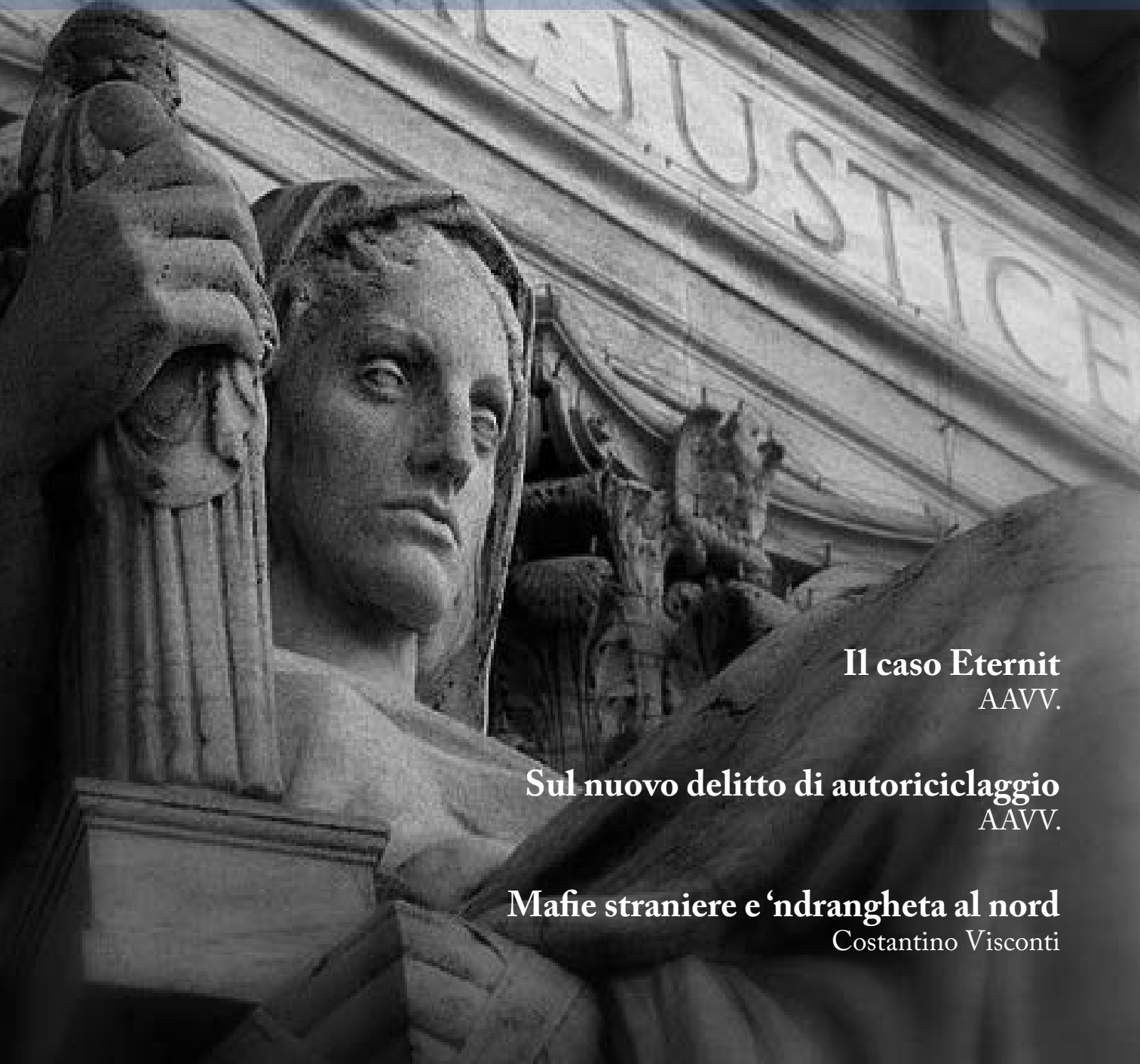


Rivista Trimestrale - 1/2015



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO



Il caso Eternit
AAVV.

Sul nuovo delitto di autoriciclaggio
AAVV.

