliare opinioni mutualmente escludenti. In premessa, ha ribadito la necessità di tenere separate le imprese societarie monopartecipate dalle ditte individuali, essendo le prime pur sempre soggetti giuridici autonomi, dotati di un proprio patrimonio e formalmente distinti dalla persona fisica interamente proprietaria: di qui la loro assoggettabilità, in linea di principio, alla disciplina dettata dal d.lgs. 231/2001. Inaugurando, però, un'impostazione mediana, la Suprema Corte ha additato, ai fini dell'imputazione della responsabilità all'ente monopersonale, la strada della *verifica in concreto*, nel senso che andrebbe appurata l'esistenza o meno di un interesse sociale realmente distinto da quello del socio totalitario, tenuto conto tanto di "criteri quantitativi" quanto di "criteri funzionali": le dimensioni della società, la sua struttura organizzativa, l'attività svolta, i rapporti tra socio unico e società[33].
In assenza di regole *ad hoc* operanti sul piano del *sentencing*, allo stato della legislazione quest'impostazione intermedia rappresenta forse un punto di equilibrio accettabile e comunque l'unico possibile.
Esso però transita attraverso uno snodo argomentativo problematico: non solo la distinta sfera di interessi della società unipersonale (si badi: l'autonomia è qui valutata rispetto al socio unico e non al singolo episodio criminoso) è concepita quale pre-condizione di applicabilità del d.lgs. 231/2001, ma tale valutazione "caso per caso" è scandita da parametri alquanto fluidi. Vi figura lo stesso *elemento dimensionale*, che rischia così di riappropriarsi di un ruolo conclusivo[34]; ma ciò è in parte

---

imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del d.lgs. n. 231/2001, che stigmatizza la violazione – nell'occasione – del divieto di analogia *in malam partem*; strali acuminati anche da parte di C.E. Paliero, Bowling *a* Columbine: *la Cassazione bersaglia i* basic principles *della* corporate liability, in *Le Soc.* 2011, 1078 ss.

[32] Nel diritto societario interno, la costituzione di società con socio unico, a responsabilità limitata o per azioni, è ammessa, rispettivamente, dal 1993 e dal 2003. Su questa tipologia societaria improntata all'unipersonalità, v. I. Capelli, *Le società con un solo socio*, Padova 2012; M. Spiotta, *Società unipersonale. Una parabola normativa*, Milano 2012. Sul piano dell'illecito punitivo dell'ente, nel senso che la unipersonalità non osti di per sé all'applicazione del d.lgs. 231/2001, cfr., nella giurisprudenza di legittimità, Cass. sez. VI 25.10.2017 n. 49056, rv. 271564-01 (caso concernente una società con unico socio-persona giuridica); Cass. sez. III 21.3.2022 n. 9444, inedita. Del pari, nella dottrina, F. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato delle società unipersonali nel d.lgs. n. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, 3/2008, 145 ss.; Id., in A. Bassi – F. D'Arcangelo, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, Milano 2020, 91 ss., in quanto anche la società unipersonale è dotata di autonomia patrimoniale ed è distinguibile dalla persona fisica; A. Rossi, *La responsabilità degli enti (d. lgs. 231/2001): i soggetti responsabili*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2/2008, 181 ss.; E. Scaroina, *I destinatari*, cit., 95. Cfr. anche la *Relazione di accompagnamento* al decreto 231, la quale, pur non disconoscendo la problematica, ricorda che i destinatari della disciplina includono «realtà assai eterogenee, tra cui alcune di rilevanza minima», anche sprovviste di personalità giuridica.

[33] In un caso concernente l'applicazione della misura cautelare interdittiva del divieto di contrattare con la p.a. nei confronti di alcune s.r.l. unipersonali, così Cass. sez. VI 6.12.2021 n. 45100, rv. 282291-01, su cui v. le chiare note di R. Sabia, *La società unipersonale nello spettro applicativo del D.Lgs. n. 231/2001. La Cassazione apre alla (problematica) "terza via" dell'accertamento in concreto*, in *GI* 2022, 1727 ss.; F. Mucciarelli, *Responsabilità da reato degli enti e società unipersonali: un arduo regolamento di confini*, in *CP* 2022, 1585 ss. In linea con il *dictum* della Cassazione, v. la sentenza del T. Brindisi 21.2.2022 n. 28, in *Giur. pen. web*, 23.6.2022, la quale – in applicazione dei criteri fissati dal giudice di legittimità – è pervenuta alla conclusione che la società coinvolta «si identificasse, in tutto e per tutto, con i soci, difettando del tutto una governance a qualunque livello: non vi era alcuna organizzazione degna di questo nome a livello gestionale, finanziario, occupazionale e contabile. Detto in altri termini, nella società è mancata qualunque politica aziendale riferibile all'ente, inteso come complessa organizzazione unipersonale e, quindi, soggetto distinto dalla proprietà». V. anche T. Milano, Ufficio G.i.p., 16.7.2020 n. 971, in *Giur. comm*. 2021, II, 449 ss., con nota di F. Centonze, *Forme organizzative e inesigibilità della* compliance*: profili di individualizzazione del rimprovero all'ente*, in un procedimento conclusosi con una declaratoria di non luogo a procedere per insussistenza del fatto, nei confronti di una società con unico socio-persona fisica e priva di una struttura organizzativa significativa.

[34] Accenti critici anche in R. Sabia, *La società unipersonale*, cit., 1732; C. Santoriello, *Società unipersonali e d.lgs. n. 231: verso una (non condivisibile) soluzione di compromesso*, in *Interventi*, in *www.rivista231.it*, gennaio 2022.

inevitabile perché, al di sotto di una certa soglia, il dato quantitativo determina un mutamento qualitativo radicale, come avviene ad esempio nel caso di unicità del socio e assenza di dipendenti.
Inoltre, l'accento posto sulla *struttura organizzativa* potrebbe tradursi in un ulteriore disincentivo all'adozione di un modello di *compliance* da parte di realtà imprenditoriali minimali. Difatti, per quanto rudimentale, esso potrebbe, paradossalmente, indiziare una qualche attitudine all'auto-organizzazione e comunque l'esistenza di – un sia pur esile – assetto preventivo, passibile di censura nell'agone processuale.
Infine, sul piano della legalità, il *test* (formalmente inespresso) richiesto dalla Corte regolatrice contraddice in certa misura l'assunto di partenza – che neppure il giudice della nomofilachia ha mai messo in discussione – circa la sufficienza della veste giuridico-formale dell'ente per decretarne l'attrazione nel novero dei soggetti attivi dell'illecito punitivo *ex* d.lgs. 231/2001.
In definitiva, a noi pare più ortodosso incanalare le valutazioni richieste ai giudici di merito lungo i canonici tracciati rappresentati dai requisiti imputativi legali.
Secondo la scansione ordinaria, punto di partenza è la verifica dell'interesse/vantaggio richiesto dall'art. 5. Superato questo primo tornante, l'*iter* decisorio dovrebbe approdare al giudizio concernente la colpa di organizzazione (artt. 6 e 7), cui potrebbero aggiungersi – in via chiaramente residuale – eventuali profili di esigibilità soggettiva di un'organizzazione conforme allo standard doveroso[35]. Torneremo su questi aspetti più avanti per fornire alcune precisazioni (*infra* § 2.2).
(*b*) Utile materiale di comparazione è fornito, di nuovo, dall'esperienza spagnola, la cui omogeneità rispetto a quella italiana riguarda tanto il profilo regolatorio quanto il tessuto imprenditoriale.
Del rischio di una «inconstitucional situación de *bis in idem*» si è mostrata presto consapevole anche la Procura Generale spagnola, come si desume dalle due circolari emanate in materia dopo i principali interventi legislativi (2010 e 2015)[36]. Pur senza affermare alcuna preclusione assoluta, la *Fiscalía General del Estado* ha invitato alla massima "prudenza" i pubblici ministeri nel sottoporre a procedimento penale le società di piccole dimensioni. Inoltre, nei casi in cui sussista «una identità assoluta e sostanziale tra il *gestor* e la persona giuridica, onde le loro volontà appaiano in concreto del tutto sovrapponibili o in cui la personalità giuridica risulti irrilevante nella specifica figura delittuosa», si dovrebbe procedere solo contro la persona fisica «evitando una duplice incriminazione che sarebbe contraria alla realtà delle cose e potrebbe violare il principio del *ne bis in idem*».
Dal punto di vista della giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, la questione, dopo alcune decisioni improntate a massimo rigore[37] e un paio di aperture giurisprudenziali (ma) in forma di *obiter dicta*[38], è finalmente giunta a esiti assolutori nei riguardi di società di ridottissime dimensioni, come si evince da due recenti arresti.
Nella prima pronuncia[39], in cui era imputata una società unipersonale, il *Tribunal Supremo* ha affrontato *expressis verbis* il dilemma se sia «accettabile una doppia punizione – persona fisica e

[35] Sui profili di esigibilità soggettiva dell'organizzazione obiettivamente diligente, in relazione alla responsabilità (strutturalmente colposa) dell'ente, con relativa esemplificazione, si rinvia a V. Mongillo, *La responsabilità penale*, cit., 136, 143 ss., 432 ss.
[36] *Fiscalía General del Estado*, *Circular* 1/2011, dell'1.6.2011, «relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010», Referencia: FIS-C-2011-00001, 8; *Circular* 1/2016, del 22.1.2016, «sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015», Referencia: FIS-C-2016-00001, 15 e 25 s.
[37] In un caso giudiziario è stata condannata una piccola impresa con un socio titolare del 99% delle quote, e in un'altra occasione sul banco degli imputati è finita una società che formalmente aveva più soci, ma la cui «proprietà reale apparteneva interamente a uno degli imputati: il vero e unico proprietario della società al 100%»: cfr. *Tribunal Supremo*, 19.7.2017, n. 583/2017; Id., 30.3.2022, n. 320/2022 (casi riportati in J. Dopico, *Capítulo 13. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in AA.VV., *Memento Penal*, Madrid 2022, § 3138, il quale nota anche che le "sociedades-pantalla" (società schermo) o "imprese apparenti" – le quali fino a poco tempo fa erano le uniche tipologie sottratte dalla giurisprudenza al campo applicativo dell'art. 31-*bis* Cp – pongono problemi peculiari).
[38] *Tribunal Supremo*, 13.2.2019, cit.; *Tribunal Supremo*, 12.3.2020, cit.
[39] *Tribunal Supremo*, 27.7.2022, n. 747/2022, con commento di G. Clarimón Escuder e G. Martínez Casimiro, *Sociedades unipersonales y responsabilidad penal de la persona jurídica: un claro* bis in idem. *Comentario a la Sentencia del*

persona giuridica – quando la persona fisica responsabile penalmente è l'unica titolare della società». La risposta è stata netta: «Il regime della responsabilità penale delle persone giuridiche esige una minima alterità della persona giuridica rispetto alla persona fisica penalmente responsabile. Quando il soggetto condannato in sede penale come persona fisica è titolare esclusivo della società, non è possibile irrogare due pene senza erodere, non solo il principio del *ne bis in idem*, ma la stessa razionalità delle cose»; è infatti «assurdo imporre alla persona fisica che sia l'unico titolare della società due pene: una per la commissione del reato e un'altra per non aver stabilito meccanismi di prevenzione dei reati suoi propri! Opera il principio di consunzione: punendo il responsabile […] del reato si sta contemplando e sanzionando anche la sua trascuratezza e indifferenza». Pertanto, secondo questa pronuncia, per scongiurare il problema giuridico che pongono le società unipersonali, vale a dire la violazione del *ne bis in idem*, la soluzione preferibile è "levantar el velo"[40]: preferibile anche per ragioni processuali rispetto a più incerte ricostruzioni dommatiche basate sull'assenza di imputabilità.

Lo schema dottrinale dell'*inimputabilità* è stato invece sposato da un'altra pronuncia di poco successiva, la cui specificità sta nel riferirsi a una società di piccolissime dimensioni ma non unipersonale (due soci *administradores solidarios*, dei quali soltanto uno svolgeva le funzioni collegate alla carica e in quanto tale è stato condannato)[41]. Da quest'angolazione, l'elemento decisivo per assumere la *imputabilità penal* di un ente sociale è colto nella esistenza di un certo grado di "complessità organizzativa", «con la conseguenza che non tutte le persone giuridiche saranno imputabili» e dunque capaci di colpevolezza. Una minima struttura organizzativa è avvertita, infatti, come il gradiente che assicura capacità di "autodeterminazione", *recte* di auto-organizzarsi, e per converso di incorrere in un difetto organizzativo. Tuttavia, lasciando in disparte le frizioni con il principio di legalità, è palpabile il rischio di arbitrarietà, insito in «apprezzamenti, più o meno intuitivi, basati sul numero delle persone fisiche […] anziché su criteri socio-giuridici minimamente affidabili»[42].

(*c*) Tendenzialmente, il quadro applicativo è ancora più severo negli ordinamenti in cui la *corporate criminal liability* vanta una più lunga tradizione.

Così nel Regno Unito pure una disciplina innovativa come il *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, pensata soprattutto per evitare l'impunità della grande impresa[43], finora è stata il più delle volte applicata a micro, piccole e medie organizzazioni[44].

Tribunal Supremo núm. 747/2022, de 27 de julio, in *La Ley compliance penal*, 11/2022, i quali approvano i recenti approdi della giurisprudenza più autorevole, sebbene avanzando alcuni dubbi.

[40] Vale a dire «sollevare il velo per dimostrare come non esistano due responsabili ma un unico autore che si è servito di uno strumento che non è differente da sé stesso».

[41] *Tribunal Supremo*, 11.11.2022, n. 894/2022, ha assolto la società sotto procedimento in quanto priva del «sustrato material de la suficiente complejidad» proprio di un «actor corporativo que pueda cometer delitos corporativos», pur potendo rispondere in sede civile. Cfr. il commento di C. Bautista Samaniego, *Responsabilidad penal de la persona jurídica y sociedades de pequeñas dimensiones. A propósito de la STS 894/2022, de 11 de noviembre*, in *REDEPEC* 2023, vol. 1, 12, che così conclude: «L'assenza di complessità organizzativa sarà evidente nei casi di società unipersonale e amministratore unico senza altri lavoratori. In questi casi si può parlare di una persona giuridica non imputabile, per mancanza di capacità di colpevolezza […]. Vi saranno altri casi meno evidenti, che dovranno essere delucidati sulla base delle specificità del caso concreto, tenendo conto dell'esistenza di una qualche organizzazione, quantunque non complessa, e di dipendenti non soci, società che potrebbero essere semi-imputabili e alle quali sarebbe applicabile la modulazione prevista dall'articolo 31-ter 1 c.p.».

[42] Così, in senso critico, da ultimo, R. Aguilera Gordillo, *Déficits del enfoque sistémico de responsabilidad penal de la persona jurídica: inimputabilidad y contagio penal en operaciones de M&A. Procedencia del modelo antrópico y* behavioral game theory, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-06/2023, 1 ss., 54.

[43] Gli ostacoli applicativi, nel modello tradizionale, sono fomentati dall'*identification test* e dunque dalla necessità di rintracciare la *mens rea* (nel caso di omicidio colposo la *gross negligence*) di un soggetto qualificabile come la *directing mind and will* dell'ente.

[44] V. Roper, *The Corporate Manslaughter*, cit., 48 ss.; L. Hooper, *Are Corporations Free to Kill? Rethinking the Law on Corporate Manslaughter to Better Reflect the Artificial Legal Existence of Corporations*, in 11 *The Plymouth Law & Criminal Justice Review* 2019, 164, che nota come, nei primi dieci anni di vigenza del *Corporate Manslaughter and*

Persino negli USA, la patria della *grande corporation*, «la maggior parte delle imprese i cui procedimenti si concludono con una condanna e l'applicazione della pena sono piccole imprese con 50 dipendenti o meno»; mentre «gli enti di dimensioni medio-grandi sono invece dirottati (indirizzati) verso accordi negoziati (transazioni), patteggiamenti ovvero si predilige la sola responsabilità individuale», e «un ristretto numero di DPAs, NPAs e accordi d'integrità dell'ente (CIAs) sono generalmente riservati alle grandi imprese, con la prospettiva di strutturali modifiche organizzative»[45].
Quanto precede suona come un monito che sarebbe incauto ignorare: la questione che ci impegna rifugge da opzioni troppo nette e semplicistiche, bianco o nero, punibilità sommaria o esenzione secca e generalizzata. Occorre, piuttosto, scandagliare attentamente le questioni sul tappeto, per ricercare soluzioni normative e applicative equilibrate e ragionevoli, nei termini che intendiamo ora enucleare in prospettiva *de lege ferenda*.

2.2. Nonostante la chiara portata inclusiva del dettato legale interno, è indubbio come rispetto alle società di minori dimensioni, e *a fortiori* unipersonali e prive di dipendenti, non abbia molto senso appellarsi al solo dato formale della autonoma soggettività giuridica rispetto all'individuo colpevole, per avallare la doppia sanzione.
In particolare, il mero rivestimento esteriore non appare legittimazione sufficiente ogni qual volta l'amministratore-proprietario colpevole del reato coincida, nei fatti, con la *societas*, e ciò vale – come già notato (*supra* § 2.1) – anche dal punto di vista dell'interesse alla commissione dell'illecito penale. Inoltre, quando l'apparato organizzativo interno è assai scarno, o addirittura inesistente, l'eventuale conformità alle norme tende a esaurirsi nell'operato del vertice; sicché, sarebbe improbo o talvolta impossibile ravvisare, in questi casi, illeciti strutturalmente diversi, uno addebitabile alla *societas* e l'altro alla persona fisica.
Occorre chiedersi, però, se queste constatazioni debbano fatalmente condurre – quantomeno *de iure condendo* – a una rigida estromissione delle piccole società dal raggio dei possibili autori dell'illecito punitivo disciplinato dal d.lgs. 231/2001.
A legislazione invariata è chiaro che questa conclusione striderebbe con il dettato legale. La stessa facoltà concessa agli "enti di piccole dimensioni" dall'art. 6 co. 4 – vale a dire lo svolgimento diretto da parte dell'organo dirigente dei compiti dell'organismo di vigilanza – suona a riprova dell'*intentio* di includere le entità a struttura organizzativa ridotta tra i destinatari del *corpus* normativo[46].
Ma anche in prospettiva di riforma, una serie di controindicazioni sembrano opporsi al detto epilogo. Un primo inconveniente è di natura definitoria. L'espressione "ente di piccole dimensioni", impiegata dal legislatore, rappresenta un concetto di sintesi assolutamente generico[47]. Spazi d'interpretazione ci paiono fisiologici se parliamo di categorie e criteri di imputazione; divengono inaccettabili se riguardano gli stessi destinatari di un certo regime punitivo. Tale osservazione acquisisce un peso ancora maggiore ipotizzando soglie di "imputabilità" basate sulla consistenza organizzativa dell'ente. Sotto questo profilo, qualora si volesse delimitare il campo applicativo della disciplina in esame, sarebbe doverosa la massima precisione per non infrangere in modo intollerabile il principio di legalità e i corollari attinenti alla formulazione del precetto[48].

Corporate Homicide Act 2007, di 25 condanne la quasi totalità abbia riguardato piccole imprese. Cfr., volendo, anche il nostro V. Mongillo, *Responsabilità individuale e responsabilità dell'ente per infortuni sul lavoro nel sistema penale del Regno Unito*, in A.M. Stile, A. Fiorella e V. Mongillo (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, Napoli 2014, spec. 497, 500.

[45] W. Laufer e N. Selvaggi, *Responsabilità penale degli enti ed eccezionalismo americano*, in *RTDPE* 2019, 77 ss.

[46] Così anche F. D'Arcangelo, in A. Bassi – F. D'Arcangelo, *Il sistema*, cit., 90 s.

[47] Lo ha notato anche S. Bartolomucci, *Sulla configurabilità del (fantomatico) modello organizzativo* ex *d.lgs. n. 231/2001 dedicato alla P.M.I.*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2/2010, 94.

[48] A questo riguardo, anche il disposto dell'art. 6 co. 4 d.lgs. 231/2001 non è immune da perplessità, in assenza di qualsiasi delimitazione tassativa; diversamente dall'omologa previsione contenuta nell'art. 31-*bis* co. 3 del codice penale spagnolo: v. *infra* nel testo, nt. 99.

Tuttavia, non esiste una nozione, per così dire, ontologica o universalmente accettata di "piccola impresa" o "micro-impresa" (e meno ancora di impresa "non sufficientemente complessa"): esistono piuttosto definizioni cangianti, che potrebbero variare anche a seconda degli obiettivi perseguiti dal legislatore che fanno da sfondo al canovaccio normativo.
Un modo di impostare la questione consiste nel ricorrere a *parametri qualitativi*. Le Linee Guida di Confindustria, ad esempio, tratteggiano una definizione di "piccola impresa" basata su un criterio organizzativo non numerico, nel senso che essa andrebbe «ricercata nella essenzialità della struttura interna gerarchica e funzionale, piuttosto che in parametri quantitativi»[49]. Di segno analogo è la proposta dottrinale *de lege ferenda* incentrata sulla ristrettezza della base personale e l'indistinguibilità dell'interesse dell'ente da quello della persona fisica che lo governa[50].
Quando, invece, si punta a fissare il discrimine tra enti "imputabili" e non sulla base di indici tassativamente calibrati (come il numero dei dipendenti e il fatturato), il dilemma si sposta dal più elastico profilo qualitativo della struttura organizzativa a quello quantitativo del limite dimensionale sotto il quale dovrebbe scattare l'esenzione.
Secondo i *parametri dimensionali-produttivi* fissati dalla raccomandazione della Commissione UE 2003/361/CE (art. 2 dell'allegato), ripresi dal decreto del Ministero delle attività produttive del 18.4.2005[51], di adeguamento alla stessa, con i successivi chiarimenti del 2006 a cura del Ministero dello sviluppo economico, è considerata: a) "micro", un'impresa che occupa meno di 10 persone, un fatturato o un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro; b) "piccola", un'impresa con meno di 50 dipendenti, un fatturato o un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; c) "media", un'impresa con meno di 250 dipendenti, un fatturato o un totale di bilancio annuo non superiore, rispettivamente, a 50 e 43 milioni di euro; d) "grande", un'impresa con più di 250 dipendenti, un fatturato o un totale di bilancio annuo superiore, rispettivamente, a 50 e 43 milioni di euro.
Definizioni e parametri parzialmente difformi sono contenuti in altri testi europei, come ad esempio l'art. 3 della direttiva 2013/34/UE (totale dello stato patrimoniale, ricavi netti delle vendite e delle prestazioni, numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio), oppure l'art. 2.1 lett. *f* del regolamento (UE) 2017/1129, che delinea due diverse definizioni di PMI, la prima delle quali racchiude criteri simili a quelli sanciti dalla raccomandazione del 2003, mentre la seconda rinvia alla definizione tracciata dall'art. 4.1 punto 13 della direttiva 2014/65/UE (c.d. MiFID II), che fa riferimento alla (eventuale) capitalizzazione di borsa.
La ricerca di una rigida soglia dimensionale potrebbe indurre a rendere "esenti" le micro-imprese, oppure le piccole imprese al di sotto di un certo numero di persone occupate (ad esempio 50) e/o di fatturato[52].
Come si è già adombrato, però, non è affatto scontato che la soluzione migliore sia precipitarsi a estromettere in blocco un certo segmento societario dal novero dei destinatari del d.lgs. 231/2001. Se il desiderio di semplificare il quadro normativo è comprensibile, la semplificazione non sempre è giustificata potendo scadere nel semplicismo.
Per cominciare, fa dubitare dell'appropriatezza di una scelta generalizzante proprio un panorama imprenditoriale quale quello italiano, gremito di micro e piccole imprese.
L'arcipelago delle PMI è, peraltro, assai frastagliato al suo interno. Esistono imprese minori che potrebbero essere avviate – almeno *ex post factum* – a percorsi di legalità convenientemente calibrati, e altre che, essendo intrinsecamente criminali, meriterebbero di essere espulse senza indugio dal mercato con la più drastica delle misure. Inoltre, se molte società con socio unico sono prive di

[49] Confindustria, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, giugno 2021, 101.
[50] C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *DPP* 2019, 537.
[51] Pubblicato nella G.U. 238 del 12.10.2005.
[52] Sul rischio di risultati arbitrari a cui può condurre il ricorso a soglie fisse basate sul numero di dipendenti, anche J. Cigüela Sola, *La inimputabilidad*, cit., 647.

dipendenti, non mancano realtà unipersonali caratterizzate da una certa complessità organizzativa (più lavoratori subordinati, amministratori, dipartimenti o uffici, ecc.). In alcune imprese societarie l'unico proprietario è una persona fisica, mentre in altre è, a sua volta, una società[53]. Piccole e medie organizzazioni imprenditoriali potrebbero, inoltre, far parte di estesi gruppi societari. Le imprese familiari potrebbero essere gestite da membri della famiglia di riferimento ovvero da *manager* professionisti: in quest'ultimo caso non vi sarebbe coincidenza tra reo-amministratore e titolare. Infine, il reato potrebbe in concreto essere realizzato nell'interesse dell'ente tanto dal gestore-proprietario o socio di controllo, quanto da un dipendente estraneo alla proprietà e al *management* di vertice.

Così, sebbene sia vero, in generale, che è ben più difficile separare la volontà individuale dalla *policy* aziendale nelle piccole organizzazioni, appare eccessivo e un po' stereotipato assumere che siano tutte incapaci di gestire e controllare i comportamenti illeciti dei propri membri[54]. La stessa complessità organizzativa non è funzione della sola dimensione o base personale: possono giocare un ruolo altrettanto importante, ad esempio, le tecnologie impiegate o la proiezione geografica dell'attività produttiva.

Dall'*angolazione politico-criminale*, non pare opportuno rinunciare *in toto* a qualsiasi reazione sanzionatoria nei confronti della stragrande maggioranza delle aziende italiane. Da un canto, un'esenzione indiscriminata potrebbe provocare una profonda "voragine" nella prevenzione della criminalità d'impresa, disincentivando la foltissima platea delle società minori dall'adottare qualsiasi presidio interno[55]; dall'altro, potrebbe tradursi in un ulteriore impulso a creare società *ad hoc* di piccolo calibro per "lucrare" lo stesso regime privilegiato delle ditte individuali.

Il sistema della responsabilità *ex crimine* dell'ente risulterebbe indebolito anche per l'impossibilità di azionare una sanzione performante come la *confisca* del profitto illecito, che sottende il semplice canone di giustizia secondo cui il crimine non deve pagare. Perché rendere una piccola entità aziendale immune dalla funzione riequilibratrice insita nell'ablazione dei benefici economici direttamente incamerati attraverso il reato? Anche a voler prendere per buono il discutibile principio – invalso nella giurisprudenza italiana[56] – della solidarietà tra ente sociale e individuo colpevole nel recupero del profitto ottenuto *contra ius*, non è detto che quest'ultimo abbia una capienza economica pari o superiore al primo.

Come giustificare, ancora, la disapplicazione dell'*interdizione definitiva dell'attività* nel caso di entità di piccole dimensioni (o di una loro unità organizzativa) che siano stabilmente asservite a scopi criminosi (art. 16 co. 3), rispetto alle quali anche qualsiasi considerazione attinente al criterio ascrittivo dell'interesse o vantaggio appare inconferente[57]?

Lo stesso discorso potrebbe, in qualche caso, essere fatto rispetto a *sanzioni interdittive* (e relative misure cautelari) *temporanee*, a fronte della spiccata pericolosità di un piccolo ente concretamente coinvolto.

Le lacune potenziali non si esauriscono qui, ma crediamo che l'esemplificazione basti a rendere l'idea.

Per questo, come già suggerito in altra sede[58], senza ovviamente ambire a soluzioni taumaturgiche, si potrebbe ipotizzare una diversa via d'uscita dall'*impasse*.

---

[53] Come nel caso trattato da Cass. sez. VI 25.10.2017 n. 49056, cit.

[54] Così anche Confindustria, *Linee guida*, cit., 101.

[55] Preoccupazioni simili in R. Sabia, *La società unipersonale*, cit., 1736; G. Gentile, *Il d.lgs. n. 231 del 2021 può applicarsi anche alle s.r.l. unipersonali*, in *PPG* 2022, 764 s.

[56] *Ex multis*, Cass. sez. VI 16.1.2020 n. 1676, rv. 277589; Cass. S.U. 2.7.2008 n. 26654, Fisia Italimpianti, rv. 239926-01.

[57] Cfr., sul punto, F. D'Arcangelo, *Abuso dello schermo societario, utilizzo strumentale dell'ente e logica sanzionatoria del d.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, 3/2009, 16.

[58] Cfr., anche per i dettagli, V. Mongillo, *La responsabilità penale*, cit., 483. Ha ripreso – escludendo, condivisibilmente, la riconducibilità della problematica in discorso all'orizzonte del *ne bis in idem* europeo – alcune di queste riflessioni, da ultimo, A.F. Tripodi, Ne bis in idem *europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel*

Invece di sottrarre a monte le società unipersonali, e a maggior ragione quelle di piccole dimensioni con più soci e/o dipendenti, all'imperio del d.lgs. 231/2001, in forza di automatismi basati su soglie rigide, andrebbe, anzitutto, meglio calibrato il *giudizio di responsabilità*, avuto riguardo alle peculiarità del singolo soggetto collettivo.
In particolare, il vaglio di *esigibilità oggettiva e soggettiva* delle cautele rivolte alla prevenzione del rischio-reato andrebbe ponderato anche in funzione del grado di sviluppo organizzativo dell'ente.
Ma prima ancora, almeno in alcune situazioni, potrebbe essere valorizzato il criterio dell'interesse/vantaggio inteso in chiave oggettiva (art. 5), riconoscendo nell'autore individuale l'unico ed effettivo terminale del *cui prodest*. Può sempre ravvisarsi un separato interesse alla commissione del reato da parte di una persona collettiva che non sia distinguibile dall'autore materiale? L'ente ha tratto un vantaggio reale dalla dinamica criminosa o il beneficio acquisito è solo fittizio o per così dire virtuale? [59] La persona giuridica è autonoma funzionalmente o mero schermo/strumento nelle mani del titolare? Questi sono i quesiti che, in caso di risposta negativa, potrebbero condurre all'esclusione della responsabilità corporativa.
Non basta. Dal punto di vista sanzionatorio, oltre a diversificare le soglie edittali in funzione (anche) dell'elemento dimensionale[60], si potrebbe prevedere, con riferimento alla commisurazione giudiziale, un *principio* flessibile *di compensazione* – potenzialmente bilaterale – tra le pene applicabili agli individui (incluse quelle detentive, sulla scorta di precisi criteri di ragguaglio) e le sanzioni destinate all'ente sociale con certe caratteristiche: società unipersonali, società di piccole dimensioni e ad assetto particolarmente concentrato, allorché il proprietario unico o principale dell'ente sia anche l'autore del reato-presupposto, dovendosi comunque ammettere lo "scomputo" soltanto nei limiti della quota – totalitaria o parziale, appunto – posseduta dal reo. In queste contingenze, una commisurazione "interattiva" delle sanzioni collettive e individuali ci sembra una prospettiva più realistica per portare a soluzione la questione del *bis in idem* sostanziale (doppia punizione *de facto* dello stesso soggetto individuale su cui finisce per gravare l'intero impatto afflittivo) e, più in generale, del rispetto del principio di proporzione punitiva. A nostro avviso, tale impostazione potrebbe suggerire – talvolta – finanche la rinuncia alla punizione nei confronti di uno dei soggetti responsabili, tenuto conto di tutte le circostanze significative, inclusa la natura dolosa ovvero colposa del reato.
Sotto quest'ultimo profilo, lo schema di riferimento, nell'arena giuridica europea, è la *modulación* obbligatoria delle pene pecuniarie irrogabili alla persona fisica e alla persona giuridica, tracciata dall'art. 31-*ter* co. 1, seconda parte, del codice penale spagnolo. Attraverso questo meccanismo di perequazione delle sanzioni (pecuniarie) individuali e collettive[61], il legislatore ispanico ha inteso porre un argine proprio al pericolo di duplicazioni sanzionatorie sproporzionate, col pensiero rivolto soprattutto alle piccole imprese.
Certo, volendo recepire tale congegno nell'ordinamento interno, andrebbero anche apportati i necessari correttivi, per estenderne convenientemente la portata e contenere le incertezze insorte nell'alveo genetico[62].

---

quadro dell'ordinamento multilivello, Torino 2022, 110 ss., 116.

[59] Si pensi al caso giurisprudenziale dell'amministratore unico di una società che storni immediatamente a proprio profitto i fondi fraudolentemente carpiti a un ente pubblico: Cass. sez. sez. II 30.1.2006 n. 3615, Jolly Mediterraneo s.r.l. e D'Azzo, in *Dir. prat. soc*., 8/2006, 60, che pur ha confermato la condanna della società coinvolta.

[60] Un'altra possibile soluzione – presa in esame nel corso dei lavori preparatori del d.lgs. 231/2001, accanto a quella più tranciante dell'esclusione degli enti di piccole dimensioni e a base personale ristretta – consiste nel prevedere una circostanza attenuante speciale impattante sulla sanzione pecuniaria (favorevole, *de iure condendo*, anche G. Amarelli, sub *art. 1*, in D. Castronuovo, G. De Simone, A. Lionzo, D. Negri e G. Varraso (a cura di), Compliance. *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano 2019, 29). Nessuna delle due opzioni ha, però, trovato riscontro nel testo definitivo del decreto, anche per l'assenza di indicazioni espresse nella legge delega.

[61] Prefigurato, in dottrina, prima dell'epifania legislativa della responsabilità penale delle persone giuridiche in Spagna, da A. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., 329.

[62] V. Mongillo, *La responsabilità penale*, cit., 250 ss. e 481 ss., con riferimenti comparatistici anche ad altre esperienze

Difatti, la norma di riferimento non limita espressamente il suo campo applicativo a precise figure imprenditoriali di caratura ridotta, generando un certo disorientamento[63]. Di contro, ammette il coordinamento soltanto per le pene pecuniarie[64] (escludendo, ad esempio, quelle detentive o la stessa sanzione della confisca), sicché l'impatto applicativo sarebbe verosimilmente esiguo in un ordinamento come il nostro, dove solo per alcuni reati compresi nella c.d. "parte speciale" del d.lgs. 231/2001 è comminata (anche) la multa o l'ammenda.
Un altro limite applicativo è stato dichiarato dalla giurisprudenza spagnola[65], vale a dire che la "modulazione" non consente di infliggere la pena a uno solo dei due condannati, l'individuo ovvero la persona giuridica, al più autorizzando ad abbassare la multa sotto il minimo legale stabilito per l'uno e per l'altra; e anche questo vincolo – evidentemente – ha fomentato i più recenti indirizzi giurisprudenziali tesi a dispensare dalla responsabilità le società unipersonali (*supra* § 2.1). Ad ogni modo, si è precisato, la riduzione potrà essere cospicua, ove a sollecitarla sia il rispetto del principio del *non bis in idem*, come quando lo *status* di amministratore condannato si sovrapponga a quello del socio maggioritario dell'ente.
Ancora: la prassi giurisprudenziale si è finora attestata nel senso che la somma delle multe irrogate alla persona fisica e a quella collettiva non potrà essere inferiore alla pena pecuniaria minima da infliggere all'individuo. Al contrario, la multa complessiva subita dall'amministratore condannato, direttamente (perché inflittagli quale soggetto attivo del reato) o indirettamente (perché (con)titolare della società pure penalmente responsabile), non dovrà superare il limite massimo stabilito per lo specifico reato oggetto di condanna[66].
Nell'ottica di un *legal transplant*, tutte queste complicazioni andrebbero superate, in vista di un più nitido e funzionale criterio di compensazione.

3. La conclusione a cui siamo giunti, circa il rischio punitivo a cui sono esposti anche gli enti di piccole dimensioni, è un buon viatico per tornare alla questione da cui è principiata la nostra analisi.
Nonostante gli ostacoli empirico-fattuali già segnalati (§ 1), altrettante ragioni militano a sostegno dell'innesto della *compliance* anche nelle piccole imprese, purché ovviamente non si tratti di entità prive di qualsiasi articolazione organizzativa, come nel caso di società sprovviste di dipendenti e di qualsiasi riparto di competenze.
(*a*) Innanzitutto, assumono rilievo *ragioni di natura legale*. Come si è già notato, formalmente il d.lgs. 231/2001 non estromette dal proprio spettro applicativo nessun ente di natura privata, incluse le piccole e piccolissime società e a maggior ragione quelle di medie dimensioni. Pertanto – e al netto delle considerazioni già articolate – nessuna "immunità speciale" è sancita, su basi "quantitative", dal testo legale.
Già il dato formale, dunque, dovrebbe indurre a cautela, per convenire che la *compliance* 231 non è affare che riguarda solo le grandi imprese e potrebbe – almeno in linea di principio – condurre a un esonero da responsabilità anche un'impresa minore, qualora in grado di dimostrare una diligenza rapportata alle sue caratteristiche.
Peraltro, se la piccola organizzazione è più proclive, nella prassi, a non aderire all'appello normativo all'adozione del modello, sfruttando l'assenza di cogenza giuridica, *post factum*, vale a dire a seguito dell'inizio di un procedimento punitivo, anch'essa a stento potrà fare a meno di implementare un

straniere significative.
[63] La formulazione onnicomprensiva della disposizione è messa in rilevo anche da J.-M. Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*[2], Madrid 2016, p337.
[64] Ciò è stato notato anche dal *Tribunal Supremo*, 27.7.2022, n. 747/2022, in materia penaltributaria.
[65] Ad es., *Tribunal Supremo*, 13.2.2019, n. 746/2018; *Tribunal Supremo*, 12.3.2020, n. 118/2020, in un caso di truffa.
[66] Così, l'addizione delle due pene non potrà eccedere il valore massimo della sanzione pecuniaria che potrebbe essere inflitta alla persona fisica «se fosse proprietaria, per esempio, del 99% della società». Per più ampi dettagli e riferimenti, cfr. J. Dopico, *Capítulo 13. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., § 3138.

sistema di governo del rischio penale in chiave "rimediale" o correttiva. Questo, in effetti, sarebbe l'unico modo per tesaurizzare tutte le *chances* premiali offerte dal d.lgs. 231/2001.
Le conclusioni a cui può pervenirsi sul piano dell'illecito *ex crimine* dell'ente sono del resto corroborate dalle ormai innumerevoli discipline settoriali che prescrivono e direttamente sanzionano (autocontrollo imposto) l'omessa implementazione di programmi di conformità per la gestione di specifici rischi, talvolta graduando l'adempimento in rapporto all'elemento dimensionale (*privacy*, salute e sicurezza, piani di prevenzione della corruzione o dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio, ecc.). Tra gli esempi più recenti, può ricordarsi anche l'art. 2086 Cc, introdotto dal d.lgs. 12.1.2019 n. 14 e s.m.i. (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza)[67], che impone assetti organizzativi, amministrativi e contabili funzionali alla rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, senza perimetrare aree di esonero, ma riaffermando il criterio dell'adeguatezza rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa.
Per quanto concerne, poi, le società in controllo pubblico, ANAC raccomanda fortemente l'adozione di un sistema di *compliance* ai sensi del d.lgs. 231/2001, in aggiunta al piano di prevenzione della corruzione *ex* l. 6.11.2012 n. 190, anche in questo caso indipendentemente dalle dimensioni[68].
(*b*) Dal punto di vista delle *tipologie e del grado di rischio*, va osservato che praticamente non esistono fattispecie penali la cui realizzazione non possa inverarsi anche in contesti imprenditoriali minori. Va da sé che i rischi da prendere in considerazione varino da organizzazione a organizzazione, ma le difformità dipendono principalmente dalla natura e dal comparto produttivo della singola entità produttiva, piuttosto che dalle sue dimensioni.
Molti rischi, peraltro, si dipartono dalla mera natura commerciale dell'ente: «Grande o piccola che sia, ogni impresa assume lavoratori, ha fornitori, paga imposte, riceve e registra dati, fornisce computer ai suoi dipendenti, utilizza programmi informatici, riceve pagamenti, cerca di attirare clienti, ha rapporti con la concorrenza, ha relazioni con funzionari pubblici»[69].
Certo, l'intensità dei rischi potrà crescere in proporzione alla complessità della *societas*, ma, nelle linee metodologiche e contenutistiche essenziali, l'attività di identificazione e analisi (*risk assessment*) resta invariata.
Per di più, il livello di rischio delittuoso può rivelarsi – come in effetti sovente accade in alcuni ambiti – persino maggiore nella piccola impresa o comunque con sovrapposizione tra proprietà e gestione, ove raffrontata con la grande impresa[70].
A volte è lo stesso sottodimensionamento dell'ente a costituire un sintomo di colposità organizzativa, indiziando la carenza di risorse personali, *asset* e misure preventive indispensabili per controllare attività colme di pericoli per beni meritevoli di tutela, a partire dalla salute e sicurezza dei lavoratori e dalle matrici ambientali.
Al di là di ciò, nelle PMI può prevalere una visione e prospettiva di breve termine, che porta a sottostimare i costi occulti della non-*compliance* nel lungo periodo.
Alcuni rischi specifici, come quello infortunistico e tecnopatico, tendono inoltre a presentarsi con una cadenza e una gravità addirittura superiori nelle imprese di dimensioni ridotte.

---

[67] Cfr., sul punto, G. Amarelli, sub *art. 1*, cit., 30. Sui nessi tra modelli organizzativi 231 e dovere dell'imprenditore collettivo di istituire adeguati assetti organizzativi amministrativi e contabili nell'ottica della rilevazione della crisi di impresa, cfr. C. Di Bugno, *Modello di gestione di impresa* ex *art. 2086 c.c. e codice della crisi: cenni per un'autonormazione finalizzata alla tutela penale dell'imprenditore*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 27.4.2023.
[68] Delibera ANAC dell'8.11.2017, n. 1134, *Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*.
[69] Così, condivisibilmente, J.A. Lascuraín Sánchez, *È possibile la* compliance *nella PMI?*, in *Criminal Justice Network*, 27.11.2018.
[70] Cfr., per un'indagine empirico-criminologica, con riferimento al contesto statunitense, D.F. Kuratko, J.S. Hornsby e D. W. Naffziger, *Crime and Small Business: An Exploratory Study of Cost and Prevention Issues in U.S. Firms*, in 38 *Journal of Small Business Management* 2000, 1.

Ma a palesarsi con maggiore frequenza in queste realtà più semplici sono soprattutto le spinte criminogene, in particolare le motivazioni al risparmio di costi e all'acquisizione di vantaggi illeciti (non di rado per motivi di "sopravvivenza" sul mercato), e finanche la tendenza al radicarsi di una cultura deviante. Inoltre, in questi casi è più facile che il vertice assuma un ruolo di assoluto dominio sulla vita aziendale e che i dipendenti identifichino i propri obiettivi con quelli sociali in funzione del mantenimento della massima coesione interna.
Si pensi al ricorso a schemi fraudolenti o corruttivi. Se, da un lato, le piccole imprese potrebbero essere utilizzate da quelle più grandi come strumento di intermediazione illecita, dall'altro, appaiono ancora più vulnerabili delle grandi multinazionali, o in genere delle imprese più consistenti, a richieste di tangenti da parte di soggetti pubblici, tanto più in contesti esteri[71]. Una grande impresa transnazionale, con sofisticati meccanismi interni di *compliance*, potrebbe – in ipotesi – anche opporre un fermo diniego a una pretesa indebita, rinunciando a un'opportunità di *business*, senza subire danni irreparabili. Invece, per un'impresa minore le perdite economiche possono rivelarsi assai più consistenti e talvolta rovinose. Allo stesso modo, l'irrogazione di una sanzione punitiva (o anche solo risarcitoria civile) può impattare su un'azienda meno sviluppata sul piano organizzativo-dimensionale in modo ben più gravoso o persino dirompente, al contempo complicando lo sforzo per riabilitare la propria immagine e così riscattarsi dalla *deminutio* reputazionale sofferta.
Le disomogeneità strutturali si traducono, dunque, in disparità di rischio legale, sensibilmente più elevato per le imprese di piccola e media caratura che, in effetti, sono le prime a soffrire di un mercato dove alligna la corruzione[72]. La conseguenza potrebbe essere una sorta di spietata selezione delle "specie aziendali" basata anche sulle caratteristiche strutturali.
(*c*) La scelta di adottare programmi – ancorché semplificati – di *compliance* può essere suggerita, in aggiunta, da *ragioni contrattuali* o *finanziarie.*
Sul *versante pubblicistico*, l'implementazione di programmi di conformità legale rappresenta oggigiorno, anche per molte piccole imprese, un passaggio obbligato per ottenere appalti con la p.a. e altri vantaggi significativi, come un miglior "rating di legalità", un accesso agevolato al credito bancario ed erogazioni pubbliche, come i finanziamenti dell'INAIL *ex* art. 11 d.lgs. 9.4.2008 n. 81, o altri benefici come la riduzione del tasso medio di tariffa per prevenzione dovuta alla stessa INAIL[73].
Dal punto di vista della contrattazione pubblica, è vero che l'adozione del modello organizzativo 231 non è di per sé cogente, ma va tenuto conto dei provvedimenti adottati da varie Regioni che lo esigono per la partecipazione alle gare o comunque per la stipula di convenzioni o contratti pubblici[74].

---

[71] Con specifico riferimento al rischio di corruzione transfrontaliera, come riportato anche nel *Report* di monitoraggio della Fase 4 sull'Italia redatto dal Working Group on Bribery rispetto all'implementazione degli obblighi contro la corruzione internazionale previsti dalla Convenzione anticorruzione dell'OCSE, «le micro, piccole e medie imprese (PMI) sono a rischio di corruzione estera. Le PMI italiane rappresentano il 99% delle imprese, il 67% del valore aggiunto complessivo dell'"economia commerciale non finanziaria" e il 78% della forza lavoro. Molte PMI sono attive a livello internazionale. Nel 2019, le imprese italiane con 50-249 dipendenti hanno generato esportazioni per 128 miliardi di dollari, dietro solo a Germania e Paesi Bassi nell'OCSE e nel WGB. L'importanza delle PMI nelle esportazioni verso i Paesi extra-UE è ancora maggiore: nel 2017 esse sono risultate al primo posto tra i Paesi dell'UE per numero di imprese esportatrici e valore totale delle esportazioni»: Oecd, Working Group on Bribery, *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention, Phase 4 Report, Italy*, 13.10.2022, 10.
[72] Oficina Anticorrupción, Resolución 36/2019, *Guía complementaria*, cit., 2.
[73] L'INAIL premia con uno "sconto" denominato "oscillazione per prevenzione" le aziende che eseguono interventi per il miglioramento delle condizioni di prevenzione e tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, in aggiunta a quelli previsti dalla normativa in materia (d.lgs. n. 81/2008 e s.m.i.), inclusa l'adozione del modello 231. Lo sconto varia in base al numero dei lavoratori presenti in azienda.
[74] Legge Regione Calabria 21.6.2008 n. 15, riguardante le imprese che operano in regime di convenzione con la Regione (v. art. 54); decreto Regione Lombardia 8.6.2010 n. 5808, relativo alle imprese che intendono accreditarsi per l'erogazione dei servizi di istruzione e formazione professionale e per l'erogazione dei servizi per il lavoro, e in cui vengono precisati anche i requisiti minimi che deve possedere il modello e i termini di adeguamento; legge Regione Abruzzo 27.5.2011 n. 15, applicabile agli enti dipendenti e strumentali della Regione, con o senza personalità giuridica, ai consorzi, alle agenzie

Inoltre, il nuovo codice dei contratti pubblici, adottato con il d.lgs. 31.3.2023 n. 36[75], prevede la possibilità che «la contestata o accertata commissione» dei «reati previsti» dal d.lgs. 231/2001 determini l'immediata esclusione da un appalto (art. 98 co. 4 lett. *h* n. 5), sulla base di una valutazione discrezionale rimessa alla stazione appaltante in merito alla gravità dell'*illecito professionale*, che sia tale da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'offerente (cfr. art. 95 co. 1), desumibile da mezzi di prova come «la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, e la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale» (art. 98 co. 6 lett. *h*)[76]. Neppure questa disposizione opera distinzioni in rapporto alle dimensioni dell'operatore economico implicato. Per quanto d'interesse, l'adozione di un modello 231 può rappresentare, per l'ente coinvolto, un elemento decisivo per dimostrare la sua affidabilità, inducendo la stazione appaltante a non escluderlo dalla procedura contrattuale – fatta eccezione per i casi più gravi non discrezionali (artt. 94 co. 6[77] e 95 co. 2) – al momento di valutare la sufficienza e la tempestività delle misure adottate[78], e segnatamente dei «provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti» (art. 96 co. 6)[79].
Stante la comune matrice normativa eurounitaria, un regime analogo è previsto in molti Paesi dell'UE, tra i quali la Spagna (cfr. artt. 71-73 della nuova *Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*)[80].
La situazione di altri ordinamenti può rivelarsi persino più imbrigliante. Ad esempio, in Argentina, pure le realtà minori sono tenute, a mente dell'art. 24 della legge n. 27.401 del 2017 sulla responsabilità penale delle persone giuridiche, ad adottare i *programas de integridad* (l'equivalente dei modelli organizzativi italiani e spagnoli e dei *sistemas de prevención de delitos* cileni di cui alla *Ley* 20.393 del 2009) per poter stipulare con lo Stato contratti per importi superiori a quelli stabiliti dalla legge. Nel sistema argentino, inoltre, i programmi di integrità rappresentano un fattore che consente la riduzione delle pene irrogabili alle imprese mediante la stipula di accordi di collaborazione, o finanche l'esenzione da responsabilità quando siano rispettate tutte le condizioni fissate nell'art. 9 della *Ley* 27.401[81].

---

e alle aziende regionali, nonché alle società controllate e partecipate dalla Regione a esclusione degli enti pubblici non economici (v. art. 5); decreto n. U00183 della Regione Lazio, che impone il modello alle aziende sanitarie private, quale condizione per sottoscrivere le convenzioni con le ASL.

[75] Il codice è entrato in vigore l'1.4.2023; le sue disposizioni, con i relativi allegati, acquistano efficacia l'1.7.2023.

[76] Cfr. già la Delibera ANAC del 16.11.2016 n. 1293, *Linee Guida n. 6 di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice"* (aggiornate al d.lgs. 19.4.2017 n. 56 con Deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11.10.2017).

[77] Diversamente, in presenza di una sentenza o di un decreto penale di condanna *irrevocabili*, pronunciati ai sensi del d.lgs. 231/2001 per una serie di reati tassativamente elencati (art. 94 co. 3 lett. *a*), nonché nei confronti dell'operatore economico destinatario della sanzione interdittiva di cui all'art. 9 co. 2 lett. *c* d.lgs. 231/2001 (art. 94 co. 5 lett. *a*), il nuovo codice dei contratti pubblici (al pari dell'art. 80 del vecchio testo contenuto nel d.lgs. 50/2016) prevede una «causa di esclusione automatica» dalla partecipazione a una procedura d'appalto per il termine indicato nel codice. Non è questa la sede per soffermarsi sui numerosi profili di discrasia tra il regime dei contratti pubblici e la filosofia che anima la disciplina dell'autonomo illecito dell'ente *ex* d.lgs. 231/2001, come emerge ad esempio dalle norme del codice che estendono "per contagio" alla persona giuridica gli effetti incapacitanti della condanna pronunciata nei confronti di determinati organi (es. membri del CdA con rappresentanza legale, direttore tecnico, ecc.).