Mafie straniere e 'ndrangheta al nord
Costantino Visconti

EDITORE

Luca Santa Maria

DIRETTORE RESPONSABILE

Francesco Viganò

VICE DIRETTORI

Gian Luigi Gatta

Guglielmo Leo

Luca Luparia

REDATTORI

Angela Della Bella

Stefano Zirulia

Alberto Aimi

Tommaso Trincherà

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Anna Liscidini (coordinatore)

Marco Montanari

Susanna Arcieri, Alessandra Galluccio, Irene Gittardi,

Maria Chiara Ubiali, Alessandra Verri

COMITATO SCIENTIFICO

Emilio Dolcini

(coordinatore diritto penale)

Novella Galantini

(coordinatore diritto processuale penale)

Roberto Bartoli, Fabio Basile, Silvia Buzzelli, Elena Maria

Catalano, Massimo Ceresa Gastaldo, Fabrizio D'Arcangelo,

Gian Paolo Demuro, Antonio Gullo, Stefano Manacorda,

Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri,

Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni,

Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Paolo Renon,

Gioacchino Romeo, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri,

Domenico Pulitanò, Marco Scoletta, Rosaria Sicurella,

Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Alfio Valsecchi,

Costantino Visconti, Matteo Vizzardi



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, espressione di una partnership tra lo Studio legale dell'avvocato Luca Santa Maria di Milano, che ha ideato l'iniziativa, ne ha finanziato la realizzazione tecnica e ne è l'editore, e la Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, cui afferiscono i componenti del Comitato scientifico che supervisiona i contenuti della Rivista. La Rivista è diretta da un Comitato di direzione composto da un gruppo di magistrati, di avvocati e di giovani docenti di diritto e procedura penale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito.

Peer review

La qualità scientifica dei lavori di più ampio respiro pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, professori ordinari italiani e stranieri di diritto e procedura penale, che la Rivista vivamente ringrazia per avere accettato questo compito.

Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori Riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole di entrambi i revisori. La designazione dei revisori per ciascun lavoro di diritto o di procedura penale è effettuata automaticamente seguendo l'ordine alfabetico dei revisori di ciascuna disciplina pubblicato in calce, in ragione della data e dell'ora in cui ciascun lavoro è pervenuto all'indirizzo e-mail della redazione. Nel caso di impedimento da parte del revisore designato subentra il revisore successivo nell'elenco alfabetico. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Elenco dei revisori

Prof. Alberto Alessandri, Prof. Ennio Amodio, Prof. Francesco Angioni, Prof. Alessandro Bernardi, Prof. David Brunelli, Prof. Alberto Cadoppi, Prof. Stefano Canestrari, Prof. Francesco Caprioli, Prof. Mauro Catenacci, Prof. Mario Chiavario, Prof.ssa Ombretta Di Giovine, Prof. Massimo Donini, Prof. Giovanni Fiandaca, Prof. Luigi Foffani, Prof. Gabriele Fornasari, Prof. Glauco Giostra, Prof. Giovanni Grasso, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Sergio Lorusso, Prof. Luca Marafioti, Prof. Enrico Marzaduri, Prof. Jean Pierre Matus, Prof. Adan Nieto Martin, Prof. Renzo Orlandi, Prof. Francesco Palazzo, Prof. Lorenzo Picotti, Prof. Paolo Pisa, Prof. Mario Romano, Prof. Sergio Seminara, Prof. Placido Siracusano, Prof. Paolo Veneziani

ANNO 2014, CODICE ISSN 2240-7618

Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011. Sede legale Via Serbelloni, 1, 20122 Milano

Impaginazione a cura di Chiara Pavesi - www.chiarapavesi.it

EDITORIALE	In questo numero Francesco Viganò	1
I GRANDI TEMI DEL DIRITTO E DEL PROCESSO PENALE	Primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazioni nel recente d.d.l. governativo Marta Bargis	4
	Il nodo della prescrizione Domenico Pulitanò	20
	Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona Stefano Ruggeri	31
	Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica Thomas Vormbaum	51
SUL CASO ETERNIT	Il diritto non giusto non è diritto, ma il suo contrario. Appunti brevissimi sulla sentenza di Cassazione sul caso Eternit Luca Santa Maria	74
	Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit Gian Luigi Gatta	77