[78] Sulla discrezionalità (tecnica) che spetta, sul punto, alla stazione appaltante, cfr., ad es., Consiglio di Stato sez. V 30.5.2022 n. 4363.

[79] Le altre condotte *post factum* che deve dimostrare l'operatore sono, ai sensi dell'art. 96 co. 6, il risarcimento del danno causato dal reato o dall'illecito o l'essersi impegnato in tal senso, nonché l'aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative.

[80] Per una illustrazione, cfr. Confederación Canaria de Empresarios, *Guía compliance para pymes*, 2019.

[81] Sul sistema argentino di responsabilità penale delle persone giuridiche, cfr., da ultimo, R. Sabia, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi. Esperienze comparate e scenari di riforma*, Torino 2022, 84 ss.

In generale, le PMI nazionali saranno tenute a sforzi aggiuntivi qualora ambiscano ad accedere a mercati caratterizzati da leggi più restrittive in materia di anticorruzione, per esempio quelle degli Stati Uniti (cfr. *Foreign Corrupt Practices Act 1977*).
Sul versante, invece, della *negoziazione privata*, al di là dei benefici reputazionali che a qualsiasi impresa può procurare, in particolare, l'adozione di sistemi di *compliance* legale o penale in senso stretto[82], va rimarcato il ruolo "conformativo generalizzante" svolto dalle grandi multinazionali. Esse tendono ad adottare politiche di *due diligence* del tipo *know your counterpart*, per evitare di incorrere in responsabilità o danni di immagine riconducibili a illeciti commessi da partner contrattuali integrati nella propria catena di fornitura; un'eventualità fomentata anche dalle politiche espansive della giurisdizione penale praticate dagli Stati nazionali, a cominciare da quelli più forti sullo scacchiere globale[83]. Si pensi a condizioni di sfruttamento sul lavoro o persino di *forced labour*, a violazioni di norme antinfortunistiche, a illeciti ambientali o contro la salute pubblica, ecc., che possono annidarsi in *supply chains* sovente assai lunghe e complesse, dislocate in Italia od oltrefrontiera.
In particolare, una grande impresa potrebbe richiedere, come condizione contrattuale, l'adozione di un programma di *compliance* legale alle piccole e medie organizzazioni a cui siano appaltate o sub-appaltate determinate attività o affidate alcune fasi del processo produttivo o componenti di prodotto. Le obbligazioni di conformità potrebbero essere addossate ai soli contraenti diretti, come più di frequente accade nella prassi, oppure – in modo più attento alle esigenze di efficace gestione dei rischi di reato e violazione di diritti umani – all'intera catena di approvvigionamento o del valore[84].
Alcune società, nei contratti stipulati per adesione, arrivano a prevedere la facoltà di verificare in proprio (o tramite revisori esterni incaricati) i processi e i programmi di conformità legale di altre società. All'interno di tali *compliance programs* possono essere imposti sistemi di controllo interno e di riesame, meccanismi di segnalazione di irregolarità o illeciti, misure correttive e una stringente politica informativa. Spesso, nella pattuizione, si prevede anche l'obbligo di aggiornare il sistema di controllo e di rivederlo costantemente in presenza di qualsiasi modifica legislativa. Per presidiare il rispetto di questi requisiti, nell'ambito delle c.d. clausole etiche, l'impresa committente potrebbe prevedere ipotesi di risoluzione di diritto o riservarsi il diritto di recedere dal contratto in caso di inosservanza.
È evidente, allora, il vantaggio competitivo di natura negoziale che le PMI possono ottenere implementando programmi di *compliance*, rispetto a potenziali concorrenti, nel relazionarsi con le grandi società che dominano taluni segmenti del mercato.
Ciò sottende anche il problema inverso, vale a dire che la grande impresa finisca per riversare sui propri partner di minori dimensioni costi organizzativi insostenibili. La questione è espressamente considerata nella recente proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (23.2.2022)[85]. Non solo l'"ambito d'applicazione soggettivo" del dovere di diligenza è ragionevolmente limitato alle società più grandi[86], ma il documento cerca anche di evitare che esse trasferiscano parte dei costi di conformità alle piccole e medie imprese (non facenti parte di un grande gruppo) con cui intrattengono un "rapporto d'affari consolidato" all'interno della catena del valore. A tal fine, come si dirà più analiticamente in seguito (§ 5), la proposta di direttiva prospetta misure di sostegno ed

[82] Verosimilmente, il vanto reputazionale di una piccola impresa non sarà trascurabile, per quanto non paragonabile a quello di una grande impresa.
[83] Su queste linee di tendenza, sia permesso rinviare al nostro V. Mongillo, *Criminalità di impresa transfrontaliera e giurisdizione penale "sconfinata": il difficile equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *RIDPP* 2023, 111 ss.
[84] Per considerazioni più distese, v. il nostro V. Mongillo, Forced labour *e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *RTDPE* 2019, 630 ss.
[85] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=COM:2022:71:FIN*.
[86] Più di 500 dipendenti e più di 150 milioni di euro di fatturato netto a livello mondiale; le soglie scendono a più di 250 dipendenti e più di 40 milioni di euro per le imprese operanti nei settori ad alto impatto.

accompagnamento a carico tanto delle imprese obbligate quanto degli Stati membri (cfr. artt. 7.2 lett. *d* e 14).
(*d*) Una spinta all'innesto di modelli 231 nelle società di piccole dimensioni può provenire, infine, da relazioni societarie di tipo verticale, vale a dire dall'appartenenza a un (medio-grande) *gruppo societario*. In questo caso, sarà la capogruppo – nell'esercizio dei poteri di direzione e coordinamento (art. 2497 ss. Cc; nel settore bancario, art. 61 co. 4 TUB) – a sollecitare l'adesione di tutte le controllate, a prescindere dalla loro caratura dimensionale, al codice etico e alle principali *policy* di gruppo (anticorruzione, salute e sicurezza, ecc.), nonché l'autonoma adozione e implementazione di un modello organizzativo, con i rispettivi presidi di controllo. Direttive, linee guida e raccomandazioni emanate dalla capogruppo, un regolamento di gruppo per formalizzare in modo efficace il processo di direzione e coordinamento, la valorizzazione di «previsioni contrattuali volte a disciplinare i rapporti tra la capogruppo e le singole società che lo compongono (ad es. contratti di coordinamento gerarchici; contratti per prestazioni di servizi strumentali all'attività di direzione e coordinamento; rilascio di procure infragruppo per la delega di atti e/o specifiche funzioni alla controllante)»[87], sono tutti strumenti in grado di promuovere un'azione uniforme e sinergica di contrasto alla criminalità di impresa all'interno dei gruppi.

4. Il vero banco di prova resta, ad ogni modo, come una piccola impresa possa addivenire a un programma di *compliance* ben disegnato, correttamente applicato e monitorato, dunque non relegato alla mera cosmesi[88].
In via di prima approssimazione, un ruolo cardine va riconosciuto, anche in questa materia, al *principio di ragionevolezza-proporzionalità*: le misure di prevenzione dei reati devono essere ragionevoli e proporzionate alle dimensioni dell'impresa. Lo si evince anche dall'art. 7 del nostro d.lgs. 231/2001, secondo cui le cautele che compongono la trama del modello di organizzazione, gestione e controllo devono essere rapportate «alla natura e alla *dimensione* dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta»[89] (corsivo nostro)[90].
È quasi banale osservare, e del resto lo abbiamo già fatto, che le caratteristiche di una piccola impresa non possono in alcun modo essere accostate a quelle di una società di consistente complessità organizzativa, la cui struttura è in larga parte imposta dalla stessa normativa di riferimento. Di conseguenza, quanto più essenziale è l'organizzazione, tanto più semplificato sarà anche il programma di prevenzione che l'ordinamento può attendersi dal destinatario del precetto.
In una realtà ridotta esso dovrà basarsi, tendenzialmente, su principi sintetici e agevolmente fruibili e articolarsi in parti speciali limitate ai reati con maggiori probabilità di realizzazione e con eventi potenzialmente più significativi, nonché in regole comportamentali e operative ben integrate nei processi aziendali già esistenti, ricorrendo ove possibile al crisma della certificazione (specie per i sistemi gestionali nelle materie altamente "sensibili" della sicurezza sul lavoro e dell'ambiente).

---

[87] Cfr., da ultimo, P. Severino e M. Bianchini, *Imprese multinazionali e responsabilità da reato degli enti*, in F. Centonze e S. Manacorda (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti*, cit., 521 ss.
[88] Timore paventato, ad es., da S. Bartolomucci, *Sulla configurabilità*, cit., 94. Sulle problematiche attuative, cfr. anche C. Santoriello, *I Modelli organizzativi richiesti dal d.lgs. 231/2001 e PMI. Una riflessione alla luce delle indicazioni di Confindustria*, in *La resp. amm. soc. enti*, 1/2015, 179 ss.; M. Chilosi, *La responsabilità dipendente da reato e il modello 231 nelle piccole imprese. Pro e contro e prospettive di riforma*, in *La resp. amm. soc. enti*, 1/2018, 291 ss.
[89] In Spagna il principio di ragionevolezza-proporzionalità, pur non essendo affermato nel testo codicistico, è stato messo in risalto, con riferimento alle piccole imprese, dalla *Fiscalía General* nella Circolare 1/2016: «Le piccole organizzazioni potranno dimostrare il proprio impegno etico attraverso un *ragionevole* adattamento alla propria dimensione dei requisiti formali dettati dal comma 5 dell'art. 31-*bis* c.p., che consentirà loro di accreditare la propria cultura di conformità normativa, al di là del significato letterale del precetto e in coerenza con le minori esigenze che queste società hanno anche dal punto di vista contabile, commerciale e fiscale» (corsivo nostro).
[90] L'art. 7 fa riferimento ai reati che possono realizzare i c.d. sottoposti; nondimeno, afferma sul punto un principio di portata generale.

Così, sempre in linea con il parametro della proporzionalità, nei contesti organizzativi minori può ritenersi adeguato un controllo più semplice, diretto e meno formale. Inoltre, poiché la sorgente della cultura etica e della *compliance* risiede nella persona fisica al vertice, questa per certi aspetti può sprigionare una capacità di plasmare i comportamenti dei dipendenti ancora più incisiva, data la prossimità tra la *leadership* e l'operatività di base. Ciò può anche compensare la mancanza di strumenti di vigilanza più complessi e di livelli di controllo diversificati, che normalmente si trovano nelle grandi società[91].

Non si dimentichi che lo stesso d.lgs. 231/2001, all'art. 7 co. 1, valorizza la supervisione del superiore gerarchico, riconoscendo che pure la vigilanza diretta sul sottoposto, se regolarmente espletata, può condurre all'esonero da responsabilità dell'ente, sebbene in assenza di un modello di organizzazione che soddisfi tutti i requisiti richiesti dall'art. 6 in relazione ai "reati apicali" e di un organismo di vigilanza interno alla compagine sociale.

In definitiva, una piccola organizzazione è nelle condizioni di dimostrare, con sforzi molto meno assorbenti e adattando ai suoi tratti essenziali i requisiti generali del modello sanciti dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001, la stessa propensione alla conformità legale di una grande organizzazione.

Si consideri, altresì, un testo che storicamente è stato uno dei principali catalizzatori nelle strategie di responsabilizzazione e conformazione organizzativa delle società commerciali a livello internazionale: le Linee Guida elaborate per la punizione delle organizzazioni dalla *Sentencing Commission* statunitense nel 1991 e più volte aggiornate negli anni successivi (*US Federal Sentencing Guidelines for Organizations*)[92]. Le istruzioni fornite ai giudici federali per la commisurazione delle *corporate penalties* non mancano di rimarcare che le piccole organizzazioni sono tenute a un livello di impegno etico e di rispetto della legge pari a quello dei soggetti collettivi più estesi. Al contempo, però, tale documento chiarisce come dette entità possano «soddisfare i requisiti dettati dalle linee guida con minori formalità e minori risorse di quanto ci si attenderebbe dalle grandi organizzazioni. Se del caso, si può fare affidamento sulle risorse esistenti e sistemi semplificati per dimostrare un grado di impegno che, per una grande organizzazione, sarebbe dimostrabile solo mediante sistemi pianificati e implementati in modo più formale». Nel tentativo di esemplificare meccanismi di *compliance* più informali e modalità più contenute di impiego delle risorse aziendali, le linea guida elencano le seguenti tecniche di controllo interno: «(I) L'assolvimento da parte dell'autorità di governo delle proprie responsabilità di supervisione del programma di *compliance* ed etica curando direttamente gli sforzi di *compliance* ed etici dell'organizzazione; (II) la formazione dei dipendenti attraverso riunioni informali e il monitoraggio del personale mediante regolari sopralluoghi (*walk-arounds*) o l'osservazione continua nella gestione dell'organizzazione; (III) il ricorso al personale disponibile, anziché l'impiego di uno staff separato, per l'attuazione del programma di *compliance* ed etica; e (IV) la configurazione del proprio programma di *compliance* ed etica sulla base di programmi già esistenti e collaudati e delle *best practices* di altre organizzazioni analoghe»[93]. In apparenza qualcosa si perde in efficacia preventiva; in realtà si indica l'unica efficacia pensabile nel caso di specie.

---

[91] Per tutti, R. Blaiotta, *L'organismo di vigilanza: struttura, funzione e responsabilità*, in *www.sistemapenale.it*, 16.11.2021. Sulle diverse funzioni e sui diversi organi di controllo nelle società, *amplius*, A.S. Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Napoli 2020; E. Di Fiorino e C. Santoriello (a cura di), *L'organismo di vigilanza nel sistema 231*, Pisa 2021; volendo, anche V. Mongillo, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *La resp. amm. soc. enti*, 4/2015, 83 ss.; da ultimo, A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa 2022, 69 ss., 123 ss. Nella dottrina di diritto societario, cfr., per tutti, P. Montalenti *Collegio sindacale, flussi informativi e governo societario*, in *Il Nuovo Diritto delle Società* 2015, 10 ss.; L.M. Alessandro, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo delle società bancarie e non*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obblig.* 2017, 317 ss.

[92] Cfr., nella versione più recente del 2021, United States Sentencing Commission, *2021 Guidelines Manual Annotated, Sentencing of Organizations, chapter* 8, 509-553.

[93] §8B2.1 – *Effective Compliance and Ethics Program, Commentary, Application Notes*, 2(C)(iii).

Più in dettaglio, giova rammentare che qualsiasi sistema di *compliance*, anche penale, pur potendo essere variegato da infinite sfumature, ruota attorno ad alcuni capisaldi e step essenziali: 1) il c.d. *top level commitment*, vale a dire il coinvolgimento e l'impulso del vertice; 2) l'analisi e la misurazione dei rischi da gestire; 3) il disegno e la definizione delle politiche, dei protocolli e delle misure preventive e la loro implementazione; 4) la formazione, la comunicazione e i flussi informativi; 5) la vigilanza e il monitoraggio sull'attuazione del programma; 6) la revisione periodica del piano.
È chiaro che, per le piccole e medie imprese, le difficoltà maggiori riguardano lo sviluppo delle politiche e dei protocolli preventivi, nonché la sorveglianza indipendente sulla sfera decisionale apicale. Ma procediamo con ordine.
(*i*) Per quanto concerne l'*impegno del vertice*, nelle piccole aziende – grazie alla maggiore informalità dei processi decisionali – i proprietari e i gestori hanno una maggiore visibilità e capacità di fissare i valori fondanti e collettivi dell'organizzazione. Una dichiarazione per iscritto dell'impegno valoriale dell'ente, sovente di accompagnamento al *codice etico*[94], e la sua diffusione a tutti gli appartenenti, ai fornitori e agli altri contraenti non pone particolari problemi neppure in questi contesti.
(*ii*) L'*analisi* e la *misurazione dei rischi* di reato, interni ed esterni all'organizzazione, vale a dire delle aree e delle situazioni che espongono la collettività alla commissione di illeciti penali, può essere realizzata in modo efficace e realistico tanto in una grande come in una piccola impresa. Nelle entità più ridotte, la valutazione di determinati rischi criminosi, come quello di corruzione[95], è tendenzialmente più semplice, in considerazione del minor numero di dipendenti e linee gerarchiche, del più basso livello di complessità[96] e della minore mutevolezza dell'organizzazione nel corso del tempo. Tenendo conto delle priorità emergenti dall'analisi dei singoli rischi, possono essere selezionati i processi che richiedono maggiore attenzione.
(*iii*) Al di là del codice etico, che si limita a cristallizzare la carta dei valori, dei principi e delle regole comportamentali essenziali dell'ente, le *procedure* in molte piccole organizzazioni non sono formalizzate ma trasmesse informalmente tra i diversi collaboratori, in base all'esperienza e seguendo le prassi invalse all'interno. Appare, in effetti, ragionevole che in un'impresa a struttura elementare si ricorra a controlli più informali e diretti. Se la burocratizzazione fine a se stessa è sterile e persino controproducente, in un'organizzazione più snella può divenire esiziale. Così, per evitare che il motore organizzativo s'inceppi, è fondamentale far prevalere la sostanza sulla forma, l'effettività sull'adempimento.
A volte, però, la formalizzazione resta imprescindibile, almeno negli snodi decisionali e operativi esposti a conseguenze pregiudizievoli dirompenti in caso di inosservanza. La formalizzazione delle procedure, nei punti dell'attività in cui ciò appare più impellente, può anche divenire un'opportunità per razionalizzare, semplificare e sistematizzare i processi esistenti. Un protocollo scritto – per esempio in tema di donativi permessi o vietati, conflitti di interesse, sponsorizzazioni, contatti con la p.a., ecc. – può evitare incertezze e sprechi di tempo, consentendo di risolvere eventuali dubbi attraverso la semplice consultazione di un documento o interpellando i referenti aziendali in modo informale. Lo stesso discorso può farsi quando siano in gioco beni di particolare importanza, come, per esempio, nei quadranti assiologici della sicurezza sul lavoro o della sicurezza alimentare.
Anche procedure formali, del resto, possono essere redatte in maniera maggiormente semplificata e, ciò nonostante, riuscire a chiarire le responsabilità, gli obiettivi da raggiungere, i passaggi da seguire e i tempi programmati di attuazione.
Se l'impresa ha già messo in opera qualche *sistema gestionale* per specifici rischi, per esempio in materia di qualità o di salute e sicurezza sul lavoro, sarà cruciale evitare ridondanze e sovrapposizioni

[94] Si nota in Confindustria, *Linee guida*, cit., 103, che la predisposizione e l'adozione del codice etico «non desta particolari preoccupazioni e difficoltà di adattamento alle imprese di piccole dimensioni».
[95] In generale, al riguardo, cfr. C. Piergallini, *Note in tema di prevenzione del rischio-corruzione nel contesto societario*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 16.2.2021.
[96] Chiare indicazioni di metodo in Oficina Anticorrupción, Resolución 36/2019, *Guía complementaria*, cit., 17-19.

tra i diversi programmi di *compliance*: piuttosto dovrà mirarsi alla loro *integrazione*[97]. Per esempio, le procedure di approvvigionamento già esistenti possono essere arricchite per soddisfare anche le esigenze di prevenzione dei reati, prevedendo doppie firme/approvazioni, specifici flussi informativi all'OdV, esterni periodici, ecc.
Quanto al *sistema disciplinare*, se un dipendente commette un illecito 231, non fa alcuna differenza – ai fini dell'applicazione di una sanzione interna – che si tratti di impresa di dimensioni consistenti ovvero limitate.
(*iv*) La *comunicazione*, in una realtà di modeste dimensioni, può seguire cadenze prive di formalismi e più immediate, mentre la *formazione* può essere assicurata anche mediante azioni condivise, come manuali, programmi informativi, corsi telematici o in presenza.
Del pari, i *canali di segnalazione* degli illeciti possono essere messi in funzione, con alcuni accorgimenti, tanto in una grande impresa quanto in una piccola realtà. Eventualmente, nelle PMI «si potrebbe considerare un canale inizialmente abilitato all'utilizzo da parte del personale interno e che, in una fase successiva, potrebbe essere esteso a terzi. Nelle aziende con poco personale, concentrato nella stessa sede, possono essere utilizzate alternative come una politica della "porta aperta" e l'accesso diretto da parte di proprietari, amministratori o datori di lavoro, che sia adeguatamente comunicato, agevolando una discussione franca sui temi sensibili»[98].
(*v*) Resta l'altro serio ostacolo all'implementazione di un adeguato programma di *compliance* in una media e *a fortiori* in una piccola impresa: la *vigilanza sull'attuazione del modello*.
Lo stesso legislatore non si è nascosto il problema, se – come si è già più volte notato – ha inteso riservare agli enti di piccole dimensioni una disposizione speciale (art. 6 co. 4 d.lgs. 231/2001), che ammette lo svolgimento diretto delle funzioni di vigilanza da parte dello stesso soggetto chiamato ad adottare il modello[99], vale a dire l'organo dirigente, che di norma sarà – in queste organizzazioni – monocratico[100].
Tuttavia, gli scogli operativi non possono essere ignorati e la quadratura del cerchio rimane tutt'altro che agevole sul piano dei costi e dell'efficacia del monitoraggio.
A prescindere dal venir meno del necessario dualismo tra controllore e controllato (*quis custodiet ipsos custodes?*)[101], che priverebbe l'ente di qualsiasi paracadute nei casi in cui un reato sia compiuto dal vertice decisionale, è difficile che gli organi amministrativi delle imprese a base dimensionale ridotta dispongano di una formazione adeguata e del tempo sufficiente per assicurare una sorveglianza efficace sul programma di *compliance*.
In alternativa, l'organo gestionale di vertice di una piccola impresa potrebbe decidere di istituire un organismo di vigilanza *ad hoc* (monosoggettivo), normalmente ricorrendo a un professionista esterno

---

[97] Sulla tendenza all'integrazione dei modelli di *compliance* nella prassi aziendale, anche A. Gullo, *I modelli organizzativi*, cit., 284 ss. V., altresì, Confindustria, *Linee guida*, cit., 42 ss., sulla opportunità di un sistema integrato di gestione dei rischi.
[98] Oficina Anticorrupción, Resolución 36/2019, *Guía complementaria*, cit., 35.
[99] Analoga norma ritroviamo nell'art. 31-*bis* del *código penal* spagnolo, che però ha anche cura di fornire una definizione di imprese di piccole dimensioni, descritte come quelle che «estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada» (il riferimento è, evidentemente, all'art. 258, comma 1, del RDL 1/2010 del 2 luglio di approvazione della *Ley de Sociedades de Capital*, secondo cui possono redigere un conto economico abbreviato le società che, per due esercizi consecutivi, alla data di chiusura di ciascuno di essi, soddisfano almeno due delle seguenti condizioni: a) il totale delle voci dell'attivo non supera undici milioni e quattrocentomila euro; b) l'importo netto del fatturato annuo non supera ventidue milioni e ottocentomila euro; c) il numero medio di dipendenti impiegati durante l'esercizio non supera duecentocinquanta unità). Infatti, l'art. 31-*bis*, comma 3, stabilisce che, per queste imprese di *pequeñas dimensiones*, le funzioni di vigilanza proprie dell'organo che supervisiona e controlla internamente il modello di prevenzione possono essere svolte direttamente dall'*órgano de administración* della persona giuridica. Cfr., sul punto, B.J. Feijoo Sánchez, *Los requisitos del art. 31*-bis, in M. Bajo Fernández, B. Feijoo Sánchez e C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., 85; C. Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad de la persona jurídica*, ivi, 199 ss.
[100] Per questa soluzione, purché le funzioni non siano affidate a un dipendente interno, da ultimo, R. Rordorf, *L'Organismo di vigilanza nel quadro del d.lgs. n. 231/2001*, in *Le soc*. 2022, 13.
[101] Cfr., per tutti, A. Valenzano, *L'illecito dell'ente*, cit., 92 ss.

all'altezza del ruolo, piuttosto che a un dipendente interno investito del compito – verosimilmente – a tempo parziale. Non di rado, infatti, un ente di piccola caratura si troverebbe nella condizione di non avere alcuna figura interna autorevole e competente oppure – anche se in possesso del *know-how* necessario – non sufficientemente indipendente nei confronti del soggetto o dei soggetti apicali[102].
Lo spettro delle possibili soluzioni potrebbe includere anche l'assegnazione delle funzioni di OdV all'organo di controllo societario, se presente nell'ente in base alla legge (art. 6 co. 4-*bis*), a singoli soci o comitati di soci, o in subordine a un amministratore connotato da maggiore indipendenza, ovviamente quando l'organo amministrativo sia collegiale. Ma anche in queste ultime evenienze, per ovviare alla fisiologica carenza di competenze specialistiche in materia di *compliance*, difficilmente il soggetto incaricato potrà fare a meno del supporto di professionisti esterni, come avvertono pure le Linee Guida di Confindustria[103]. In alcuni ambiti di rischio, inoltre, il ricorso, a cadenze adeguate, ad *auditor* esterni potrebbe essere ritenuto funzionalmente equivalente all'esistenza di un presidio interno di vigilanza.

5. Come affrontare, allora, il nodo principale della *compliance* penale nella piccola o media impresa, vale a dire la sostenibilità dei costi ad essa connessi, affinché non pregiudichino la redditività aziendale?
Gettiamo dapprima luce su un profilo che potrebbe restare nell'ombra. Gli investimenti in prevenzione nelle realtà minori sono, per forza di cose, inferiori rispetto a quelli richiesti alle organizzazioni più grandi e strutturate; tuttavia, la riduzione delle spese non è affatto proporzionale all'elemento dimensionale. Pesano gli oneri fissi della *compliance*, che in una realtà più vasta e articolata possono essere spalmati realizzando "economie di scala" e riducendone l'incidenza relativa. Si pensi al lavoro richiesto dal c.d. *risk assessment*, che include interviste, questionari, analisi di documenti, elaborazione di dati e casistiche di illecito. Nelle grandi organizzazioni gli stessi procedimenti analitici possono essere ripetuti in modo seriale per aree omogenee. Passare al vaglio un campione di una certa tipologia di procedimenti può bastare a restituire una misurazione attendibile del livello di rischio-reato inerente. Invece, nelle realtà minori, gli esborsi relativi all'esecuzione di questi processi, connotati da minore ricorsività orizzontale, possono risultare sproporzionati rispetto alla consistenza dell'impianto organizzativo.
Allo stesso modo, anche l'elaborazione di un codice etico e di protocolli di *compliance*, l'allestimento di canali di *whistleblowing*, il ricorso ad *auditor* o certificatori esterni non comportano costi proporzionalmente inferiori in una realtà di 10 dipendenti rispetto a un'altra di 500 o di 1000: in altre parole, gli esborsi – negli esempi – non sono pari a un cinquantesimo o a un centesimo[104].
Pertanto, per accrescere l'attrattiva della *compliance* nelle realtà di dimensioni ridotte, sarebbe opportuno mettere in atto *strategie di contenimento dei costi*. Ma quali?
(*i*) Una prima possibile metodica si sostanzia nella *standardizzazione*, più facile da ricercare proprio nelle piccole imprese rispetto a quelle più complesse e sofisticate.
Ovviamente, non è plausibile un sistema "omologato", universalmente valido o replicabile in modo pedissequo in tutte le aziende di un certo segmento dimensionale o comparto produttivo. Nondimeno, le imprese più elementari hanno caratteristiche organizzative tendenzialmente più affini, che consentono un maggiore livellamento. La differenziazione può al più riguardare il settore merceologico: un laboratorio sanitario, per fare un esempio, ha rischi differenti rispetto a un'impresa di trasporti, un'azienda agricola o una società edile.

---

[102] Si pensi, ad esempio, alla scelta di accorpare le funzioni di OdV e di *internal auditing*, che la ricerca empirica ha segnalato come soluzione adottata da qualche banca di piccole dimensioni: cfr. O. Capolino, E. Consigliere, L. Droghini e G. Neri, *L'applicazione del d.lgs. n. 231/2001*, cit., 113, i quali giustamente osservano che pure «tale scelta andrebbe ponderata in relazione agli orientamenti giurisprudenziali che considerano un sintomo di scarsa indipendenza anche il legame di dipendenza funzionale dagli organi sociali».
[103] Confindustria, *Linee guida*, cit., 103.
[104] Per spunti simili, cfr. anche J.A. Lascuraín Sánchez, *È possibile la* compliance *nella PMI?*, cit.

Il legislatore italiano ha già inaugurato la strada della modellizzazione semplificata nel campo della salute e sicurezza sul lavoro, un ramo che vanta un consolidamento scientifico-esperienziale di più lungo corso[105]. Ai sensi del comma 5-*bis* dell'art. 30 del d.lgs. 81/2008, «la commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro elabora procedure semplificate per la adozione e la efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese. Tali procedure sono recepite con decreto del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali». La suddetta Commissione ha dato seguito a tale *input* legislativo il 27 novembre 2013[106], mentre risale al 13 febbraio 2014 il decreto di recepimento del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Il documento non manca di fornire utili indicazioni, anche di natura pratica, su come confezionare i modelli, tanto più che gli allegati tracciano diversi metodi di controllo delle misure adottate, secondo lo schema delle *check list*. Qualche motivo di perplessità, nondimeno, resta. Da un lato, le istruzioni fornite invitano la direzione aziendale delle società a soppesare sia le necessità organizzativo-gestionali che i costi del modello; dall'altro lato, appaiono contenutisticamente non del tutto appaganti, se rapportate alla capacità organizzativa delle imprese minori; in breve, lo scopo di semplificazione non pare pienamente ottenuto, a conferma della difficoltà di raggiungere un punto di equilibrio. Per vero, però, l'*output* era pesantemente condizionato dalla cornice legislativa monocorde (cfr. art. 30 d.lgs. 81/2008) in cui dovevano essere calate le procedure "agevolate".

Anche i principali standard gestionali delineati a livello internazionale nei più svariati campi – come l'anticorruzione, la protezione ambientale, la prevenzione dello sfruttamento lavorativo e degli infortuni sul lavoro – sono potenzialmente onnilaterali. Infatti, le istruzioni fornite, per loro natura flessibili e aperte a vari possibili adattamenti, sono concepite per essere implementate in qualsiasi organizzazione, a prescindere dal numero di occupati e dal fatturato.

Può pensarsi al *Global Compact* delle Nazioni Unite[107], che mira a incoraggiare tutte le aziende – a prescindere dalla loro dimensione e collocazione geografica – ad adottare politiche sostenibili, rispettose della responsabilità sociale d'impresa e in grado di rendere pubblici i risultati delle azioni intraprese.

---

[105] Cfr. M. Colacurci, *L'illecito "riparato" dell'ente Uno studio sulle funzioni della* compliance *penalistica nel d.lgs. n. 231/2001*, Torino 2022, 239, che invece sottolinea – richiamando anche il pensiero di C. Santoriello – l'estrema difficoltà di prevenire reati dolosi del vertice di un'impresa che sia gestita secondo modelli padronali.

[106] *www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/salute-e-sicurezza/focus-on/commissione-consultiva-permanente/Documents/Documento27novembre2013-procedure-semplificate-MOG.pdf*. Il perimetro soggettivo è individuato nel documento, in linea con l'art. 30 co. 5-*bis* d.lgs. 81/2008, nelle piccole e medie imprese, come definite nella raccomandazione europea e nel d.m. del 18.4.2005. Si precisa, però, che l'adozione ed efficace attuazione – di per sé non obbligatorie – di un modello della salute e sicurezza in linea con i requisiti dettati dall'art. 30 co. 1-4, «dipendono della complessità dell'organizzazione aziendale più che della sua dimensione», sicché «le procedure semplificate dovranno essere attuate tenendo conto di tali peculiarità».

[107] Cfr. il modello di gestione disegnato in seno al *Global Compact* delle Nazioni Unite.

Importante è anche il ruolo orientativo e conformativo svolto dalle varie norme ISO[108], a partire da quelle di ultima generazione che adottano la "struttura HSL" (*High Level Structure*)[109], studiata dalla *International Organization for Standardization* per migliorare l'allineamento tra le varie norme internazionali relative ai sistemi di gestione (*management systems*). Ovviamente, la duttilità ed estrema elasticità dei criteri e delle indicazioni fornite favorisce la capacità di adattamento alle diverse realtà.

Questi predicati sono ben visibili anche nella *ISO 37301:2021*, ultimo prodotto del comparto *governance* aziendale. Essa riguarda, in generale, i sistemi di gestione per la *compliance* interna alle organizzazioni e – come di consueto – fornisce istruzioni anche alle entità collettive minori. La norma è stata pubblicata ad aprile 2021, e poi adottata nel luglio dello stesso anno in Italia da UNI (*Sistemi di gestione per la compliance – Requisiti con guida per l'utilizzo*)[110], segnando il trapasso dalla Linea guida ISO 19600:2014, che – quale "norma di tipo B" – si limitava a indicare criteri e principi a sfondo generale, a un sistema di gestione di "tipo A", che delinea in maniera prescrittiva requisiti e componenti del sistema di *compliance*, rendendolo certificabile. Di conseguenza, le organizzazioni interessate potranno ottenere evidenza, grazie alla valutazione esterna di una terza parte indipendente, della conformità del sistema rispetto alla norma di riferimento, con emissione del relativo certificato.

Grande risonanza ha destato, sempre nel comparto *governance*, la *ISO 37001:2016*[111], in tema di sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione. Infatti, pure quest'ultima norma internazionale contiene requisiti ideati per essere applicati a tutte le organizzazioni (o parti di organizzazioni) indipendentemente dal tipo, dalle dimensioni e dalla natura dell'attività, sia nel settore pubblico, sia in quello privato o del no profit. Nella *Guida sull'utilizzo del documento*, nel declinare i criteri di "ragionevolezza" e "appropriatezza" (A.3)[112], si osserva, in generale, che «Le misure non possono essere così esose, onerose e burocratiche da renderle insostenibili o da bloccare

---

[108] Sulle sinergie tra la disciplina 231 e le normative tecniche di settore, e il ruolo che queste possono svolgere nel vaglio giudiziale di idoneità del modello organizzativo, cfr., da ultimo, P. Fimiani, N. Selvaggi, A. Matonti, A. Quattrociocchi e G. Morgante, *Individuazione di standard di prevenzione del rischio e regole di* compliance *nel giudizio sul d.lgs. n. 231/*2001, in F. Centonze e S. Manacorda (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti*, cit., 416 ss. e 419 ss.; nonché, volendo, V. Mongillo, *La colpa di organizzazione*, cit., 729 s. In generale, su quest'ultima questione, centrale per la tenuta del sistema 231, cfr., per tutti, G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano 2008, 172 ss.; C. Piergallini, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*[2], Milano 2010, 153 ss.; G. Fidelbo, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Le soc*. 2011, 55 ss.; F. D'Arcangelo, *I canoni di accertamento della idoneità del Modello Organizzativo nella giurisprudenza*, in *La resp. amm. soc. enti* 2011, 129 ss.; A. Fiorella, *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della "pratica"*, in A.M. Stile, V. Mongillo e G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli 2013, 359 ss.; V. Mongillo, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione* ex *d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La resp. amm. soc. enti* 2011, 69 ss.; M. Colacurci, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *DPenCont*, 2/2016, 66 ss.; V. Manes e A.F. Tripodi, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. Centonze e M. Mantovani (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna 2016, 137 ss.; S. Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *RTDPE* 2017, 49 ss.; E. Pezzi, *La* vexata quaestio *dell'idoneità ed efficacia dei MOG fra prospettive di riforma e fonti delle regole cautelari*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 8.10.2021. Nella manualistica, per tutti, N. Mazzacuva e E. Amati, *Diritto penale dell'economia*[5], Padova 2020, 52 ss.; A. Gullo, *I modelli organizzativi*, cit., 254 ss., 267 ss., 272 ss. Nella produzione monografica, con accurata analisi comparatistica, R. Sabia, *Responsabilità da reato*, cit., 127 ss., 273 ss.

[109] Queste norme ISO prevedono un'articolazione in 10 punti organizzati secondo il classico ciclo di Deming (PDCA: Plan, Do, Check, Act).

[110] La nuova norma rappresenta l'architrave di un emergente *corpus* normativo sulla *governance* delle organizzazioni, sviluppato dal Comitato Tecnico internazionale ISO/TC 309 (*Governance of organizations*), che offre alle imprese i parametri oggettivi in base ai quali costruire e implementare anche i sistemi di *corporate governance* (ISO 37000:2021), *anti-bribery* (ISO 37001:2016) e *whistleblowing* (ISO 37002:2021).

[111] Versione italiana, UNI ISO 37001, *Sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione. Requisiti e guida all'utilizzo*, dicembre 2016.

[112] La lettera "A" nella norma fa riferimento alle diverse sezioni dell'"Appendice".

l'attività commerciale, né possono essere così semplici e inefficaci da consentire facilmente atti di corruzione» (A.3.1), cosicché «la qualifica di "ragionevole e appropriata" è stata introdotta nel presente documento in modo da consentire di giudicare ogni circostanza nel merito specifico» (A.3.2). Circa il fattore dimensionale, si chiarisce che «Un'organizzazione multinazionale molto grande potrebbe necessitare di affrontare diversi strati di gestione e migliaia di membri del personale. Il suo sistema di gestione per la prevenzione della corruzione in genere dovrà essere ben più dettagliato di quello di una piccola organizzazione con poco personale» (A.3.3.a).
Più nello specifico, l'elemento dimensionale si ripercuote su tutte le fasi del processo di gestione dei rischi.
Già rispetto alla valutazione iniziale dei rischi, la norma evidenzia che «una piccola organizzazione con sede in un unico luogo con controlli gestionali centralizzati nelle mani di poche persone può darsi che sia in grado di controllare il proprio rischio di corruzione più facilmente di un'organizzazione molto grande con una struttura decentrata operante in molti luoghi» (A.4.1.b).
Si prende atto che nelle organizzazioni più piccole l'organo direttivo di vertice non è separato dalla direzione esecutiva (alta direzione) (A.5.2) e che la funzione di conformità (*compliance officer*), ove esistente, è ricoperta di norma da «una sola persona a cui è affidata la responsabilità a tempo parziale e che coniuga tale responsabilità con altre responsabilità» (A.6.1), a differenza delle grandi organizzazioni, dove è probabile che la funzione sia assunta a tempo pieno da diverse persone. Ciò rende più impervio assicurare l'"indipendenza" del controllore, intesa come assenza di coinvolgimento nelle attività dell'organizzazione esposte al rischio di corruzione; ci si limita così a fare appello all'accortezza dei singoli: «La persona appropriata dovrebbe fare tutto quanto nelle sue possibilità per separare le altre responsabilità dalle sue responsabilità di conformità in modo da essere imparziale» (A.6.2.d).
Nel documento in discorso non si manca di rimarcare l'influenza del parametro dimensionale anche sulle *risorse* necessarie all'implementazione del sistema di *compliance* (A.7), sulle formalità e l'entità della *formazione* richiesta (A.9.2)[113], sui *controlli finanziari* da attuare per ridurre il rischio di corruzione (A.11), sulle *indagini* e la gestione di episodi di corruzione (A.18.3) e sugli *audit* interni (9.2).
In alcuni Paesi, del ruolo di guida e standardizzazione per l'implementazione di programmi di *compliance* penale da parte delle PMI si sono fatte carico anche le *agenzie regolatorie pubbliche*, per esempio quelle in materia di anticorruzione. Di particolare salienza, sotto questo profilo, è la dettagliata guida emanata in Argentina, il 12.11.2019, dalla *Oficina Anticorrupción*[114], sulla *implementación de Programas de Integridad de PyMEs*, che prende a riferimento il Patto Globale dell'ONU e i principali standard internazionali in tema di anticorruzione.
Meritevoli di attenzione sono anche gli indirizzi forniti da organizzazioni private come la Camera Internazionale di Commercio[115], che ha adottato nel 2017 un *Business Integrity Compendium*, che include un capitolo concernente l'*Anti-corruption Third Party Due Diligence Guide for SMEs*, inizialmente lanciato nel 2015[116].

[113] Si spiega, al riguardo, che la formazione «può essere svolta come modulo online o con metodi frontali (per esempio sessioni in classe, seminari, discussioni in tavole rotonde tra i membri interessati del personale o tramite sessioni individuali). Il metodo di formazione è meno importante del risultato, che dovrebbe consistere nel fare comprendere a tutti i membri del personale interessati le tematiche» pertinenti.
[114] Oficina Anticorrupción, Resolución 36/2019, *Guía complementaria*, cit. Tale Guida integra quella generale emanata con risoluzione n. 27/2018, *Lineamientos de integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley 27.401 de responsabilidad penal de personas jurídicas*.
[115] Si tratta dell'organizzazione privata rappresentativa a livello mondiale di tutti i settori dell'attività imprenditoriale.
[116] Commission on Corporate Responsibility and Anti-corruption, *ICC Business Integrity Compendium*, 2017, 107 ss. L'edizione del 2015 è reperibile sul sito *https://iccwbo.org/publication/icc-anti-corruption-third-party-due-diligence*.

(*ii*) Il secondo possibile percorso per limitare i costi della gestione del rischio-reato nelle realtà più piccole consiste nello sviluppo di *programmi e procedure informatiche* di ausilio alla *compliance* organizzativa.
Gli strumenti informatici potrebbero includere video informativi sui contenuti essenziali del d.lgs. 231/2001 e gli elementi cardine del modello di organizzazione. Potrebbero fornire, altresì, questionari e *check list* facilmente utilizzabili per misurare e valutare l'entità del rischio di commissione di reati insito in ciascun processo aziendale, alla luce del sistema di controllo eventualmente già in atto. Potrebbero, infine, suggerire le misure contenitive dei rischi identificati, a seconda del livello calcolato e dei controlli esistenti.
In luogo di un programma strutturato, nelle micro e piccole imprese può ipotizzarsi il ricorso a un piano di comunicazione implementato mediante sistemi automatizzati che generino per esempio l'emissione periodica di e-mail a ciascun componente dell'organizzazione, calibrate sulle specifiche mansioni, per ricordare obblighi e divieti comportamentali collegati al modello approvato dall'impresa e assicurando, parallelamente, la registrazione delle ricezioni e delle letture dei messaggi. In imprese di medie dimensioni può, invece, ipotizzarsi un piano di azione e monitoraggio più strutturato che l'organismo di vigilanza, eventualmente anche monocratico (v. *supra* § 4, *sub v*), sarà chiamato ad attuare.
Anche la diffusione di tecnologie e algoritmi di intelligenza artificiale[117], se resi finanziariamente alla portata delle piccole e medie entità imprenditoriali, potrebbe accrescere la capacità di allinearsi agli obblighi di legge e alle istanze normative, non senza ricadute sul giudizio di esigibilità, in capo all'ente, di condotte organizzative conformi.
(*iii*) Un ulteriore percorso per abbattere i costi della *compliance* nelle PMI è rappresentato da *azioni collettive* e *iniziative multipartecipative* di sensibilizzazione e supporto, con il contributo di associazioni di categoria e ONG, nazionali e internazionali, anche in cooperazione con le autorità pubbliche. Tali azioni possono essere generali o limitate a singoli settori produttivi e concorrere comunque al livellamento – per così dire – del *compliance playing field*, consentendo di potenziare l'azione preventiva di soggetti che, agendo isolatamente, potrebbero trovarsi in una posizione di svantaggio[118].
Le piccole realtà, così, potrebbero fare rete per condividere conoscenze e avvalersi di servizi centralizzati di *whistleblowing* e canali di segnalazione gestiti – anche attraverso strumenti informatici – da comitati o team di esperti delle associazioni di categoria, le quali potrebbero altresì farsi carico delle investigazioni interne, almeno in presenza di significative violazioni dei modelli aziendali, potenzialmente in grado di comportare una responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001 per l'ente coinvolto.
Anche le esigenze di controllo e monitoraggio sull'attuazione e la funzionalità del modello potrebbero essere soddisfatte, perlomeno in una certa misura, da gruppi di specialisti (giuristi e *auditor*) messi a disposizione dalle associazioni di categoria.

---

[117] Sulla c.d. *compliance* penale digitale, cfr., all'interno di una letteratura che sta già crescendo esponenzialmente, E. Birritteri, Big Data Analytics *e* compliance *anticorruzione*. *Profili problematici delle attuali prassi applicative e scenari futuri*, in *DPenCont*, 2/2019, 289 ss.; C. Burchard, *Digital Criminal Compliance*, in M. Engelhart, H. Kudlich e B. Vogel (a cura di), *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention: Festschrift für Ulrich Sieber zum 70*, vol. II, Berlin 2021, 741 ss.; M. Di Florio, *Uno sguardo oltre la* compliance *231:* digital criminal compliance *e rischio di infiltrazioni mafiose nelle imprese*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 7.6.2022; G. Morgante e G. Fiorinelli, *Promesse e rischi della* compliance *penale digitalizzata*, in *www.archiviopenale.it*, 2/2022, 1 ss.; A. Nisco, *Riflessi della* compliance *digitale in ambito 231*, in *www.sistemapenale.it*, 14.3.2022; S. Preziosi, *Responsabilità da reato degli enti e intelligenza artificiale*, in *La resp. amm. soc. enti*, 4/2020, 173 ss.; N. Selvaggi, *Dimensione tecnologica e* compliance *penale: un'introduzione*, in L. Luparia, L. Marafioti e G. Paolozzi (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Torino 2019, 217 ss.
[118] Cfr., in tal senso, anche l'art. 14.4 della "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937", già citata nel testo (§ 3, *sub* c).

Già proliferano, al riguardo, le applicazioni informatiche e i *toolkit* offerti gratuitamente alle PMI da enti pubblici o privati. Tutti questi *framework* presentano differenze negli elementi di dettaglio, ma si basano sugli stessi consolidati principi di controllo.
A livello internazionale, il G20 e il B20 hanno pubblicato nel 2015 il documento "*Anti-Corruption Toolkit for Small and Medium Sized Companies*"[119]. Anche l'Ocse nel 2022 ha elaborato il documento "*Toolkit for raising awareness and preventing corruption in SMEs*", che valuta i rischi di corruzione (latamente intesi: *corruption*, non solo *bribery*) per le piccole e medie imprese (PMI) e offre uno strumento di sensibilizzazione sull'importanza dell'adozione di misure anticorruzione[120].
Tra le organizzazioni internazionali non governative, il *Business Integrity Forum*, organizzato da Transparency International, ha elaborato il *PMI Business Integrity Kit*, che aiuta le PMI a contrastare la corruzione a livello nazionale[121]. Anche l'iniziativa globale di supporto alle imprese impegnate nella lotta alla corruzione, denominata *Alliance for Integrity*, ha predisposto un'applicazione gratuita[122] e un *toolkit* per le PMI reperibile sul suo sito web istituzionale[123]. Entrambi gli strumenti tengono conto della *best practice* internazionale, nonché delle pronunce giudiziali e delle linee guida predisposte in diversi Paesi.
A *livello nazionale*, merita di essere segnalata l'iniziativa dell'Unione italiana delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura (Unioncamere)[124], che, in collaborazione con la Camera di Commercio europea, ha pubblicato nel 2017 un *kit* online di strumenti per aiutare le piccole e medie imprese a prevenire e contrastare fenomeni corruttivi (*C-Detector*[125], anche noto come *Anti-Corruption Toolkit for SMEs*), co-finanziato dal Fondo Sicurezza Interna dell'Unione Europea[126]. L'iniziativa mira a consentire alle PMI l'autovalutazione del grado di rischio di incorrere in pratiche corruttive, attraverso un questionario di circa trenta domande. Al contempo, tale congegno fornisce indicazioni sulle misure di "autodifesa" e risposte concrete per attivare gli strumenti di contrasto. Le raccomandazioni agli imprenditori vanno da indicazioni semplici, come il divieto di ricevere singolarmente un pubblico ufficiale per scoraggiare richieste corruttive, a misure molto più strutturate, come l'implementazione di un codice etico aziendale e relative regole/procedure comportamentali. Il *toolkit* è basato sull'analisi e sullo studio del fenomeno della corruzione nei confronti delle PMI, nei suoi meccanismi di natura sociale, economica o culturale, anche al fine di evidenziare – attraverso un'analisi comparativa degli schemi corruttivi in Italia, Serbia e Romania – l'esistenza di fattori o dinamiche trasversali comuni ovvero di determinanti legate a specificità territoriali.

---

[119] *https://baselgovernance.org/sites/default/files/2020-04/B20-G20%20Anti-corruptionToolkit%20for%20SMEs%202015.1.pdf*.
[120] OECD, *Toolkit for raising awareness and preventing corruption in SMEs*, OECD Business and Finance Policy Papers, Paris, *https://doi.org/10.1787/19e99855-en*. Il documento si basa sui dati raccolti mediante la ricerca ed interviste con PMI, organizzazioni imprenditoriali e professionisti legali nei Paesi aderenti alla Convenzione OCSE contro la corruzione e altri; l'obiettivo è promuovere iniziative per sostenere le PMI nella prevenzione delle patologie corruttive. Al tema della prevenzione della corruzione nelle piccole e medie imprese accenna anche la OECD *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Oficials in International Business Transactions*, ult. ed. del 26.11.2021: dopo aver sottolineato l'importanza che le organizzazioni imprenditoriali e le associazioni professionali incentivino e assistano soprattutto le PMI a sviluppare programmi o misure interni di controllo, etica e conformità al fine di prevenire e individuare i casi di corruzione internazionale (§ XXIII.C.ii), si riconosce nell'Annex II, *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance* che tale principio deve essere applicato in modo flessibile nei confronti di esse.
[121] *http://businessintegrity.transparency.it/pmi_integrity_kit*.
[122] *www.theintegrityapp.com*.
[123] *www.allianceforintegrity.org*.
[124] Com'è noto, si tratta dell'ente pubblico che rappresenta il sistema camerale italiano nei confronti degli organi di governo territoriale, nazionale e internazionale.
[125] *http://www.c-detector.eu*.
[126] *http://images.vc.camcom.it/f/promozioneinternazionalizz/89/8945_CCIAAVC_1712019.pdf*. Peraltro, il *tool* appare focalizzato sulla corruzione domestica, non occupandosi anche del rischio di corruzione internazionale: lacuna notata anche da Oecd, Working Group on Bribery, *Phase 4 Report, Italy*, cit., 82.