SUL NUOVO DELITTO DI AUTORICICLAGGIO	Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione	86
	David Brunelli	
	Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"	95
	Stefano Cavallini e Luca Troyer	
	Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio	108
Francesco Mucciarelli		
	Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del d. lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illazioni ed azzardi esegetici	124
	Alessandra Rossi	
	Il nuovo delitto di "Autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa	137
	Filippo Sgubbi	
ALTRE RECENTI RIFORME	Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità	143
	Giuliano Balbi	
	La rescissione del giudicato ex art. 625 <i>ter</i> c.p.p.: un istituto da rimeditare	160
	Marta Bargis	
	La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi	170
	Gian Marco Caletti	
	Alcune considerazioni sulla nuova disciplina del processo in assenza e nei confronti degli irreperibili	196
	Agata Ciavola	
	Considerazioni sulla (in)applicabilità delle fattispecie di cui agli artt. 727-<i>bis</i> e 733-<i>bis</i> c.p.	219
	Elio Lo Monte	

	Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia	231
	Alessandro Roiati	
	Concussione e induzione indebita: il formante giurisprudenziale tra legalità <i>in the books</i> e critica dottrinale	241
	Antonino Sessa	
MAFIE E CONFISCHE	Mafie etniche, elaborazione e applicazione delle massime di esperienza: le criticità derivanti dall'interazione tra "diritto penale giurisprudenziale" e legalità	266
	Giovanna Amato	
	La <i>torsione</i> della confisca di prevenzione per la soluzione del <i>problema</i> dell'evasione fiscale	282
	Marina Di Lello Finuoli	
	La direttiva 2014/42/ue relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"	300
	Anna Maria Maugeri	
	La suprema corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali	337
	Anna Maria Maugeri	
	Mafie straniere e 'ndrangheta al nord	353
	Costantino Visconti	
L'OBIETTIVO SU...	Disturbo da gioco d'azzardo ed imputabilità	383
	Raffaele Bianchetti	
	Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione	410
	Annalisa Mangiaracina	
	Violenza di genere e femminicidio	430
	Antonella Merli	
	Uno sguardo 'oltremanica': strategie di contrasto del sovraffollamento carcerario nel modello inglese	469
	Chiara Mancuso	

EDITORIALE

1

In questo numero
Francesco Viganò

IN QUESTO NUMERO

Francesco Viganò

1.

Il *processo* penale è il grande malato. Si tratta una diagnosi diffusa, che riflette l'ormai radicata consapevolezza dell'incapacità del nostro sistema processuale – disegnato dal codice del 1989 e modificato in seguito un'infinità di volte dal legislatore e dalla Corte costituzionale – ad assicurare una giustizia *giusta* in tempi ragionevoli. E ciò a fronte di imponenti flussi in entrata, che non riescono a essere smaltiti se non con grande ritardo dalla giurisdizione, nonostante i lodevoli sforzi organizzativi di molti uffici giudiziari e l'impegno – spesso al limite dell'abnegazione – della stragrande maggioranza dei magistrati nello svolgimento dei loro compiti. Con conseguente crisi di fiducia dell'opinione pubblica nel sistema penale nel suo complesso: che viene largamente percepito come una macchina inefficiente, produttrice di decisioni contraddittorie – specie quando verdetti dalla vasta risonanza mediatica vengono ribaltati in appello o in cassazione, a distanza di molti anni dalla commissione del fatto.

Necessarie sono, pertanto, incisive riforme del processo, invocate del resto dai massimi vertici del potere giudiziario in tutte le pubbliche occasioni. A cominciare dal nodo delicatissimo delle impugnazioni, in particolare in grado d'appello, dal momento che proprio il giudizio di secondo grado costituisce uno dei principali imbuto in cui si arrestano, o quanto meno subiscono gravi rallentamenti, i processi penali italiani. Un nodo sul quale vorrebbe finalmente incidere il disegno di legge di riforma del titolo IX del c.p.p., attualmente all'esame delle camere e oggetto, in questo numero, di un'ampia analisi da parte di Marta Bargis, che abbiamo per la prima volta l'onore di ospitare nella nostra *Rivista* addirittura con due contributi.

2.

Strettamente legata ai tempi del processo è d'altra parte la materia della *prescrizione* del reato: istituto formalmente classificato dal nostro legislatore come attinente al diritto penale sostanziale, ma legato a doppio filo al processo, stante la sua funzione – impropria dal punto di vista concettuale, ma conquistata sul campo nella prassi – di argine garantistico contro l'eccessiva durata del processo medesimo. Alla riforma dell'istituto – tante volte indicata come una priorità, anche dalle istituzioni europee, ma mai avvertita realmente come tale dalla nostra classe politica – è dedicato un perspicuo studio di Domenico Pulitanò, che prosegue e sviluppa [la riflessione che chi scrive avviò anche sulle pagine della nostra Rivista](#) su questo tema.