(*iv*) Un'altra leva cruciale per promuovere la *compliance* nelle PMI potrebbe essere l'uso di *incentivi finanziari pubblici*, in varie forme: detrazioni fiscali, finanziamenti e sussidi *ad hoc* per la redazione dei modelli 231, ecc.
Politiche di incentivazione sono già in atto in comparti cruciali come la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro. Forse molte imprese di piccole dimensioni ancora non hanno piena contezza dell'opportunità offerta dall'art. 30 co. 6 del d.lgs. 81/2008 (rubricato "*Attività promozionali*"), a mente del quale «l'adozione del modello di organizzazione e di gestione di cui al presente articolo nelle imprese fino a 50 lavoratori rientra tra le attività finanziabili ai sensi dell'articolo 11».
L'opportunità di attingere ai finanziamenti pubblici per la stesura e l'attuazione dei modelli in materia antinfortunistica *ex* art. 30 del d.lgs. 81/2008, e *de lege ferenda* dell'intero modello di *compliance* penale previsto dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001, potrebbe minimizzare i costi soprattutto nella fase iniziale del processo d'implementazione e indurre molte imprese a far propria la filosofia della *compliance* preventiva.
L'importanza del sostegno finanziario pubblico alle PMI è riconosciuta anche dalla già evocata proposta di direttiva sul dovere di diligenza delle imprese, nel delineare "misure di accompagnamento" a beneficio degli attori disseminati lungo le catene globali del valore, indirettamente interessati dagli obblighi di nuovo conio. L'art. 14.2 prevede, infatti, che «fatte salve le norme in materia di aiuti di Stato applicabili, gli Stati membri possono erogare sostegno finanziario alle PMI»[127].
In aggiunta, potrebbero essere escogitate anche forme più innovative di incentivazione economica della *compliance*: volendo formulare qualche ipotesi, perché non pensare a quote di contrattazione pubblica da riservare alle PMI più virtuose sul piano organizzativo?
(*v*) Un'ultima possibilità consiste nell'imporre misure di sostegno e ausilio alle grandi società che governano e rappresentano il terminale delle catene di approvvigionamento o del valore.
Punta su questa soluzione, ad esempio, la più volte citata proposta di direttiva UE relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, come si evince dall'art. 7.2 lett. *d* che pone a carico delle società rientranti nel perimetro applicativo della disciplina anche l'obbligo di «offrire sostegno mirato e proporzionato […] qualora il rispetto del codice di condotta o del piano operativo di prevenzione metta a repentaglio la sostenibilità economica» del piccolo partner commerciale. Inoltre, il comma 4 stabilisce, da un lato, che «quando le garanzie contrattuali sono ottenute da una PMI o il contratto è concluso con una PMI, sono previste condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie», e, dall'altro, che «se le misure di verifica della conformità sono attuate per una PMI, i costi della verifica di terzo indipendente sono a carico della società» obbligata.
È una strada percorribile ma più rischiosa delle misure di sostegno pubbliche. L'ipotetico sollievo per le aziende minori potrebbe avere un effetto *boomerang*: i maggiori costi di *compliance* potrebbero indurre le grandi imprese a internalizzare attività prima affidate a piccoli fornitori e subfornitori, con il risultato di aggravarne le difficoltà economiche o persino di tagliarli fuori dal mercato.

6. Volendo tirare le fila delle considerazioni svolte, va anzitutto ribadito che non appare ragionevole escludere in blocco un certo segmento imprenditoriale-produttivo dal novero dei destinatari del d.lgs. 231/2001, annettendo valore dirimente al fattore dimensionale. Sono possibili, sul piano dei requisiti della responsabilità e della risposta sanzionatoria, soluzioni politico-criminali più flessibili e ragionevoli che tengano conto della platea di riferimento, sterminata ed estremamente variegata al suo interno.

[127] Gli Stati membri dovrebbero fare la loro parte anche mediante l'allestimento e la gestione di «siti web, piattaforme o portali dedicati per informare le società e i partner con cui queste intrattengono un rapporto d'affari consolidato nella rispettiva catena del valore ed assistere entrambi nelle iniziative volte ad adempiere agli obblighi derivanti dalla presente direttiva. Particolare attenzione è prestata in quest'ambito alle PMI che intervengono nelle catene del valore delle società» (art. 14.1).

Passando al fulcro di questo contributo, abbiamo cercato di evidenziare come, grazie ad accorgimenti mirati, un modello di *compliance* penale possa assicurare vari benefici – legali, gestionali, contrattuali, reputazionali – anche a una piccola o media impresa, senza per questo inghiottire risorse eccessive o richiedere inutile burocrazia.
Se è vero che "sapere è potere", il principale scoglio per l'attuazione della *compliance* nelle realtà aziendali minori resta di carattere euristico. Il primo quesito che andrebbe posto in qualsiasi indagine empirica ai rappresentanti delle PMI è se conoscono il d.lgs. 231/2001. Non è una domanda oziosa. Lo rivela anche una ricerca condotta nel Regno Unito nel 2015, a cinque anni dall'entrata in vigore del *Bribery Act 2010*, la quale ha dimostrato che due terzi delle PMI inglesi avevano contezza dell'esistenza della nuova disciplina, ma l'81% degli interpellati era convinto che si applicasse esclusivamente oltrefrontiera. Inoltre, tre quarti del campione erano del tutto ignari della Guida emessa dal *Ministry of Justice* nel marzo del 2011 per l'elaborazione dei piani di prevenzione della corruzione[128].
Sicuramente, l'iperregolazione multilivello e il flusso frenetico e alluvionale degli *input* normativi non agevolano l'attenzione e la conoscenza dei destinatari. Ciò è tanto più vero per le imprese più piccole, che incontrano gli ostacoli maggiori nell'attingere al sapere specialistico.
Da tutto ciò discende la scarsa diffusione della cultura del controllo interno nelle PMI, che il più delle volte restano ancorate all'idea secondo cui i programmi di conformità siano fonte di una burocratizzazione sterile e troppo onerosa. Non v'è dubbio che un certo pessimismo possa insinuarsi anche nelle imprese di maggiori dimensioni; ma nelle imprese minori è sicuramente più intensa la sensazione che la strategia in esame possa condurre su vie anguste e quasi impercorribili.
È dunque cruciale modificare, anche nelle PMI, la percezione che si ha della *compliance*: senza un innalzamento culturale e un forte coinvolgimento emotivo delle persone, l'obiettivo non potrà mai essere raggiunto in modo appagante.
Ci si deve convincere che un sistema organizzativo percorribile e ben implementato serve *in primis* a migliorare i processi interni, rendendoli più efficienti, e a ridurre gli sprechi a tutela del *business*[129]. Un buon *risk assessment* può servire a censire criticità e difetti operativi e ottimizzare i costi. Inoltre, riservarsi – nel fluire turbinoso dell'operatività aziendale – degli spazi per riesaminare i processi esistenti e ascoltare la voce dei dipendenti e degli *stakeholders* può aiutare ad accrescere la fiducia interna ed esterna, conoscere meglio l'azienda e far affiorare idee innovative e opportunità di miglioramento dei processi, che poi potranno essere integrate nelle procedure aziendali.
Per diffondere la cultura della *compliance* nelle PMI, occorrerebbe maggiore proattività e coinvolgimento anche delle autorità pubbliche nel sensibilizzarle sull'importanza dell'attività di prevenzione di illeciti mediante un'adeguata organizzazione (*compliance programs*, codici etici, controlli interni, ecc.). In effetti, le incertezze collegate al nucleo tematico affrontato in questa sede scontano anche carenze di indirizzo pubblico. L'assenza di guide governative specifiche per la piccola impresa, sui possibili piani di contrasto alla corruzione (anche internazionale), è stata di recente lamentata dal *Working Group on Bribery* dell'Ocse nel *report* di Fase 4 sull'Italia[130].
Potrebbe giovare pure una maggiore valorizzazione normativa delle norme ISO e dei sistemi di *compliance* volontaristica, che – lo si è notato – sono già divenuti, nel corso del tempo, alcuni degli

[128] *https://fcpablog.com/2015/07/09/a-third-of-uk-smes-still-havent-heard-of-the-bribery-act*.
[129] Sul modello 231 come strumento di tutela del *business*, anziché come adempimento burocratico, cfr. M. Catino, S. Rocchi e L. Verzelloni, *Le logiche di funzionamento del "sistema 231": un'analisi organizzativa*, in F. Centonze e S. Manacorda (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti*, cit., 55.
[130] Oecd, Working Group on Bribery, *Phase 4 Report, Italy*, cit., § C.5.d., 82 ss. Alcuni rilievi formulati nell'occasione dall'Ocse appaiono, peraltro, esorbitanti e non tengono conto degli sforzi compiuti dal nostro Paese nell'elaborazione di strumenti e strategie di contrasto alla corruzione (d.lgs. 231/2001, piani di prevenzione della corruzione nelle p.a., ecc.), che si sono rivelati persino pionieristici sino a divenire un "articolo da esportazione" a livello globale. La logica del miglioramento continuo è sacrosanta; lo è meno l'impulso compulsivo al perfezionamento di meccanismi che per poter essere assimilati dai destinatari richiedono tempo e uno sforzo di attenzione che proprio cambiamenti normativi e *input* regolatori incessanti finiscono per ostacolare.

stampi più influenti su cui le aziende forgiano i loro modelli. Tanto più che le norme tecniche internazionali hanno rappresentato nella prassi anche i principali strumenti organizzativi mediante i quali le grandi imprese hanno aiutato quelle piccole e medie ad assimilare gli obiettivi e i metodi dei programmi di conformità.

C'è un ingrediente, a ogni modo, che non deve mai mancare nella costruzione di un qualsiasi programma di *compliance*, a maggior ragione nelle realtà meno sofisticate e complesse sul piano organizzativo. Un ingrediente che Dostoevskij considerava addirittura un "diritto umano" e che Manzoni distingueva accortamente dal "senso comune": il *buon senso*, che implica fiuto per ciò che è rilevante, percezione della misura e consapevolezza del rapporto fra mezzi e risultati. Un insieme di predicati che, invero, rappresenta – nell'orizzonte di senso che fa da sfondo all'impianto regolatorio – anche la cifra distintiva del buon imprenditore, che tra la fede cieca in ogni novità e il non credere a nulla, opta per il realismo e l'impegno.

TELEOLOGISMO PENALE, METAFISICA E DIRITTO NATURALE. UN'ANALISI COMPARATA DEI PRESUPPOSTI FILOSOFICI DELLA SCIENZA PENALE DI WELZEL E BETTIOL[(1)]

di Antonio Vernacotola Gualtieri D'Ocre
(*già Assegnista di ricerca in filosofia del diritto, Università degli Studi di Udine*)

Il presente saggio si propone di sviluppare un confronto critico fra il teleologismo penale di Hans Welzel e la *giurisprudenza dei valori* di Giuseppe Bettiol per coglierne, insieme con le differenze d'impostazione, il diverso sostrato filosofico. Muovendo dal finalismo che contrassegna in diverso modo la dottrina penale dei due Autori, si è inteso perlustrare con particolare attenzione, da un lato, i rapporti del primo con le correnti tedesche della fenomenologia, dell'esistenzialismo e dell'idealismo, dall'altro, l'aderenza del secondo ad un pensiero metafisico realista, poggiante sulle nozioni di esperienza integrale, finalismo dell'essere e ontologia della persona.
This essay aims to develop a critical comparison between Hans Welzel's penal teleologism and Giuseppe Bettiol's jurisprudence of values in order to grasp, together with the differences in approach, the different philosophical substratum. Starting from the finalism that marks in different ways the criminal doctrine of the two authors, the aim was to explore with particular attention, on the one hand, Welzel's relations with the German currents of phenomenology, existentialism and idealism, and on the other hand, Bettiol's adherence to a realist metaphysical thought, based on the notions of integral experience, finalism of being and ontology of the person.

SOMMARIO: 1.- Introduzione: sulle ragioni di un confronto. 2.- Il teleologismo penale di Hans Welzel. Un'analisi filosofica su "azione finalistica", bene giuridico e teoria dei valori. 3.- L'ermeneutica bettioliana del finalismo di Welzel. Un complesso percorso di lettura fra fascinazione e divergenze. 4.- Oltre il kantismo. Cognitivismo etico e finalismo della persona nella fondazione metafisica della "giurisprudenza dei valori" di Giuseppe Bettiol. 5.- Osservazioni conclusive.

1. Recenti studi filosofico giuridici[2], sviluppando un filone di ricerca già affermatosi nella dottrina di inizio secolo[3], stanno oggi ponendo i presupposti e delineando la cornice teorica di una scienza del diritto declinata in senso realista che possa risultare, al medesimo tempo, feconda sul versante pratico e capace di confrontarsi con la *Weltanschauung* della contemporaneità. Coerentemente con questa impostazione, ci chiediamo, è possibile concepire epistemologicamente una scienza penale animata dalle medesime finalità ed improntata al medesimo orientamento? A quali condizioni? Con quale configurazione dogmatico-metodologica e sulla base di quali premesse teoretiche?
In questo studio ci si prefigge di mettere a fuoco tale quesito – pur senza la pretesa di fornire ad esso una risposta esaustiva o definitiva – esaminando uno degli aspetti che storicamente ha più contraddistinto un approccio scientifico di stampo realista, ovvero il teleologismo, che nel campo penale appare legarsi ai temi dell'*azione finalistica*, del *finalismo dell'essere* e della struttura

[1] Si ringrazia sentitamente la dott.ssa Massimiliana Bettiol per il prezioso contributo offerto. La possibilità di fruire di rilevante materiale bibliografico, talora inedito, ed il confronto scientifico comune sui temi della nozione classica di *valore* e della *fallacia naturalistica*, di cui Ella è una rinomata specialista, sono stati per l'Autore importanti fattori di stimolo ed ausilio ai fini della realizzazione della presente ricerca.
[2] Cfr. F. Casa, *Epistemologia e metodologia giuridica dopo la fine della modernità*, Soveria Mannelli 2020.
[3] Si veda in particolare: F. Gentile, *Filosofiadel diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*², in appendice cinque saggi di E. Ancona, A. Berardi, F. Casa, G. Caruso e A. Favaro, Napoli 2017, 17-40; F. Gentile, *Legalità, giustizia, giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli 2009, spec. 9-50.

dell'*esperienza*, in merito ai quali in questa sede si intende sviluppare un'analisi di taglio eminentemente filosofico. E ci si propone di farlo focalizzando lo sguardo sulle tesi di Hans Welzel e di Giuseppe Bettiol, due degli autori che, soprattutto in quella fase di spiccata fertilità dottrinale coincidente con il secondo trentennio del Novecento, hanno maggiormente contribuito ad indirizzare la ricerca in una direzione *finalistica*, intessendo il loro pensiero penale in una più lata e complessa trama speculativa[4].

Guardando agli indirizzi teleologici affermatisi nella scienza penale degli anni '30[5], sembrerebbe, ad una prima indagine, che ci si trovi di fronte ad una linea di ricerca, se non unitaria, quanto meno animata da un motivo ispiratore comune e da analoghe finalità, coincidenti con la valorizzazione del momento etico nella costruzione teorica del reato e nel conseguente allontanamento tanto dall'utilitarismo della *Interessenjurisprudenz* [6], quanto dal formalismo in cui venivano avviluppandosi gli epigoni di una scuola classica ormai ripiegatasi sugli schematismi del positivismo giuridico. Taluni rilievi del Bettiol[7] parrebbero, di primo acchito, poter suffragare una consimile linea interpretativa, che vedrebbe allinearsi sul medesimo versante dottrinale dall'eminente caratterizzazione "etica" il teleologismo tedesco di Welzel – o, con differenti connotazioni, di Schwinge[8] o Zimmerl[9] – e quello italiano[10], dalle radici classiche, incarnato in massimo grado dallo

[4] Si tratta dei due penalisti del Novecento per i quali, più che per ogni altro, sembra potersi parlare, per riprendere la fraseologia utilizzata da Michael Pawlik a proposito della dottrina welzeliana, «di una teoria metafisica di diritto penale» (M. Pawlik, *Introduzione: Welzel – un classico?*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, a cura di M. Pawlik e L. Cornacchia, trad. it. di Borghi, Napoli 2015, 14), anche se propriamente, come ben rimarca Gabriele Civello, la concezione welzeliana non appare riuscire a combinarsi con una teoria metafisica impostata in termini non contraddittori, incarnando «forse la teoria penale più proteiforme e per certi versi equivoca della dommatica penalistica novecentesca». G. Civello, *Le radici giusnaturalistiche del pensiero welzeliano. La dissertazioneDie Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs del 1928*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. Ambrosetti, Torino 2017, 82.

[5] Si veda sul tema il recente volume di A. Nisco, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo Novecento*,Torino 2019. Interessanti osservazioni sono svolte anche da M. Meccarelli, *La difesa internazionale contro il crimine e il diritto penale politico. Prime note sul dibattito negli anni Venti e Trenta del Novecento*, in *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento: modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, a cura di F. Colao, L. Lacchè e C. Storti, Milano 2015.

[6] In materia si rimanda ai classici di P. Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tubingen 1932 e di R. Müller-Erzbach (von), *Wohin führt die Interessenjurisprudenz? Die rechtspolitische Bewegung im Dienste der Rechtssicherheit und des Aufbaus der Rechtswissenschaft*, Tubingen 1932, nonché ai più recenti studi critici: *Interessenjurisprudenz*, hrsg. von G. Ellscheid und W. Hassemer, Darmstadt 1974; J. Petersen, *Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz: Dargestellt an Beispielen aus dem deutschen Privatrecht*,Tubingen 2001.

[7] «Siccome il termine di interessi in una concezione teleologica può dar luogo a degli equivoci, perché il termine è fortemente impregnato in un substrato utilitaristico in contrasto con i fini prevalentemente etici del diritto penale (e in ciò sta il punto di distacco tra la concezione teleologica e la giurisprudenza degli interessi che è sorta nel campo del diritto privato ove le considerazioni utilitaristiche prevalgono su quelle etiche) più che di interessi è bene parlare di valori tutelati dalla fattispecie penale». G. Bettiol, *Bene giuridico e reato* in *RIDP* 1938 (10), 1, ora in *Scritti giuridici*, tomo I, Padova 1966, 326.

[8] Cfr. E. Schwinge, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Bonn 1930.

[9] Cfr. L. Zimmerl, *Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda*, Berlin-Leipzig 1931.

[10] Si consulti sul tema: S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teologica*, Napoli 1992.

stesso Bettiol[11] e da alcuni esponenti della scuola napoletana come Santamaria[12] e Latagliata[13]. Tuttavia, un'analisi più approfondita, che ci porti da un lato a discernere il ruolo giocato dal concetto di "fine" nella teoria del reato, dall'altro a tematizzare come si determini al suo interno il rapporto fra etica e metafisica, ci induce al contrario a postulare l'esistenza di una sostanziale "diversità" fra i due approcci.

2.- Partiamo dal teleologismo welzeliano per come teorizzato nell'opera *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* del 1935[14] alla quale va ascritto l'avvio di quel processo di affrancamento della scienza penalistica tedesca dall'ipoteca del positivismo e del formalismo fino ad allora pesantemente incombente[15]. Al cuore del reato Welzel colloca l'*azione finalistica*, ovvero l'azione colta essenzialmente nella sua "intenzionalità"[16], alla quale ritiene di poter associare un'intrinseca valenza "etica"[17]. La centralità dell'*azione finalistica* viene rivendicata non solo in relazione all'elemento della *colpevolezza*[18], ma anche in ordine alla determinazione

[11] Sul tema:G. Bettiol, *Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale*, in *Jus*, 1940 (1), 1, ora in *Scritti giuridici*, cit., tomo I, 479-484;Id., *Sistema e valori del diritto penale*, in *Jus*, 1940 (1), 4, ora in *Scritti giuridici*, cit., tomo I, 491-503.

[12] Si veda, in proposito, principalmente l'opera di D. Santamaria, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli 1955, nonché, per una specifica individuazione della valenza del dolo ai fini della costruzione della m0rfologia del reato, Id., *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo*, Napoli 1961. Un paradigma archetipico delle modalità di estrinsecazione sul piano applicativo del finalismo, secondo l'approccio della scuola napoletana, lo si può rinvenire nella trattazione di D. Santamaria, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli 1961.

[13] I tratti del finalismo di Angelo Raffaele Latagliata possono cogliersi soprattutto attraverso il prisma dei suoi studi sulla recidiva, sulla desistenza volontaria e sul reato partecipativo. Cfr. A.R. Latagliata, *Contributo allo studio della recidiva²*, Napoli 1959; Id., *La desistenza volontaria²*, Napoli 1964; Id., *I principi del concorso di persone nel reato²*, Napoli 1964. Per un inquadramento generale della dottrina del Penalista, cfr. G. Vassalli, *Angelo Raffaele Latagliata*, Napoli 1991.

[14]H. Welzel,*Naturalismus und Wertphilosophie im strafrecht. Untersuchungen uber die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*,Mannheim 1935.

[15] In questo senso, cfr. E. Paresce, *Presentazione* di H. Welzel, *Diritto naturale e giustizia materiale* [1951], trad. it. di G. De Stefano, pres. di Paresce, Milano 1965, VI.

[16] Come mette in luce Stuckenberg, Welzel adopera inizialmente la denominazione di "intenzionalità", preferendo poi, a partire dall'opera del '35, quella di "finalità", estratta dall'universo semantico-concettuale hartmanniano. «L'espressione "intenzionalità", mutuata innanzitutto da Brentano, fu messa a confronto, prendendo spunto dalla psicologia del pensiero in particolare di Hönigswald, come "ordinamento del pensare", con la causalità come "ordinamento dell'accadere" (H. Welzel, *Kausalität und Handlung*, in *ZStW*, 1931 (51), 703, 708 nt. 20)». C.F. Stuckenberg, *Dolo, consapevolezza dell'illecito, dottrina dell'errore*, in *Welzel nella prospettiva attuale*, cit., 129. Tuttavia, se in Brentano, osserva Stuckenberg, questo concetto si declinava secondo un'accezione "statica", per la quale «tutti i fenomeni mentali sono intenzionali, cioè diretti a *qualcosa* (ci si rappresenta sempre *qualcosa*, si desidera *qualcosa*, si crede *qualcosa*, etc.)», al contrario, «Welzel parte da questo concetto, "statico" di per sé, di un "rapporto peculiare di quegli atti psichici con qualcosa come loro oggetto", lo rende dinamico e lo duplica per l'ordinamento di decorso tanto del riconoscere, quanto degli atti di volontà, con cui l'intenzionalità diviene l'espressione di "un rapporto teleologico di posizione significativa", "il prevedere un certo evento ed il determinarsi in modo conforme al senso rispetto ad esso" (H. Welzel, *Kausalität und Handlung*, cit., 703». C.F. Stuckenberg, *op. cit.*, 129-130.

[17] Ben sottolinea Pawlik come questa "eticità" vada ricercata nell'innesto «della dottrina finalistica dell'azione nella filosofia di un idealismo oggettivo – certamente non inteso dal punto di vista statalistico, come in Hegel, ma dal punto di vista etnico (H. Welzel, *Über die Grundlage der Staatsphilosophie Hegels*, in A. Schürmann, *Volk und Hochschule im Umbruch*, Oldenburg 1937)». M. Pawlik, *Introduzione*, cit., 18. E questo perché le azioni finalisticamente orientate acquisiscono una propria statura e rinvengono la loro giustificazione, secondo Welzel, solo negli «ordinamenti sociali dotati di senso-oggettivi». *Ibidem*. Sui termini e sui confini dell'ispirazione welzeliana alla peculiare "eticità" di Hegel si sofferma anche M. Kubiciel, *"Welzel e gli altri". Posizioni e posizionamenti di Welzel prima del 1945*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, cit., 207-208.

[18] Nello scritto *Persönlichkeit und Schuld* del '41, Welzel definisce la *colpevolezza* come «il fallire la pretesa del dover-essere del diritto a causa di un insufficiente impiego del controllo dell'io in una situazione patologica». H. Welzel, *Persönlichkeit und Schuld* in *ZStW*, 1941, 60, 428 (trad.it. di Jakobs). Il che sembra caratterizzare in senso "oggettivo" (secondo l'accezione hartmanniana cui Welzel informa la sua dottrina dell'azione finalistica e che ricomparirà nel successivo *Naturrecht* del '51) il significato "etico" del diritto penale e quella nozione di libertà che ne è fondamento. Osserva acutamente Günther Jakobs: «Il reato è dunque un atto non libero, "patologicamente permanente". Fino all'ultima

dell'*antigiuridicità*, nonché, finanche, con riguardo alla *tipicità del fatto illecito*[19]. Welzel decodifica l'intenzionalità come «uno specifico rapporto tra determinate esperienze psichiche e il loro oggetto»[20], sottintendendo l'esistenza di una netta distinzione – quando non di una separazione – fra il plesso delle esperienze che compongono il "vissuto psichico" del soggetto e la sfera dei dati "oggettivi" cui dette esperienze appaiono rapportabili e rispetto alle quali costituiscono soltanto un mero correlato materiale o situazionale[21]. L'azione, dunque, rispetto al *fatto penalmente rilevante*, è qui interpretata non secondo la categoria della "causalità"[22], bensì nei termini specifici di una *Sinnsetzungzusammenhag*, «come posizione di un nesso teleologico»[23] avente al suo centro, come si è detto, l'"intenzionalità" soggettiva[24]. Nondimeno, la natura soggettivistica del suo sistema viene temperata da parte di Welzel, sotto un profilo filosofico, mediante l'attribuzione ai fini dell'azione di un supposto "valore obbiettivo"[25], presuntivamente recuperato attraverso la ricercata connessione con

edizione del suo manuale Welzel ha ribadito: libertà non come possibilità di scelta "tra valore e disvalore", al contrario come libertà rispetto all'"azione conforme al senso" (oggettivamente)». G. Jakobs, *L'Importanza di Welzel per l'attuale scienza penale del diritto*, in *Welzel nella prospettiva attuale*, cit., 386-387.

[19] E. Paresce, *op. cit.*, VII.

[20] H. Welzel, *Kausalität und Handlung*, cit., 716.

[21] Sottolinea questo aspetto B. Burkhardt, *Dottrina finalistica dell'azione di Welzel e la teoria filosofica dell'azione*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, cit., 63.

[22] Questa istanza compendia un atteggiamento di pensiero che attraversa in guisa di *leitmotiv* l'intera produzione di Welzel. «Pare – scrive infatti Gabriele Civello – che la tensione investigativa e *lato sensu* "culturale" di Welzel fosse invero rivolta avverso il dogma causale e, in generale, alle dottrine causalistiche di Franz von Listz ed Ernst Beling ancora imperanti nel pensiero germanico dell'epoca». G. Civello, *op. cit.*,81.

[23] Così E. Paresce, *op. cit.*, VII.

[24] La centratura "psichica" dell'intenzionalità soggettiva formulata da Welzel rinviene senza dubbio uno dei suoi fattori germinativi nell'influenza di Gotthold Bohne, noto studioso di biologia criminale, direttore dell'Istituto di scienze giuridiche a Colonia durante gli anni di assistentato di Welzel. Gli interessi di Bohne intorno alle "questioni psicologiche di confine" sono largamente attestati dalle opere che Questi produsse negli stessi anni in cui Welzel venne introdotto in quel particolare "laboratorio" di ricerca: G. Bohne, *Psychoanalyse und Strafrecht*, Köln 1927; Id., *Kriminalistik und Kriminalpsychologie*, Köln 1931. Welzel di fatto inscrive il suo pensiero penale in questa cornice teorica; pertanto, rigettando un'impostazione naturalistico causale dell'atto criminoso, come osserva Michael Kubiciel, giunge ad individuarne la genesi nelle «relazioni tra l'io che comprende il senso e pone il senso, da una parte, e l'azione, dall'altra parte». M. Kubiciel, *op. cit.*, 194-195. È in questo rapporto che si ritrova, come Welzel scrive nel suo *Strafrecht und Philosophie* ripreso da Kubiciel (*op. cit.*, 195), «l'oggetto specifico del rimprovero giuridico di colpevolezza» e, conseguentemente, «lo speciale pathos etico a lui immanente». H. Welzel, *Strafrecht und Philosophie*, in *Kölner Universitätszeitung vom 22.11.1930*, ora in Id., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York 1975, 5. Ma, stanti l'influsso delle ricerche criminologiche bohniane e un'indubbia propensione welzeliana verso l'esplorazione del sostrato psichico dell'agire, com'è sempre Kubiciel a rimarcare, «Welzel trova ciò – diversamente da quanto il titolo della trattazione insinua – non in considerazioni filosofiche, ma in una conoscenza di psicologia del pensiero: l'intenzionalità degli atti psichici e delle azioni umane (H. Welzel, *Abhandlungen*, cit.)». M. Kubiciel, *op. cit.*, 195.

[25] Si veda, sul tema, il sagace studio di Kurt Seelman, *Le "strutture logiche delle cose" di Hans Welzel e la dottrina del diritto naturale*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, cit., 21-37. L'individuazione di un "valore etico obbiettivo", illustra Seelman, è oggetto d'interesse da parte di Welzel sin dalla sua tesi di dottorato (H. Welzel, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Köln 1930, 27) e diventa, lungo tutto il corso della sua produzione, il correlato costante della dottrina della "struttura logica delle cose", importante concezione welzeliana sulle cui differenze rispetto al diritto naturale si rimanda alla congrue analisi contenute nel menzionato saggio di Seelman (*op cit.*,30-33). Nonostante, come evidenziato da Sergio Moccia (*Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 30-31), le *sachlogischeStrukturen* vincolino, sotto certi profili, il legislatore, esse non possono essere propriamente interpretate come una rilettura o una riproposizione in termini rinnovati di un diritto naturale classicamente inteso. Ci limitiamo in proposito a sottolineare due punti, strettamente interconnessi, che le citate analisi di Seelman evidenziano: anzitutto il carattere *ipotetico* della struttura logica delle cose welzeliana; «mentre il diritto naturale – osserva Seelman – stabilisce norme *categoriche* inconfutabili e che valgono in modo assoluto, le disposizioni normative che provengono dalle strutture logiche delle cose hanno valore solo *ipoteticamente*, a condizione che il legislatore voglia regolare un determinato ambito tematico in generale in un determinato modo». K. Seelman, *op cit.*,30. In questa prospettiva, ci sembra di poter dire, il dato ontico della struttura delle cose rileva per il diritto solo secondo un'operatività logica, subordinata e funzionale rispetto ad una statuizione normativa che risulta fondativamente del tutto indipendente. E questo ci porta al secondo punto che vorremmo rimarcare,

l'*etica materiale dei valori*[26] di Nicolai Hartmann[27], secondo la quale la sfera assiologica possiederebbe una propria peculiare oggettività e sarebbe attingibile dal soggetto a mezzo di uno specifico *sentimento morale*[28]. Ora, questa particolare tipologia di "sentimento" su cui poggia, sotto un profilo conoscitivo, la visione etica hartmanniana, può garantire ai suoi contenuti una "specie" di oggettività che risulta strutturalmente avulsa da una piattaforma ontologica ad aggetto realistico e dal finalismo ad essa rapportabile. A proposito di Hartmann, infatti, è lecito parlare – e si è di fatto parlato[29] – di un'*ontologia critica*, nella quale, dal punto di vista che qui ci interessa, sono ravvisabili due tratti fondamentali: in primo luogo, il distacco dalla metafisica tradizionale, che comporta anche un atteggiamento di indifferenza nei confronti dei trascendentali classici e dei problemi ultimi della scienza dell'essere; in secondo luogo la partizione di una siffatta ontologia in quattro distinte aree di ricerca[30], delle quali soltanto l'ultima in una scala di "concretezza", quella relativa all'essere *ideale*, esplica una specifica valenza fondativa nei confronti della costituzione dei valori e della loro giustificazione; ma la base gnoseologica dell'*essere ideale* non consiste in un'apprensione esperienziale, bensì in una "conoscenza a priori" focalizzata su un essere meramente "possibile"[31], al punto che, scrive espressamente Hartmann, «potrebbe ben darsi il caso che nella coscienza dell'oggetto fosse presente solo un oggetto intenzionale e non un oggetto in sé»[32]. È dunque chiaro come per Hartmann, così come per lo stesso Welzel, il grado di oggettività su cui viene ad attestarsi l'*etica materiale dei valori* sia definito dall'*intenzionalità* e dal peculiare teleologismo ad essa afferente.

Orbene, oltre alle questioni filosofiche testé argomentate, si delineano nel pensiero penale welzeliano delle difficoltà di caratura propriamente dogmatica: a prescindere, infatti, dagli inconvenienti derivanti da una qualificazione univocamente "finalistica" dell'azione, che, come ben esposto da Luigi Cornacchia nella sua sagace disamina del finalismo novecentesco, «presupporrebbe un inedificabile concetto unitario di azione, che non può valere utilmente per colpa e omissione, se non attraverso la *fictio* della finalità potenziale»[33], risulta vividamente problematico, sotto un profilo giusfilosofico, il ruolo assegnato al *bene giuridico* nel quadro assiale della teoria del reato, la cui precisa definizione, interconnessa con il tema dell'*azione finalistica*, incide in modo diretto sull'intero sistema[34]. Per Welzel, la lesione di un bene giuridico appartiene ontologicamente alla sfera dei fenomeni naturalistici, non possiede di per sé un immediato e diretto carattere di disvalore[35]; in quest'ottica, l'idea stessa di bene giuridico, in particolare nella sua connotazione classica quale *oggetto giuridico del reato*, si presenta perciò quale retaggio di un'impostazione "liberale" della

---

ovvero il dato che le strutture logiche delle cose svolgono ed esauriscono il loro ruolo all'interno di un impianto teorico-giuridico definito ed istituito dal diritto positivo. Ed infatti, scrive Seelman non senza icasticità, «Welzel crede di poter distinguere tali "strutture logiche delle cose" dal diritto naturale limitando il carattere vincolante al solo caso in cui il loro oggetto sia stato dichiarato 'contenuto' dalla legge». K. Seelman, *op cit.*, 36-37.

[26] N. Hartmann, *Etica* [1935], 3 voll., trad. it. a cura di Filippone Thaulero, Napoli 1969-72.

[27] Sul punto, si rimanda alla puntuale disamina di A.R. Latagliata, *La situazione attuale della dottrina finalistica dell'azione*, in *IP*, 1991, 284-289.

[28] Sul tema si rinvia ai capitoli secondo e terzo del saggio critico di A. Da Re, *Tra antico e moderno. Nicolai Hartmann e l'etica materiale dei valori*, Milano 1996.

[29] Si rimanda in proposito all'approfondita analisi di M. Albini, *Nicolai Hartmann tra ontologia ed etica. La progressiva definizione dell'essere in sé ideale dei valori*, in *Acme*, 2005 (58), 3, 293-295.

[30] Tali aree, per Hartmann, sono l'ente in quanto ente, *Dasein* e *Sosein*, la datità del reale e l'essere ideale. *Ibid.*, 294.

[31] Cfr. M. Albini, *op. cit.*, 310.

[32] N. Hartmann, *La fondazione dell'ontologia*, trad. it. a cura di F. Barone, Milano, 1963, 346.

[33] L. Cornacchia, *Ein unausrottbares verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *Crim*, 2013 (8), 576.

[34] «L'"intenzionalità", elemento fondamentale dell'azione finalistica, diventa predominante per la costruzione dell'"illecito penale" e radicalizza ed estende la contrapposizione tra l'"illecito personale" ed il "bene giuridico", sicché "il comportamento sociale immorale vietato" (e non la lesione del "bene giuridico") costituisce per i seguaci della teoria dell'azione finalistica il contenuto generale del disvalore di ogni norma penale». E. Paresce, *op. cit.*, VII-VIII.

[35] Così anche L. Cornacchia, *op. cit.*, 592.

scienza penale[36], ritenuta nel suo insieme ormai anacronistica[37]. E se si ritrovano nel Giurista tedesco degli elementi che rimandano ad una possibile conservazione di tale nozione mediante una sua diversa qualificazione semantico-concettuale[38] e ad una sua risistemazione funzionale[39], appare tuttavia difficilmente contestabile, anche in ragione degli effetti prodotti sulla storia della dogmatica, che nella concezione welzeliana la valenza del bene giuridico e delle istanze di tutela ad esso attinenti risulta alquanto compressa[40] e funzionalmente dipendente – è stato osservato, in guisa di *riflesso*[41] – dalla salvaguardia degli '*elementare sozialethische Gesinnungs- (Handlungs-) werte*'[42]. In tal modo, i beni giuridici, riconducibili al mero «valore di circostanze di fatto»[43], godrebbero tutt'al più di una sorta di tutela "indiretta"[44].

D'altronde, è pur vero che un siffatto ridimensionamento delle funzioni del bene giuridico indurrà i continuatori della scuola welzeliana, Armin Kaufmann[45] e Diethart Zielinsky[46] a propugnarne di fatto il sostanziale abbandono[47], per cui, nel complesso, al netto delle specificazioni di ordine "funzionale" che è d'uopo effettuare, riteniamo si possa legittimamente asserire, in concordanza con l'interpretazione della dottrina welzeliana sedimentatasi soprattutto in Italia[48], che "la svolta dogmatica"[49] che essa ha di fatto imposto nella scienza penale tedesca s'imperni, tanto sotto un profilo concettuale quanto in riferimento alle sue ricadute sul piano del metodo, sulla negazione della nozione "classica" di bene giuridico in favore di un'idea di offensività incentrata sul *disvalore dell'azione*[50]. Ne è sortito un generale travolgimento dell'impostazione "oggettivistica" dell'*antigiuridicità* che nel concetto di bene giuridico trovava il suo fulcro, senza, aggiungiamo, che a detta "visione tradizionale", inequivocabilmente viziata nei decenni precedenti da un sotterraneo formalismo, si sia potuto sostituire, lungo questa traiettoria dogmatica, un nuovo assetto, assiologico, concreto e metafisicamente definito, del *bene giuridico* medesimo.

E infatti, guardando ai citati *elementare sozialethische Gesinnungs- (Handlungs-) werte*, ci sembra di poter discernere, come in certo qual modo lascia trapelare la stessa marginalizzazione dell'idea di bene giuridico, che il plesso di valori circoscritto dai fini dell'azione rimanga, fondativamente e geneticamente, interno al soggetto, essendo la relazione fra tale ordine di finalità e la gerarchia dei valori del reale costruita su una premessa fenomenologica e non propriamente metafisica[51], ovvero

---

[36] H. Welzel, *Abhandlungen*, cit., 88. Cfr. M. Pawlik, *op. cit.*, 19.

[37] Tale impostazione, negli ambienti "sostanzialisti" degli anni '30 e '40 era vista con disapprovazione e malcelata insofferenza. Si consulti in proposito W. Braun, *Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts*, Leipzig 1936.

[38] Si veda, in tal senso H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*[11], Berlin 1969, 4-5.

[39] L. Cornacchia, *op. cit.*, 592.

[40] *Ibid.*

[41] M. Pawlik, *Il compito del diritto penale e la legittimazione della pena in Welzel*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, cit., 82.

[42] H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 4.

[43] H. Welzel, *Abhandlungen*, cit., 232.

[44] Sul punto, si veda M. Pawlik, *Il compito del diritto penale e la legittimazione della pena in Welzel*, cit., p. 84.

[45] Cfr. A. Kaufmann,*Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*Göttingen 1954; Id., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959.

[46] Cfr. D. Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegrundüng und Unrechtsausschluss*, Berlin 1973.

[47] L. Cornacchia, *op. cit.*, 591.

[48] Si veda in particolare: G. Marinucci, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano 1971, 68 ss.

[49] Usa tale indicativa espressione Enrico Paresce, fotografando così, a chiare lettere, l'ingente portata della "rivoluzione" welzeliana nel campo della dogmatica. E. Paresce, *op. cit.*, p. VII.

[50] *Ibidem.*

[51] Da questo punto di vista, coglie pienamente nel segno Gabriele Civello quando, nella sua acuta disamina della dissertazione welzeliana su Pufendorf, individua nella filosofia idealistico-trascendentale lo sfondo filosofico di riferimento sul quale si proietta l'"opzione teoretica" del Penalista tedesco; sfondo che, se apparirà maggiormente sfumato nel *Diritto naturale e giustizia materiale* del '51, si dispiega invece patente nelle opere penalistiche degli anni '30. «Non poteva esserci – scrive Civello – indicazione più precisa e perentoria sulla "scelta di campo" compiuta da Hans Welzel e

sul costitutivo indirizzarsi dell'intenzionalità della coscienza verso un dato *oggetto*. Sotto un profilo teoretico, dunque, il teleologismo welzeliano sembra venirsi ad innestare su un *ontologismo* a sfondo soggettivistico-coscienziale la cui primigenia matrice gnoseologica, com'è stato rilevato[52], appare rintracciabile nell'intuizionismo eidetico husserliano. Ora, pur volendo evidenziare, in positivo, gli elementi di realismo che si affacciano nella teoresi husserliana, la cui «riscoperta dell'intenzionalità – come scrive Pietro Faggiotto – porta al superamento del dualismo gnoseologistico di pensiero ed essere e al riconoscimento dell'apertura del pensiero alla realtà»[53], uno dei nodi da cui la fenomenologia non sembra riuscire a sciogliersi è quello del rapporto fra ontologia e metafisica. Se è vero che l'ontologia costituisce per quest'ultima un fattore strutturante, logicamente preordinato alla sua estrinsecazione[54], va altresì riconosciuto che essa non esaurisce il *problema metafisico*, che invece per la tradizione classica è da intendersi, stando alla sintesi di Marino Gentile[55], come il «*problema intorno al significato ultimo della realtà considerata nella sua totalità*»[56]. Il problema metafisico, perciò, non può arrestarsi alla posizione della questione ontologica – che peraltro le filosofie moderne, come fa in modo paradigmatico quella di Hume[57], possono svolgere concependo l'essere in termini immanentistici o di *assoluta contingenza*[58]– ma, per qualificarsi come un *domandare tutto ed un totalmente domandare*, secondo la nota espressione marino-gentiliana[59] e costituirsi perciò come "problematicità pura"[60], deve assumere come premessa la possibilità di un essere che trascenda la mera fenomenicità ed estendersi altresì ai versanti del *problema antropologico*, del *problema cosmologico* e del *problema teologico*[61]. La differenziazione fra questione ontologica e teorizzazione metafisica, peraltro, acquisisce un peculiare spessore nella visione fenomenologica, dove, argomenta Faggiotto, «"ontologia" sta ad indicare non tanto una dottrina intorno all'essenza dell'essere in generale, quanto una dottrina valida sul piano della effettiva realtà. Ciò spiega come Husserl possa progettare delle "ontologie regionali"»[62] e spiega egualmente, è d'uopo aggiungere, come Hartmann, cui Welzel dichiaratamente raccorda il suo sistema teleologico, incentri la propria ontologia sull'analisi categoriale dei plurimi "piani ontici" mediante i quali, in tale prospettiva, può darsi una

---

costituente l'*Hintergrund* filosofico del finalismo penale: la dimensione teleologica dell'agire umano verrà esaminata dall'Autore non già in chiave *trascendente* o metafisica, vale a dire interrogandosi sul reale assetto dell'azione e sulla relativa "regione dell'Essere" cui essa afferisce, bensì in chiave *trascendentale*, ossia limitandosi a ricercare le condizioni (immanenti alla coscienza o comunque alla "cultura") di possibilità di una disciplina giuridica che tenga in considerazione, ai fini della punizione, un'azione umana in quanto tendente ad uno scopo». G. Civello, *op. cit.*,83.

[52] L. Cornacchia, *op. cit.*, 603.

[53] P. Faggiotto, *Metafisiche ed ontologie nel pensiero contemporaneo*, in *Metafisiche e ontologie*, Atti del XXII Convegno di Assistenti universitari di filosofia, pres. di Giacon, Padova 1978,24.

[54] Faggiotto parla del piano ontologico rispetto alla metafisica come di un «momento preliminare e logicamente fondante». P. Faggiotto, *op. cit.*, 21.

[55] M. Gentile, *Come si pone il problema metafisico²*, Padova 1965, spec. 7-61.

[56] P. Faggiotto, *op. cit.*, 21.

[57] Sul tema, cfr. M. Bettiol, *Positivismo moderato. Della gius-filosofia analitica*, Napoli 1985, 31-51.

[58] P. Faggiotto, *op. cit.*, 15.

[59] M. Gentile, *op. cit.*, 25-27.

[60] La filosofia, secondo Marino Gentile, è di per sé atteggiamento "problematico"; l'esperienza, che produce *meraviglia*, impone al soggetto di interrogarsi sulla *ragione* dell'esistenza del proprio correlato oggettivo. Per tale motivo, scrive il Filosofo, «la prima posizione del problema metafisico s'identifica con l'intendere l'esperienza nella sua purezza, […] l'intendere o l'intuire l'esperienza in quanto esperienza». M. Gentile, *op. cit.*, 54-56. Con l'espressione "problematicità pura", Gentile allude dunque a quella caratteristica della conoscenza empirica per la quale ogni atto cognitivo di tale natura implica immancabilmente un'immediata problematizzazione, rimandando sempre ad un orizzonte più lato, coincidente con il Tutto, di cui la stessa realtà della cosa esperita costituisce l'evidente spia sintomatica. La problematicità dell'esperienza si configura, in tal senso, come un ineludibile fattore della comprensione del reale nella sua morfologia e nell'ordine in cui si inscrive, descrivendo la congenita ed ineludibile continuità fra esperienza e metafisica. M. Gentile, *op. cit.*, 41-50.

[61] P. Faggiotto, *op. cit.*, 15.

[62] Id., *op. cit.*, 24.

coerente *rappresentazione* della realtà[63], eludendo, in tal modo, quella problematizzazione radicale ed integrale dell'esperienza in cui si invera il discorso metafisico nella sua accezione classica[64].
Ma v'è di più: la filosofia pratica hartmanniana risente di un'impostazione ontologica che, nell'analisi modale dei concetti di *necessario* e *contingente*, si attesta su posizioni affini a quelle del contingentismo empiristico: se necessario è ciò che è in quanto è determinato ad essere da altro da sé e contingente è ciò che al contrario, non dipendendo da alcunché, può *essere* ma può anche *nonessere*, allora il fondamento primo dell'essere, da cui discendono tutte le successive concatenazioni causali, non può che risultare contingente, in quanto originario, e perciò assolutamente aleatorio quanto alla sua *esistenza* o *nonesistenza*. Ne consegue che la stessa concezione di un "principio primo" dotato di un carattere di necessità su cui possa reggersi fondativamente l'intera dimensione del "reale" per Hartmann si configura come un "assurdo logico", la cui ideazione appare riconducibile ad un ancestrale «*sentimento* di paura della contingenza»[65] e rivela, pertanto, delle spiccate matrici psicologistiche, in altre parole, eminentemente *soggettive*. La tesi di Hartmann viene dunque a collocarsi lungo la traiettoria che congiunge il contingentismo all'esistenzialismo "negativo"[66], esternando invero degli evidenti profili di affinità con le posizioni di Sartre[67].
L'ontologismo finalistico welzeliano, largamente percorso da espliciti richiami all'etica dei valori testé delineata[68], sembra con ciò risentire teoreticamente di quella singolare giuntura della gnoseologia fenomenologica con l'analitica esistenzialistica realizzatasi con Martin Heidegger[69] e, non con minor rilevanza, con Karl Jaspers, la cui ontologia è anch'essa, diremmo paradigmaticamente, un'"ontologia negativa"[70]. Per cui, se si può riconoscere, come è stato acutamente osservato[71], che i valori welzeliani si radichino nella sfera dell'ontico – un ontico, invero, in cui sembra riflettersi e trovare puntuale espressione il *Dasein* heideggeriano – è altresì evidente, di conseguenza, come tale plesso ontico presenti una peculiare connotazione "esistentiva", secondo l'accezione ottativo-progettuale del termine formulata appunto da Heidegger.
E questo produce un duplice ordine di ripercussioni a carico del quadro assiologico derivante dal teleologismo welzeliano: da un lato certifica il suo incastonarsi in un orizzonte teoretico che non potendo sottrarsi allo "scacco dell'inautentico" si inscrive, per utilizzare le categorie esegetiche opocheriane[72], in un esistenzialismo "negativo" dallo sfondo essenzialmente nichilistico; dall'altro, e per conseguenza, comporta l'assidersi di tale finalismo sugli slanci desiderativi del soggetto e, una volta proiettatosi sul versante oggettivo dell'esperienza giuridica concreta, il suo attestarsi sul piano della mera fattualità, su quel livello superficiale del reale che possiamo denominare di *pura effettività*[73].
Stanti tali presupposti, si può dunque affermare che con Welzel il teleologismo assuma una caratterizzazione eminentemente soggettivistica; e questo per due fondamentali ragioni, una di ordine strutturale, l'altra di ordine sostanziale. Sotto un primo profilo, è possibile rilevare come l'assorbimento di tutti gli elementi del reato in una nozione di *azione finalistica* connotata in senso

[63] *Ibidem*.
[64] Su questo punto si rimanda a M. Gentile, *op. cit.*, 36-38.
[65] P. Faggiotto, *op. cit.*, 29. Corsivo dell'Autore.
[66] Ci si riferisce qui all"esistenzialismo negativo" nell'accezione indicata da E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*², Padova 1997, 227-228.
[67] P. Faggiotto, *op. cit.*, 29.
[68] Cfr. A.R. Latagliata, *La situazione attuale della dottrina finalistica dell'azione*, in *IP*, 1991 (25), 284 ss.
[69] La bibliografia sull'argomento è piuttosto vasta; per un quadro generale si rinvia a: E. Berti, C. Rossitto, F. Volpi, *La fenomenologia, l'esistenzialismo, Heidegger*, Roma-Bari 1998; *Guida a Heidegger: ermeneutica, fenomenologia, esistenzialismo, ontologia, teologia, estetica, etica, tecnica, nichilismo*, a cura di F. Volpi, Roma-Bari 2021
[70] «Dell'essere – compendia in proposito Faggiotto – possiamo dire soltanto che non è nessuno degli oggetti determinati, che nessuna delle cose particolari può esaurirlo». P. Faggiotto, *op. cit.*, 29.
[71] L. Cornacchia, *op. cit.*, 603.
[72] E. Opocher, *op. cit.*, 228.
[73] Sull'argomento, si veda: D. Castellano, *La verità della politica*, Napoli 2002, 13-17.

soggettivo ed orientata a fondare e circoscrivere il *valore* nella relazione fra fine ed azione risulti architettonicamente estranea ad una strutturazione in senso assiologico del plesso, di per sé oggettivo, dei *beni giuridici*, i quali, non a caso, ne riescono alquanto depotenziati. Sotto un secondo aspetto, come si ha avuto agio di argomentare, la piattaforma teoretica cui tale teleologismo si rifà, cristallizzandosi nelle forme delle *ontologie regionali* di tipizzazione fenomenologica e confluendo con pari evidenza nell'orditura, a caratterizzazione soggettivista, dell'esistenzialismo negativo, è ben lungi dal poter attingere ad un livello propriamente metafisico di fondazione del diritto penale e della sfera valoriale ad esso afferente e si situa piuttosto nel solco della *filosofia dei valori* teorizzata da Max Scheler[74], ravvisando nel mero *fenomeno* l'alveo germinativo e il *locus* dì estrinsecazione di ogni datità valoriale[75].
Tirando le somme, da una parte – guardando al lato *tecnico* del finalismo di Welzel – si può certamente acclarare, suffragati da larga dottrina, come esso abbia apportato un indiscusso contributo al progresso della dogmatica penale mediante la formulazione della dottrina dell'adeguatezza sociale[76] nonché, soprattutto, mediante la teorizzazione del dolo e della colpa quali fattori di tipicizzazione del fatto illecito[77]; dall'altra, scandagliandone le radici filosofiche, va altresì rimarcato come il processo di "eticizzazione" del diritto penale sviluppato da Welzel, o meglio l'assunzione della omogeneità ontologica di etica e diritto penale da Lui asserita, eclissato il livello oggettivo attestantesi sul bene giuridico individuato nella fattispecie, rinvenga, sotto vari punti di vista, la sua piattaforma di base nella dimensione della *volontà* e dell'*atteggiamento interiore* del soggetto agente[78], prefigurando un finalismo di stampo icasticamente soggettivistico che sfocia in una dottrina che Würtemberger[79] ha rettamente denominato *Willens und Gesinnungs Strafrecht*, *diritto penale della volontà e dell'atteggiamento interiore*.

3.- Ora, Bettiol in linea generale condivide l'idea welzeliana di un'omogeneità di etica e diritto penale[80], così come l'idea che la scienza penale debba avere una fondamentale orientazione teleologica. Ma se pare indubbio, per il Patavino, che nella conformazione dello statuto epistemologico della scienza penale abbia a registrarsi una reciproca coappartenenza fra sfera etica e sfera giuridica, i due dominî nella sua visione sono ben lungi dall'identificarsi[81]; atteso infatti che, secondo la concezione tommasiana condivisa da Bettiol, lo *ius* si configura come *obiectum speciale*

---

[74]Si rimanda al fondamentale volume di M. Scheler, *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori* [1916], saggio introduttivo, trad. it., note e apparati di R. Guccinelli, pres. di R. De Monticelli, Milano 2019; Si vedano anche: G. Riconda, *L'etica di Max Scheler*, Torino 1971-72; A. Lambertino, *Max Scheler. Fondazione fenomenologica dell'etica dei valori²*, Scandicci 1996; D. Rizzo, *Assiologia e personalismo nel pensiero di M. Scheler. Prodromi della svolta nell'etica materiale dei valori*, Napoli 2012.

[75] Sul tema, cfr. D. Castellano, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Napoli 2007, 42-43.

[76] Si veda, in particolare, M. Cancio Meliá, *L'adeguatezza sociale* in *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, cit., 103-126. Significativi, specialmente in vista dell'individuazione del percorso che condusse Welzel a collocare l'Adäquanz nella fattispecie, paiono di rilievi di U. Neumann, *L'influsso di Welzel sulla dogmatica penalistica e sulla giurisprudenza agli inizi della Repubblica Federale*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, cit., 236-238.

[77] Un interessante sviluppo di questa acquisizione teorica è stato effettuato da uno dei più acuti esponenti di quella scuola napoletana di diritto penale che ha ripreso e rielaborato con maggior efficacia, quanto meno nel panorama italiano, le tesi finalistiche welzeliane: D. Santamaria, *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo*, Napoli 1961, ora in *Scritti di diritto penale*, a cura di M. La Monica, Milano 1996, 111.

[78] Cfr. Morselli, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova 1989, 11.

[79] Si rinvia all'acuto studio di T. Würtemberger, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania²* [1959], trad. it. a cura di M. Losano e F. Giuffrida Repaci, Milano 1965, 44 ss.

80 G. Bettiol, *Il problema penale*, Palermo 1948, ora in *Scritti giuridici*, cit., tomo II, 625-627. Cfr. A. Vernacotola, *Primato della persona e realismo metafisico. La filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol*, Rende 2010, 23-29.

[81] Bettiol esplicita con chiarezza il rapporto di connessione ma non identificazione fra etica e diritto penale nella sua Prolusione al corso di diritto penale tenuto presso l'Istituto universitario della Somalia nel gennaio del '60: G. Bettiol, *Dal diritto penale al diritto premiale*, in *RIDP*, Nuova serie, 1960 (3), 3, ora in *Scritti giuridici*, cit., tomo II, 950.

virtutis iustitiae[82]ed ha pertanto uno spiccato carattere relazionale[83], il diritto, nel suo complesso, viene a costituirsi per il Penalista come quella parte dell'universo pratico-filosofico che ha per oggetto le relazioni intersoggettive e non può dunque confondersi *tour court* né con l'etica né, men che meno, con la morale[84].

La differenza d'impostazione fra i due Autori, non si limita tuttavia a questo aspetto; per coglierne i tratti essenziali, è d'uopo prendere le mosse dalla meditata evoluzione riscontrabile nell'atteggiamento interpretativo maturato da Bettiol fra la seconda e la terza edizione del suo *Diritto penale* nei confronti del pensiero welzeliano, evoluzione che si appunta prioritariamente proprio sulla delicata questione del "finalismo". Corrisponde infatti ad una lettura veridica che in una prima fase, nell'evidenziare le peculiarità delle conquiste ascrivibili a Welzel, Bettiol rimarchi, già nel '40, come «la scoperta degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità» operata dal Collega tedesco abbia posto in primo piano l'azione, «intesa non più in senso meccanicistico-causale, ma come cosciente attività finalistica»[85]; e come ciò abbia lumeggiato l'irrefragabile esigenza di conferire adeguato rilievo alle finalità del soggetto agente acciocché la portata dell'azione medesima possa essere squadernata in pienezza nel quadro dell'evento delittuoso[86]. E questo invero ben spiega come ancora 10 anni più tardi, nella *Prefazione* alla 2ª edizione del suo manuale, lo Studioso "non escludesse" di riformulare alcuni aspetti di "sistema" della sua concezione penalistica «sulla base di quel criterio finalistico proprio all'agire umano che – particolarmente per merito di Welzel – ha permesso di estollere dal cieco mondo della natura il momento intelligente e veggente dell'azione umana per inquadrarla nelle articolazioni di una psicologia la quale pone le basi per un giudizio morale»[87].

Nondimeno, il progetto teorico cui Bettiol intendeva dare corpo e per la cui realizzazione aveva ritenuto utile, in un primo momento, guardare alla "rivoluzione" welzeliana[88] appariva dispiegarsi, in modo affatto distinto – sia pure con pari efficacia innovatrice – sui terreni del *fatto*, dell'*antigiuridicità* e della *colpevolezza*. Esso dunque, pur mantenendo e rivendicando uno spiccato afflato di coerenza e coordinazione fra gli elementi del reato, riaffermava nella dogmatica quell'impianto tripartito cui si continuava ad accreditare una rimarchevole produttività, quanto meno «dal punto di vista didattico orientativo»[89]. Già qui è possibile scorgere, come in un prisma, accanto

---

[82]Tommaso d'Aquino,*Summa Theologiae*, IIª-IIae q. 57 a. 1 co.

83 Come ben osserva Marini, «Bettiol non si limita soltanto a respingere il dogma della separazione di etica e diritto preteorizzata da Kant. Lo studioso mette in guardia dai pericoli impliciti nella identificazione di morale e diritto». G. Marini, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia*, Napoli 1985, 75, n. 62.

[84] «Se una differenza si vuol cogliere tra l'idea di *peccato* e quella di *delitto*, questa va ricercata nel fatto che quest'ultima lede *l'ordinesociale*, vale a dire quella parte dell'ordine morale che ha riguardo al vivere sociale» G. Bettiol, *Il problema penale*, cit., 626.

85 G. Bettiol, *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, in *RIDP*. 1940, 1, ora in *Scritti giuridici*, cit., tomo I, 475.

[86] Chiarisce Fornasari: «Di questo approccio resta testimonianza per esempio nelle prefazioni del suo manuale: in quella che precede la seconda edizione, pubblicata da Priulla nel 1950, Bettiol non esclude di rivedere un'eventuale edizione successiva proprio alla luce della concezione finalistica welzeliana, che, secondo le sue stesse parole, "ha permesso di estollere dal cieco mondo della natura il momento intelligente e veggente dell'azione umana per inquadrarla nelle articolazioni di una psicologia la quale pone le basi per un giudizio morale"; ma poi, nella prefazione alla terza edizione, pubblicata nel 1955 dallo stesso editore, egli dichiara di avere rinunciato a tale modificazione perché, pur sempre convinto che ogni ente abbia una finalità intrinseca, tuttavia ha rivalutato il proprio sistema, sperimentato sul piano pedagogico e prasseologico e inevitabilmente figlio di un clima culturale e di un momento storico che non sono gli stessi in cui è maturato il finalismo di Welzel». G. Fornasari, *Diritto penale liberale e derive autoritarie: riflessi nel pensiero del giovane Giuseppe Bettiol*, in *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema Penale". Nel trentesimo dall'"Ultima lezione" di Giuseppe Bettiol*, Atti del Convegno (Padova, 28 maggio 2012), a cura di S. Riondato, Padova 2012, 60, n. 10.

[87] G. Bettiol, *Diritto penale*[11], Padova 1982, *prefazione alla seconda edizione*, XXVI.

[88] Nel suo bilancio del 1973, Bettiol parlerà in proposito di «un vero capovolgimento di una metodologia meccanicistico-causale che per un secolo aveva dominato il campo del diritto penale». G. Bettiol, *Stato di diritto e «Gesinnungstrafrecht»*, in *IP*, 1973, ora in *Scritti giuridici. 1966-1980*, Padova 1980, 129.

[89]*Ibidem*.

agli elementi della dottrina welzeliana che Bettiol poteva ritenere meritevoli di ricezione e sviluppo, dei fattori che, al contrario, dovevano indurlo a prendere le distanze da un siffatto modello.
Tutto ciò si comprende bene esaminando le motivazioni addotte da Bettiol a suffragio dell'ipotesi di "revisione" immaginata per la terza edizione: «non solo quindi dal punto di vista dei valori e delle esigenze tutelate il diritto penale è aperto sul mondo dell'etica, ma anche in relazione alle caratteristiche proprie dell'agire umano non è possibile seppellirlo nella fossa comune a tutte le categorie puramente naturalistiche. A un diritto penale a sfondo naturalistico-utilitaristico bisogna saper contrapporre un diritto penale finalistico-valutativo-etico per salvare dalla furia distruggitrice dell'antilibertà la libertà e la responsabilità dell'uomo. Tutto il resto è secondario: anche la dogmatica». In considerazione delle sue stesse esternazioni, possiamo dunque discernere come Bettiol fosse guidato in quest'opera di rivisitazione da un triplice ordine di intenti: se di primario rilievo risultano, da un lato, la formulazione di un'*antigiuridicità* strutturalmente incardinata al mondo dei valori e, dall'altro, il delineamento di un'idea di azione connotata in senso finalistico e capace perciò di caratterizzare in tale direzione tanto la decodifica del *fatto* quanto l'interpretazione della *colpevolezza*, l'intento principale ivi perseguito, nel quale si può ravvisare il motivo unificante dell'intero piano di riforma, appare essere quello di restaurare su basi rinnovate un diritto penale incentrato sulla libertà e ricalibrato così sullo specifico statuto etico ad esso pertinente[90].
Orbene, una lettura consapevole di queste osservazioni lascia chiaramente intravedere come l'ambizioso programma dottrinale ideato da Bettiol, per le caratteristiche sue proprie, si proiettasse ben al di là dell'orizzonte teorico tracciato dal sistema welzeliano. Il disegno di puntellarne i cardini su di esso, infatti, se da una parte sembrava veleggiare lungo la rotta segnata dal trinomio *libertà-etica-colpevolezza* sotto la spinta della critica, comune ad entrambi, nei confronti della concezione meccanicistico-causalistica dell'azione, era tuttavia destinato ad arenarsi sui lidi di una nozione di *valore* che, per il suo ruolo all'interno della dogmatica e per la sua stessa costituzione metafisica, si rivelava nei due Autori irriducibilmente differente.
a) Il piano dogmatico. Sotto il primo dei due aspetti appena menzionati, infatti, va considerato come, in palese difformità rispetto all'approccio welzeliano, per il Patavino l'impianto teleologico della dogmatica non potesse esaurirsi o risolversi nel mero riconoscimento del finalismo dell'azione, ma necessitasse piuttosto di una piattaforma fondativa di stampo etico-cognitivistico e a base metafisico-realistica per la cui trasposizione in termini scientifici risultava essenziale una nozione concreta, assiologica e positivamente formalizzata di *bene giuridico*. È su questo punto, di natura dogmatica e dalle cogenti valenze metodologiche[91], che possono registrarsi, invero, le ragioni di divergenza più vistose e profonde fra Bettiol e il Penalista tedesco, ragioni gravitanti, a nostro avviso, sulla peculiare relazione insistente nei due Autori fra diritto penale, etica e cognitivismo metafisico, specialmente in riferimento alla dottrina del reato.
Convenientemente, Marini, riprendendo un tema già messo a fuoco da Rodriguez Mourullo[92], ben rileva come, «interrogando la teoria del reato esposta da Bettiol, si può qui ricordare che il penalista rifiuta una concezione soggettivistica del reato, alla Welzel, proprio avvertendo che altrimenti si finirebbe per "identificare diritto penale e morale"[93] travolgendo una distinzione che in questo ambito va riaffermata»[94]. Tale indebita identificazione, riscontrabile in Welzel, viene evitata da Bettiol

[90] Si veda, in tal senso, il recente contributo di S. Riondato, *Ricordo di Giuseppe Bettiol, quarant'anni dopo la scomparsa*, in *Diritto penale XXI secolo; transnazionale, storico, comparato, politico*, 2022 (21), 41, 397-398.
91 Bene sottolinea Silvio Riondato come, su tali basi, «Bettiol ammette l'estensione analogica e l'interpretazione sistematica delle cause di giustificazione […] Al fondo di tali cause Egli riconosce il principio generale per cui, nel caso di conflitto di interessi tutelati, l'interesse di minor rilievo sociale deve cedere il passo all'interesse prevalente, laddove per interesse si intende non un rapporto utilitaristico ma il rapporto tra un soggetto e il valore». S. Riondato, *Un diritto penale detto «ragionevole». Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova 2005, 109.
92 G. Rodríguez Mourullo, *El teleologismo valorativo de Bettiol y el finalismo de Welzel*, in *BUSC*, 1965-66 (73-74), 2.
93 G. Bettiol, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova 1970, 17.
94 G. Marini, *op. cit.*, 75.

attraverso il collegamento del diritto penale alla sfera dell'Essere[95] metafisicamente inteso, che ne sostiene la struttura assiologica su un piano di oggettività e ne sancisce l'indipendenza fondazionale rispetto agli atteggiamenti intenzionali o spirituali del soggetto[96]; ed è il sussistere dell'antigiuridicità quale elemento specifico ed autonomo del reato[97] a garantire alla scienza penale bettioliana il ricongiungimento con questo orizzonte metafisico e quindi con l'"ordine naturale delle cose"[98]. Ciò avviene riguadagnando come cardine del reato il *bene giuridico*, che, nella sua duplice connotazione *formale* e *sostanziale*[99], costituisce il dispositivo di mediazione fra la scienza penale e l'assetto architettonico del reale e, di conseguenza, fonda l'opportunità che quest'ultimo possa rifrangersi con funzioni costitutive sul quadro assiologico del diritto penale, conferendo così alla dogmatica i propri essenziali nuclei etico-valoriali e all'ermeneutica giudiziale il principale strumento di conoscenza e di comprensione valutativa del *fatto penalmente rilevante*[100].

b) il piano metafisico. Queste considerazioni di ordine dogmatico e sistematico ci conducono al secondo aspetto della nozione di "valore" in relazione al quale, come si diceva, fra Welzel e Bettiol si registrano le più stridenti dissonanze, ovvero la questione della struttura metafisica del valore medesimo. Già nella *Prefazione* del '50 Bettiol, nel contestare la tesi carneluttiana secondo cui la giurisprudenza dei valori, sostituendo il valore al concetto, darebbe adito ad una "mezza dogmatica"[101], dà un'indicazione molto chiara di cosa sia il "valore" nella dogmatica penalistica, ravvisando in esso non una mera proiezione intenzionale, bensì «l'elemento intellegibile della realtà», cioè il concetto medesimo in quanto capace di afferrare il finalismo del reale ed estrinsecarne, per conseguenza, l'ordine intrinseco ed il portato assiologico. Nella formazione del concetto giuridico e nel suo darsi nella forma di *valore* penale, dunque, occorre postulare un rapporto di continuità – e non di opposizione o separatezza – fra orizzonte teoretico ed orizzonte pratico, in quanto le valenze conoscitive che si concretano nel primo risultano fondative e preordinanti rispetto alla costituzione del secondo. Un dato, questo, che ci sembra possa compendiarsi con ineffabile incisività riprendendo

---

[95] «Quello del legame necessario della scienza penale con la dimensione dell'essere è un tema su cui si sofferma anche il Riondato, nel tratteggiare l'acuta tesi ermeneutica di un neoumanesimo cristiano bettioliano. «Nella prospettiva bettioliana – scrive – le leggi dell'essere prendono comunque la loro rivincita su tutti i tentativi di trasformare l'arbitrio in diritto; la loro pressione alle porte del diritto lo trasforma in un diritto umano». S. Riondato, *Ricordo di Giuseppe Bettiol*, cit., 400.

[96] Sull'imprescindibilità della relazione del diritto penale bettioliano con la metafisica si interroga con acume Marini: «Che cosa vuol dire Bettiol quando asserisce che senza metafisica non vi è diritto penale? […] il maestro padovano non pretende di affermare per questa via l'identità di metafisica e diritto, mentre si propone di riflettere e di richiamare l'attenzione dei giuristi e dei giusfilosofi sui fondamenti del diritto penale». G. Marini, *op. cit.*, 24.

[97] Contestando una tesi che ha avuto fra i suoi principali sostenitori Rocco e Antolisei, Bettiol, sulla scorta di G. Delitala (*Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padova 1930, 15 ss.) distingue fra un'antigiuridicità che manifesta l'*in sé* del reato, meglio definibile, a suo parere, come "punibilità", ed un'antigiuridicità propriamente detta, che costituisce un elemento del reato. E «"l'antigiuridicità" – scrive Bettiol – non è un elemento del reato di natura identica al "fatto", perché essa si risolve in un *giudizio di valutazione* del fatto in relazione alle esigenze di tutela della norma penale, e quindi in relazione ai valori». G. Bettiol, *Diritto penale*[11], cit., 296.

[98] «In una concezione teleologica del diritto penale il primato spetta indubbiamente all'antigiuridicità. Tra gli elementi costitutivi del reato non ce n'è altro che dia tono e rilievo alla materia, quanto quello della contraddizione del fatto con le esigenze del diritto, vale a dire l'"urto" tra il fatto e la norma». G. Bettiol, *Diritto penale*[11], cit., 296. Essa, pur essendo sempre legata al "coefficiente psicologico dell'azione (302), possiede una specifica natura "oggettiva", declinantesi non in termini naturalistici, bensì propriamente metafisici. In tal senso, argomenta Bettiol, «la concezione oggettiva dell'antigiuridicità è ancora indispensabile per intendere il significato di altri istituti giuridici. Si prenda in esame la legittima difesa che può essere pienamente intesa solo se al requisito dell'ingiustizia dell'offesa venga data un'intonazione oggettiva». G. Bettiol, *Diritto penale*[11], cit., 305.

[99] G. Bettiol, *Diritto penale*[11], cit., 306-311. «Afferma bene lo Huerta (*La antijuridicidad*, Ciudad del Mexico, 1953, 32) – compendia Bettiol – che una concezione teleologica dell'antigiuridicità si presenta come una sintesi della concezione formale e di quella sostanziale, e sempre riveste carattere unitario». G. Bettiol, *Diritto penale*[11], cit., 311. Al tema è dedicato il fondamentale contributo G. Bettiol, *Bene giuridico e reato*, in*RIDP*, 1938 (10), 1, ora in *Scritti giuridici*, cit., tomo I, pp. 318-329.

[100] A. Vernacotola, *Sui fondamenti del pensiero giuspenalistico di Giuseppe Bettiol*, in *Dallo Stato*, cit., 198-200.

[101] G. Bettiol, *Diritto penale*[11], cit., XXVI.

e rimeditando il rimando esplicito ad Olgiati[102] che Bettiol compie, in modo altamente sintomatico, nelle *prefazioni* alla seconda e alla terza edizione del suo manuale: riferendosi a differenti momenti della riflessione olgiatiana, nel primo caso, fa un significativo appello agli intensi anni di formazione da Lui trascorsi alla scuola del Maestro milanese[103], sottintendendo una sostanziale condivisione delle sue vedute sulla *giuridicità*; nel secondo, cita espressamente la *Postilla a Welzel*[104]pubblicata da quest'ultimo sulla rivista *Jus* nel '52[105]. È proprio l'innestarsi della pianta del diritto nella metafisica, intesa aristotelicamente quale *scienza dell'essere in quanto essere*, un innesto che trova il suo perno nella centralità del "concetto metafisico di ente"[106], a rappresentare il nucleo filosofico mediante cui Bettiol appare in grado di fornire un sostrato realistico alla sua *giurisprudenza dei valori*, intessendone la trama, in consentaneità con la concezione giusfilosofica di Olgiati [107], in un'intelaiatura gnoseologica che affonda le radici nell'antecedenza dell'*esperienza* rispetto alla formazione del concetto, anche del concetto giuridico. Il che ci porta a riconoscere come il riferimento all'idea olgiatiana di *giuridicità*, nella quale Bettiol percepisce una possibilità di contemperazione fra giusnaturalismo e storicismo, o, più precisamente, l'opportunità di declinare il giusnaturalismo classico nelle forme storicamente date dell'*esperienza giuridica*, sia per il Patavino il fondamentale punto d'appoggio per l'emancipazione del suo teleologismo dalle ipoteche esistenzialistiche e soggettivistiche gravanti sula concezione welzeliana. «Critico di ogni relativismo valutativo e di ogni irrazionalismo soggettivistico – compendia icasticamente Mauro Ronco – il richiamo del Maestro patavino è al radicamento del valore nell'essere»[108].

Non può stupire perciò che nel '55, nella *Prefazione* alla 3ª edizione del suo *Diritto penale*, Bettiol asserisca esplicitamente di aver rinunziato al proponimento di «unire all'opera di aggiornamento anche un tentativo di sistemazione *ex novo* della materia»[109], come ipotizzato cinque anni prima. E la ragione di ciò risiede a nostro avviso non tanto – e non principalmente – nel fattore culturologico, ben sottolineato da Fornasari[110], della dichiarata distonia ideale del clima e della congiuntura storica in cui l'opera era stata originariamente concepita rispetto alle innovative istanze teoriche alla luce delle quali si era previsto di riesaminarne l'impianto, bensì, soprattutto, nel dato essenzialmente teoretico dell'individuazione della natura del *valore*, cui, come si è visto, si connette in modo diretto la determinazione delle sua collocazione all'interno della dogmatica penale.

Ed invero, la persistenza in un ruolo apicale di un bene giuridico siffattamente inteso nel quadro della teoria del reato può essere vista come la precondizione teorica ed il presupposto strutturale per una declinazione in senso realistico-sostanziale del finalismo immanente alla scienza penale, nonché per la costruzione di quell'approccio metodico che l'Autore denomina *giurisprudenza dei valori*[111]e che assume come perno il *valore sociale oggettivo* immanente allalegge penale sotto la specie di bene giuridico concreto.

Una conferma ed una sintesi globale della postura interpretativa assunta da Bettiol la si può rinvenire nel '73, quando, nel redigere un contributo ad un saggio in onore di Welzel[112], il Patavino è in grado

---

[102] Sul punto si veda: D. Castellano, *Fonti del diritto penale e questione dell'umanità del diritto*, in *Dallo Stato*, cit. 26.

[103] G. Bettiol, *Diritto penale*[11], cit., *prefazione alla seconda edizione*, XXVI. Cfr. M. Ronco, *La struttura del dolo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Dallo Stato*, cit., 91-92.

[104] F. Olgiati, *Postilla a Welzel*, in *Jus*, 1952, 73.

[105] G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., *prefazione alla terza edizione*, XXIII.

[106] F. Olgiati, *Il concetto di giuridicità in San Tommaso d'Aquino*, IV ed., Milano 1955, 49-50.

[107] F. Olgiati,*Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano 1943, 1-8.

[108] Cfr. M. Ronco, *op. cit.*, 92; G.P. Calabrò, *La crisi dell'ordine costituzionale e l'inquietante riemergere della fattualità. Alcune note sul positivismo assiologico di Giuseppe Bettiol*, in *Dallo Stato*, cit., 170.

[109] G. Bettiol, *Diritto penale*[11], cit., *prefazione alla terza edizione*, XXIII.

[110] G. Fornasari, *op. cit.*, 60.

[111] Si vedano in modo particolare: G. Bettiol, *Giurisprudenza degli interessi e diritto penale*, in *RIDP*, 1938 (10), 4, ora in *Scritti giuridici*, cit., tomo I, 330-342; G. Bettiol, *Sistema e valori del diritto penale*, in *Jus*, 1940, (4), ora in *Scritti giuridici*, cit., tomo I, 491-503.

[112] G. Bettiol, *Stato di diritto e «Gesinnungstrafrecht»*, in *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März*

di tirare le fila di una valutazione ormai matura e serenamente distaccata. Se infatti, da un lato, Egli non ricusa in tal sede di sottolineare il vigoroso impatto e la forza di rottura che la dottrina welzeliana ha esercitato sulla scienza penale, imprimendovi una cesura capace di segnare un solco invalicabile rispetto alla precedente impostazione meccanicistico-causalistica ed aprendo così la via ad un «processo di *eticizzazione* e di *umanizzazione* delle categorie penalistiche»[113] destinato a svilupparsi e a consolidarsi in maniera irreversibile, dall'altro, non manifesta alcuna reticenza nell'enucleare l'impronta basilarmente soggettivistica di una dottrina che appare impiantarsi in modo così deciso ed unilaterale sull'*azione finalistica* e sui fattori di *intenzionalità* ad essa connessi. E tuttavia, si diceva, in questa ponderazione complessiva Bettiol, anziché insistere sugli elementi di discrepanza che lo allontanano dal pensiero del Penalista di Artern, si dispone piuttosto a esaltarne i profili di innovatività, traendo da essi il destro per ripresentare, ulteriormente arricchita, la propria visione, tesa – nel lasciar affiorare con più nitida chiarezza elementi come le gradazioni d'intensità dell'intenzione, l'emergenza di urgenze pulsionali o l'esternarsi dei momenti della *Gesinnung* – a leggere nell'azione finalistica, con il suo particolare sguardo filosofico, «il momento veggente di un essere che sa dirigere le sue azioni in un mondo ove sussistono momenti di valore, proprio perché essi sono legati o innestati su dati personalistici»[114]. Solo così, in una riformulazione che è tutta bettioliana, la concezione finalistica dell'azione può armonizzarsi e fondersi con un'idea forte, sostanziale ma formalizzata, del diritto penale come *tutela di beni giuridici*[115] ed immettersi, sia pure in una raffinata valorizzazione dell'*atteggiamento interiore* del soggetto e delle istanze da esso promananti, in una giurisprudenza dei valori che risulta declinata, come ci accingiamo ad illustrare, in un senso icasticamente etico-cognitivistico ed ontologico-personalistico.

4.- Da dove scaturisce dunque per Bettiol la categoricità del dovere propria del diritto penale per come si definisce nella sua *giurisprudenza dei valori*?

Per entrare in modo adeguato nella questione, conviene partire da una premessa di ordine epistemologico: lo Studioso nel *Problemapenale* riconosce come "intima sostanza" del procedimento logico-teleologico proprio della scienza penale «la razionalità, che dà significato e valore ad ogni provvedimento. Il valore del diritto sta appunto in questa razionalità che ne forma come il tessuto connettivo. Il comando, e quindi la volontà che pur sempre esprime, trova il suo punto d'appoggio nella razionalità»[116]. Ma di che tipo di razionalità si tratta? Di una facoltà logico-computativa, estrinsecantesi nell'ottica giuridica in una mera opera di sussunzione formale di una determinata situazione empirica sotto un plesso di fattispecie legali di reato, o di una facoltà più penetrante, capace di leggere il reale nella sua intima conformazione finalistica e, al contempo, di cogliere nella norma lo spirito agatologico[117] ed il valore che ne individua il senso etico-deontico?

Bettiol ripone piena fiducia nelle capacità dell'intelletto e sembra con ciò adottare un approccio "cognitivista"[118], aperto all'apprensione della *naturadell'uomo*[119] e volto a chiarire come si configuri,

---

1974, hrsg. von G. Stratenwerth et al., Berlin 1974, 185-196, ora in *Scritti giuridici. 1966-1980*,cit., 129-142.

[113] Ivi., 129.

[114] Ivi, 130.

[115]*Ibid*., 129-130.

116 G. Bettiol, *Il problema penale*, cit., 636.

[117] G. Turco, *La politica come agatofilia*, Napoli 2012, 54-56.

[118] Mutuando la riflessione di Giuseppe Zamboni, possiamo dire che «per avvicinarci alla concretezza del sentimento del dovere, bisogna [anzitutto] precisare qual è l'ufficio della ragione. Alla volontà propriamente appartiene il *sia!*; alla ragione appartiene proporre i "questi" comparativamente illuminati; e quindi appartiene alla ragione dare la misura dell'attuazione della tendenza realizzatrice e della sua soddisfazione». G. Zamboni, *La persona umana*, ed. riv., intr. di G. Giulietti, Milano 1983, 257.

[119] «È la *natura dell'uomo* a costituire il punto cruciale della materia, e sebbene tutti si trovino d'accordo nell'affermare la razionalità di questa natura, il discorso comincia a farsi aspro quando si addiviene all'esame del contenuto e dei limiti di questa razionalità. Quale è la natura del rapporto tra uomo e uomo; quale quella del rapporto tra la libertà del singolo e l'autorità del gruppo politico al quale l'individuo appartiene?». G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 625.

a partire da essa, il rapporto fra ordine del reale e dimensione assiologica nella sfera del diritto penale[120].

Dunque, se, come si diceva, Bettiol non può accettare un'identificazione *tout court* di diritto e morale, Egli non può neanche condividerne la drastica separazione teorizzata da Kant e riformulata in una diversa *Weltanschauung* dal positivismo giuridico, separazione che ha alle sue radici il divaricarsi ed il chiudersi in sfere distinte e parallele di *essere* e *doveressere*[121], del mondo "causalistico" degli imperativi ipotetici e del mondo della "libertà" proprio degli imperativi categorici.

Nella filosofia kantiana, punto di convergenza e di sublimazione della *Weltanschauung* moderna, prevale di fatto una visione "non cognitivista", che si dispiega sia nell'ambito teoretico che in quello pratico; di conseguenza, vi si rinviene una libertà che, non essendo illuminata dal bene, ritenuto inconoscibile, ha come unico criterio il principio formalista dell'universalizzabilità delle massime dell'agire[122]. È la ragione pratica, in quanto accreditabile dell'attributo della "purezza", ad essere libera ed è dunque soltanto la volontà a possedere il requisito della "intelligibilità", per cui anche la legge morale – e con essa la legge penale, paragonata ad un imperativo categorico[123] – viene a trovarsi nel mondo intellegibile. Ma, riferendo la libertà all'universo intellegibile e la causalità a quello sensibile, gli imperativi ipotetici, fra cui rientrano le prescrizioni giuridiche, risultano idonei ad individuare semplicemente i mezzi per il conseguimento di fini che in realtà sono determinati da una rigida necessità meccanicistica. E tuttavia, l'imputazione delle nostre azioni può essere effettuata solo con riferimento all'operato dell'uomo empirico, che però, come argomenta Losano[124], è disgiunto dall'uomo "noumeno", ritenuto libero[125]. Il che introduce nel discorso kantiano una palese contraddizione, che potrebbe essere risolta solo concependo l'uomo empirico e l'uomo "cosa in sé" come una realtà unica, cosa, tuttavia, che il Filosofo di Königsberg ritiene di non poter ammettere, poiché la "cosa in sé", che non si sa cosa sia, non sarà mai come appare, il fenomeno non potrà mai coincidere con la *quidditas* e con la *causaessendi* dell'ente.

Bettiol, nell'elaborare l'antropologia giuridica che funge da supporto al suo sistema penale, si immerge senza indugi nelle pieghe di questa contraddizione, di cui avverte gli esiti potenzialmente esiziali per le scienze giuridiche[126]. Egli coglie puntualmente questa istanza di superamento, realizzando, contro le visioni nominalistiche e dualistiche, un recupero dell'uomo nella sua ontologia e nella sua indivisibile integrità, un recupero che concepisce aristotelicamente il singolo soggetto umano come un sinolo ilemorfico dotato di natura razionale e libertà[127]. Ne deriva il conferimento all'individuo umano concreto della qualifica di *persona*, secondo l'accezione classica del termine, da cui scaturisce l'attribuzione ad esso del carattere dell'auto-dominio, ovvero di quella facoltà di essere

120 «La realtà naturalistica ha un significato solo entro i limiti del giudizio di valore: non si dà problema di diritto penale al di fuori del raggio d'azione della norma». G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 654.

121 Bene scrive infatti Marini che «Bettiol rifiuta il pregiudizio antimetafisico che, attraverso la rivoluzione copernicana teorizzata da Kant, avvalora una contraddittoria "metafisica" del soggetto». G. Marini, *op. cit.*, 23.

122 I. Kant, *La metafisica dei costumi³*, [1797], trad. it. e note a cura di G. Vidari, rev. e note aggiunte di N. Merker, Bari 1991, *Principi metafisici della dottrina delle virtù*, VI, 239-240.

123 I. Kant, *op. cit.*, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, parte II, sez. I, E, 164-165.

124 M. Losano, nota 1 in H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* [1960], intr. e trad. it. di M. Losano, Torino 1966, 119.

125«Ciò comporta – scrive Massimiliana Bettiol – a dispetto dell'intenzione di Kant, la negazione di ogni categoricità oggettiva dell'imperativo etico, come vide già Kierkegaard (*Diario 1850*, Brescia 1981, v. VII., 70, X2 A 396), poiché il primato spetta ora solo alla sovranità della decisione pura spogliata dal riferimento ad una teoresi fondante». M. Bettiol, *Metafisica debole e razionalismo politico*, Napoli 2002, 8.

126 «Gli è – afferma – che questa personalità morale non deve venire idealizzata in termini dialettici e riportata ad un io trascendentale, libero e necessitato contemporaneamente, di fronte al quale le singole individualità finiscono per scomparire o per presentarsi come singoli frammenti empirici di uno spirito che in un continuo fieri dissolve e ricostituisce le antinomie». G. Bettiol, *Il problema penale*, cit., 630.

127 «È l'uomo *concreto* – scrive – che deve venire in considerazione, l'uomo singolo in quanto portatore di una legge di libertà, la singola individualità non già "anarchicamente" impostata, ma "organicamente" articolata in un sistema sociale che ne garantisca lo sviluppo e il perfezionamento». *Ibid*.

compos sui, padrone di sé, che è fondamento dell'imputabilità come di un'idea di colpevolezza intesa in senso morale[128].

«Per la filosofia morale e quindi per il diritto penale, quando si parla di personalità morale, si deve aver sempre riguardo alla personalità dell'uomo singolarmente preso, di quell'individuo empirico che, sebbene come tale negato e disprezzato, costituisce pur sempre la pietra miliare e la pietra angolare di ogni discussione giuridica e morale. La personalità morale è nell'individuo cosiddetto empirico! È il singolo a volere, a venir considerato colpevole, ad essere punito: al di fuori di lui il diritto penale sparisce. Tra i molteplici valori della vita, il singolo è il supremo valore; è in lui anzi che ogni valore trova la sua scaturigine e il suo significato, perché il valore altro non è se non il riflesso di una posizione dell'individuo rispetto alle cose del mondo esterno. Il valore – come tale – senza l'uomo non esiste: l'idea del vero, del buono, del bello non esistono in una specie di mondo platonico; ma sono immanenti alle cose stesse in quanto queste entrano in contatto con l'uomo: hanno un significato in quanto l'uomo le scopre e le valorizza»[129].

Contro ogni riduzionismo o dualismo antropologico, dunque, il Patavino presenta come indispensabile il ritorno ad un concetto di persona fondato ontologicamente, ovvero innestato sulla natura umana e tarato, altresì, sulla consistenza ontica di ciascun soggetto concreto, colto nella sua unità e nella reciproca coappartenenza della dimensione intellettivo-spirituale e di quella corporeo-materiale[130].

Al fine di fondare l'obbligatorietà dell'etica e del diritto penale nell'essere della persona[131] si rivela dunque necessario abbandonare la gnoseologia non-cognitivista, propria di ogni forma di nominalismo, e guardare al cognitivismo[132], secondo cui, seguendo la linea argomentativa di S. Tommaso, l'*ens*, l'oggetto, di per sé afferrabile nelle proprie qualità ontiche, attrae il soggetto e lo obbliga in virtù della sua connotazione quale *bene*[133], conformemente alle peculiari valenze assiologiche che contraddistinguono l'ente medesimo nell'ordine gerarchico del reale. È in questa visione metafisica che si inscrive l'idea di valore formulata da Bettiol: «il valore non è, perciò, un'idea

---

[128] L'idea di una sostanziale omogeneità di colpevolezza giuridica e colpa morale è sostenuta con accenti di particolare affinità rispetto a quella bettioliana, da Dario Santamaria, che con Bettiol sembra condividere anche una concezione etico-retributiva della pena tesa a valorizzare la libertà e l'autonomia della persona. Cfr. D. Santamaria, *Il fondamento etico della responsabilità penale*, Discorso pronunciato nell'Aula Magna dell'Università di Siena in occasione dell'inaugurazione dell'a.a. 1962-1963, ora in *Scritti*, cit. 406.

[129] *Ibid*.

[130] «Si stabiliscono dei doveri e si sanzionano dei diritti sempre in relazione all'uomo che non è solo un individuo (creazione della natura) o puro cittadino (creazione del diritto positivo), ma è "persona" cioè sintesi di natura e di cultura, di spirito e di storia […] Quando diciamo che l'uomo è "persona" stabiliamo un'immediata relazione con un ordine morale che lo eleva dal mondo delle pure realtà naturali in quello delle realtà politiche a contenuto e dimensione morale». G. Bettiol, *Dolo e responsabilità penale nel quadro dei principi costituzionali*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, II vol., 1968, ora in G. Bettiol, *Scritti giuridici 1966 – 1980*, cit., 81.

[131] Si rimanda, sul tema all'opera di F.A. Lamas, *El hombre y su conducta*, Buenos Aires 2013, 171-209.

[132] Nucleo centrale di una prospettiva "cognitivista" in senso classico è la dottrina tommasiana dell'intelligibilità dell'ente, che ha avuto un'esposizione critica di notevole efficacia in un recente volume di Elvio Ancona. «Tale concezione – leggiamo – ha indubbiamente il suo elemento caratterizzante, la sua "cifra", nella tesi che l'*ens*, ogni realtà che partecipa dell'*esse* (Tommaso d'Aquino, *In De Causis*, 1. 6) sia integralmente intelligibile in quanto concepita e posta "in essere" dall'intelletto divino. […] L'*ens*, quindi, in quanto partecipa dell'*esse*, è nella sua totalità ad un tempo confusamente conosciuto e distintamente conoscibile dal nostro intelletto». Pertanto, «vero è innanzitutto l'intelletto allorché attualmente conosce l'*ens* così com'è. *Verum est declarativum et manifestativum esse* (Tommaso d'Aquino, *De veritate*, q. 1, a. 1)». E. Ancona, *Veritas est adaequatio rei et intellectus. L'epistemologia tommasiana di fronte alle problematiche del processo penale*, Torino 2021, 64-67.

133 In q. 5, I-I, *de bono in communi*, leggiamo che «*bonum et ens sunt idem secundum rem: sed differunt secundum rationem tantum* […] *ratio enim boni in hoc consistit, quod aliquid sit appetibile*»; al contrario «*ens* – leggiamo in a. 2 – *est proprium obiectum intellectus: et sic est primum intellegibile, sicut sonus est primum audibile. Ita ergo secundum rationem prius est ens quam bonum*».I termini della relazione – questa priorità dell'*ens* rispetto al *bonum* – si ribaltano, tuttavia, se ci collochiamo nell'ordine delle cause. «*Bonum autem, cum habeat rationem appetibilis, importat habitudinem causae finalis* […] – perciò – *in causando, bonum est prius quam ens, sicut finis quam forma*». Tommaso d'Aquino,*S. Th.*, q. 5, I-I, a. 2.

aprioristica o una categoria astratta di un mondo irreale o ideale, ma un rapporto tra l'ordine che sussiste nella realtà e l'uomo considerato nella sua essenza di animale ragionevole e quindi nella sua *personalità morale*. Possiamo ben dire che il valore è *lanatura delle cose espressa in termini intellegibili affinché l'uomose ne possa servire per i suoi fini morali*»[134].

Date queste premesse, riprendendo le considerazioni precedenti, possiamo affermare che la *apprehensio boni* stia alla base della *giurisprudenza dei valori* di Bettiol. La forma di conoscenza ad essa propria appare infatti essere quella della *apprehensio,* locuzione specialistica atta a designare l'"intuizione intellettuale", che, come scrive Dario Composta, «indica la presa diretta di un oggetto conforme, il fine appreso come bene connaturale perfettivo»[135]. Il valore perciò si costituisce in relazione al fine intrinseco alla forma essenziale dell'ente, quindi si trova nell'ordine delle cose. I valori sono, in questa prospettiva, i fini non della volontà, ma della realtà e dell'essere della persona[136].

Il passaggio dalla teleologia alla assiologia fonda così il dover essere[137], non tuttavia secondo modalità deduttive, bensì in senso *speculare*, perché i valori, coincidenti con i fini dell'essere, si riflettono nei doveri, giustificandoli realisticamente e dando loro un contenuto specifico[138]. La bontà dell'oggetto si impone al soggetto e lo avvince, producendo l'obbligazione deontica[139].

Ora, dato che, come si è visto, «questo valore può anche essere chiamato *bene giuridico* ed è il criterio decisivo per la costruzione del concetto penale individuale»[140], si può acclarare come nella *giurisprudenza dei valori* bettioliana si rinvenga la simultaneità del momento teoretico dato dalla *apprehensio boni* e del momento fronetico dato dal sillogismo pratico[141], base "logica" per l'esercizio della prudenza, e quindi anche della *iuris prudentia*; si tratta, nella fattispecie, di un procedimento che assume come premessa maggiore, piuttosto che una pura deliberazione, un dato cognitivo colto concettualmente ed esprimente il finalismo del reale nelle sue implicazioni assiologiche, un dato nel quale si ritrova altresì il nucleo portante di quel *concetto penale individuale* che è l'oggetto specifico della *logica concreta*[142].

5. - Dunque, volgendoci verso le conclusioni, la prospettazione comparativa delle "filosofie" soggiacenti alla dottrina penale dei due Maestri che si è inteso prendere in esame ci consente di presentare alcune risultanze che vogliono porsi soprattutto in guisa di ipotesi interpretative aperte: da una parte, in Welzel si dipana un teleologismo che, centrandosi su un'azione finalistica caratterizzata psicologicamente ed appellandosi, nella ricerca di uno stabile *ubi consistam*, ad una "struttura logica delle cose" comunque innestata, con funzioni appunto logico-condizionali, nell'alveo di un impianto positivistico, non riesce a fuoriuscire dalle maglie di quella prospettiva idealistico-trascendentale

---

[134] G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., 81-82.

[135] D. Composta, *La nuova morale e i suoi problemi. Critica sistematica alla luce del pensiero tomistico*, Città del Vaticano 1990, 126.

136 «Dall'intuizione del bene – osserva ancora Composta – scaturisce simultaneamente senza inferenze e deduzioni il principio deontologico "si deve fare il bene", così' come, per ragione opposta, affiora l'imperativo "non fare il male". S. Tommaso connette strettamente la "*apprehensio boni*" con l'affermazione del principio supremo dell'universo etico "*bonum faciendum, malum autem vitandum*" poiché è il bene stesso che è completivo della volontà e la vincola». D. Composta, *op. cit.*, 127.

137*Ibid*.

[138] «Il valore, dunque – scrive Composta – non è che il fine affermato come bene conveniente degno connaturale». D. Composta, *op. cit.*, 126.

[139] Da qui, come osserva Dario Composta, «consegue che la questione della cosiddetta fallacia naturalistica, che da Hume a Kelsen ha deliziato la filosofia anglosassone [...], trova nel tomismo la sua risposta adeguata. È proprio il fine che fonda il bene, l'essere che fonda il dover essere». D. Composta, *op. cit*., 127.

[140] G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., 83.

[141] «Aristotele presenta infatti il sillogismo pratico come esprimente nella premessa maggiore il fine a cui si tende e nella minore il mezzo necessario a realizzarlo». E. Berti, *Le ragioni di Aristotele*, Roma-Bari 1989, 148. Per ulteriori approfondimenti sul sillogismo pratico si rinvia alla menzionata trattazione di E. Berti, *op. cit.*, spec. 147-148.

[142] Cfr. G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., 83-34.

avverso la quale aveva inteso slanciarsi; dall'altra, nella giurisprudenza dei valori bettioliana appare invece realizzarsi un ancoraggio ad una metafisica intesa in senso classico che, se garantisce al diritto penale una connessione con l'esperienza e con l'ordine assiologico oggettivo del mondo sociale, rende altresì possibile (e teoricamente lecito) il ritorno del diritto naturale[143] nelle forme concrete e ad aggetto sostanzialista di una scienza penale teleologicamente concepita.
Le conseguenze di carattere dogmatico scaturenti da questa divaricazione filosofica appaiono altrettanto significative: il teleologismo welzeliano, pur senza tracimare negli eccessi irrazionalistici di un *Gefühlstrafrecht*[144]o nelle derive utilitaristiche segnate dalla *Interessenjurisprudenz*[145], rimane sostanzialmente ancorato ad una concezione unitaria del reato, valorizzando oltremodo quei fattori psichico-intenzionali dell'azione che illuminano i processi volitivi e conferiscono alla colpevolezza una più esatta tonalità cromatica[146], ma lasciando al contempo illanguidire la consistenza ontica del *fatto* e, soprattutto, le peculiarità e le caratteristiche realistico-oggettive dell'*antigiuridicità*. Al contrario, è proprio su questo elemento che pone l'accento tonico la giurisprudenza dei valori bettioliana, facendone il cuore del principio di *offensività*[147]: riproponendo su basi propriamente metafisiche il classico modello tripartito mutuato da Delitala[148], il Patavino proietta i tre elementi del reato in una solida struttura ontologica che, nel conferire a ciascuno di essi una puntuale autonomia morfologico-funzionale, lascia emergere quale perno del sistema un'antigiuridicità ruotante a sua volta intorno al bene giuridico concreto. Ne risulta così possibile, da un lato, leggere nella norma penale il valore realisticamente fondato che ne individua la *ratio*, dall'altro, coniugare, nell'interpretazione del fatto e della colpevolezza, vista come la "forma" dell'*essere colpevole*[149], le

---

[143] Ci sembra, su questo punto, di poter concordare definitivamente con la tesi interpretativa formulata da Marini: «nella veduta di Bettiol il diritto naturale non è astrattamente scisso dal diritto positivo e non è posto fuori dalla storia anche se non ne viene davvero fagocitato in nome di uno storicismo integrale. Rimanda invece ad un criterio che si radica all'interno del diritto positivo, rendendo possibile la sua stessa esistenza, e si risolve in una domanda di giustizia che opera quale garanzia nei confronti del potere (G. Bettiol, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Palermo 1953, ora in *Scritti giuridici*, cit., tomo II, 795)». G. Marini, *op. cit.*, 20. Una tale impostazione del problema del diritto naturale, invero, non isola Bettiol, ma lo avvicina piuttosto al "giusnaturalismo" dei più avvertiti interpreti novecenteschi della tradizione tomistica, come Olgiati, Rommen, o Villey.

[144] Si vedano, in proposito: G. Dahm, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter. Untersuchungen über die Beziehungen zwichen Theorie und Praxis im Strafrecht*, Berlin-Leipzig 1931; F. Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin 1935; G. Dahm, *Untersuchungen zur verfassungs und strafrechtsgeschichte der italienischen städt im mittelalter*, Hamburg 1941.

[145]Cfr. P. Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932; R. Müller-Erzbach, *Wohin führt die Interessenjurisprudenz?*, Tübingen 1932.

[146] Si consulti soprattutto G. Jakobs, *op. cit.*, 386-388.

[147] Si rimanda in particolare allo studio di R. Riz, *Il principio di offensività*, in *Dallo Stato*, cit., 71-90.

[148] G. Delitala, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padova 1930.

[149] Per Bettiol, la colpevolezza si identifica con la «*rimproverabilità* per un fatto compiuto; se quindi di stati di coscienza si può parlare questi sono ammissibili solo nell'ambito e nell'intensità di un giudizio di colpevolezza». G. Bettiol, *Stato di diritto e «Gesinnungstrafrecht»*, cit., 133. Vanno in proposito posti in evidenza tre fattori chiave relativi all'idea bettioliana di colpevolezza, tre fattori che qualificano in modo dirimente il *Gesinnungstrafrecht* che l'Autore, insieme con Giuseppe Zuccalà, viene a costruire soprattutto a partire dagli anni '70: il primo di essi è il necessario raccordo della rimproverabilità con un comportamento compiutamente o parzialmente agito; il secondo consta del necessario rapportarsi degli "stati di coscienza" valutativi ed intenzionali del soggetto con dei valori sociali concreti, fondati ontologicamente ed incorporati al diritto nella forma di beni giuridici di rilevanza penale; il terzo consiste nelle proprietà etico-cognitivistiche della coscienza, intesa non come il libero atteggiarsi della volizione o dell'impulsività, ma come una facoltà morale di ordine espressamente "apprensivo". Se dunque, «l'atteggiamento di coscienza rispetto ai valori è il vero criterio di fondo che conta ai fini di una responsabilità penale *personalisticamente* intesa (Ivi, 137)», l'ancoraggio alla *res*, alla fattualità, rimane comunque essenziale, sia nel senso della rilevanza di tali atteggiamenti solo in dipendenza di una loro traduzione in concrete condotte d'azione, sia per quanto concerne la fondazione nell'*ens*, e quindi nell'ordine *reale*, del plesso dei valori sociali oggetto di tutela. E questo, da una parte attribuisce alla colpevolezza una posizione specifica all'interno della teoria del reato, dall'altra ne riporta il fondamento ad una concezione antropologica ben determinata. «Gli stati di coscienza sono eticamente rilevanti se l'uomo non è inteso solo come un'entità naturalistica-zoologica; e il diritto penale – legato com'è all'etica – non può dagli stessi prescindere, non già per sostituirli (e questo è il punto) al fatto o alla volontarietà, ma solo per misurare il grado della colpevolezza o della rimproverabilità proprio ad

determinazioni volitive e proiettive dei soggetti agenti con una comprensione profonda, articolata ed assiologicamente rilevante di quella struttura oggettiva dell'essere che, con il linguaggio classico ma non obsoleto della *philosophia perennis*[150], ci si perita ancora di denominare "ordine naturale delle cose".

ogni suo comportamento». Ivi, 142. Sulla figura dello Zuccalà, co-artefice di questa prospettiva, si veda P. Patrono, *Ricordo di Giuseppe Zuccalà*, in *RIDP*, 2016 (59), 4, 1649-1651.

[150] Cfr. A. Vernacotola Gualtieri D'Ocre, *Diritto naturale e philosophia perennis. Una lettura incrociata delle prospettive tomistiche di Rommen e Pizzorni*, in *Ripensare il diritto naturale e la dignità umana. Tradizione e attualità di due topoi etico-giuridici*, a cura di M. Krienke, Torino 2020, 115-125.