3.

Ancora attorno al nodo del processo ruota poi il lavoro di Stefano Ruggeri su giudicato costituzionale, processo penale e diritti della persona: tema complesso, occasionato dalle ripercussioni di una serie di sentenze recenti della Corte costituzionale sulle sentenze già passate in giudicato che avevano fatto applicazione di norme dichiarate incostituzionali, ma che si inserisce nel più ampio dibattito suscitato dal tumultuoso sviluppo del diritto pretorio che, in questi ultimi anni, ha scosso sin dalle fondamenta il *dogma del giudicato*, in omaggio a istanze di tutela dei diritti fondamentali della persona nella fase di esecuzione della pena, ritenuti poziori rispetto al valore della 'certezza giuridica' tradizionalmente considerato alla base dell'i-

stituito della cosa giudicata. Uno sviluppo della giurisprudenza alla quale anche noi di *Diritto penale contemporaneo*, nel nostro piccolo, abbiamo cercato di attivamente contribuire, quanto meno a far data dai nostri primi interventi sui ‘fratelli minori’ di Scoppola, un po’ i capostipiti – loro malgrado – di questa *nouvelle vague* giurisprudenziale, che certo avrà turbato i sonni di non pochi giuristi e studiosi più legati alle tradizioni.

4.

Questo numero offre, d’altra parte, numerosi importanti contributi incentrati sul *diritto penale sostanziale*: su temi ‘di sempre’ e dal vasto respiro culturale – come nel caso del saggio dello studioso tedesco Vornbaum sulla *frammentarietà* del diritto penale come connotato descrittivo e prescrittivo –, così come su temi di scottante attualità nello specifico contesto italiano. A cominciare dal dibattito, non sopito, suscitato dalla sentenza *Eternit* della Cassazione, al quale sono dedicati un intervento del nostro editore, Luca Santa Maria, e un commento di Gian Luigi Gatta, vice direttore di questa *Rivista*, i quali testimoniano, nella diversità dei rispettivi accenti, quanto anche all’interno del nostro gruppo le opinioni su temi così complesse siano plurali e articolate – come plurale e articolata è, d’altronde, la stessa realtà cui norme penali, nate più di ottant’anni fa in contesti socioeconomici affatto diversi, devono essere applicate.

Altri lavori sono dedicati ad alcune *riforme penali recenti*: il nuovo delitto di autoriciclaggio, tanto reclamato dalle procure italiane, i cui precisi contorni restano per in larga parte da definire da parte della giurisprudenza, a fronte di un dato testuale non certo di cristallina chiarezza, e non esente da gravi imprecisione dal punto di vista della tecnica legislativa; e naturalmente ancora la riforma dei delitti di corruzione, con l’ancora *vexata quaestio* – nonostante la sentenza *Maldera* delle Sezioni Unite – della distinzione tra concussione e induzione indebita, su cui tornano due contributi di Giuliano Balbi e Antonino Sessa.

Nemmeno in questo numero manca poi una speciale attenzione alle *mafie*, e agli strumenti di contrasto anche patrimoniale a tali fenomeni criminosi – *in primis* la confisca nella sua ormai multiforme fisionomia, oggetto di due nuovi interventi di Anna Maria Maugeri, dedicati rispettivamente agli obblighi sovranazionali in materia discendenti dalla direttiva 2014/42/UE e alla recente giurisprudenza della Cassazione in materia di sequestro e confisca dell’impresa mafiosa, oltre che di un lavoro di una giovane studiosa sull’uso (e abuso) della confisca di prevenzione come strumento di contrasto all’evasione fiscale, più che alla grande criminalità organizzata. I contributi di Costantino Visconti e Giovanna Amato pongono invece l’accento sulla realtà delle mafie al di fuori dei contesti territoriali tradizionali: la ‘ndrangheta al nord, oggetto per la verità di costante attenzione da parte della magistratura milanese almeno dagli anni novanta in poi, e le c.d. mafie ‘etniche’, ancora per varie ragioni di difficile afferrabilità mediante la fattispecie base di cui all’art. 416 *bis* c.p. e le sue norme ‘satellite’.

5.

E ancora, il lettore troverà ben due bilanci critici della giurisprudenza in materia di responsabilità medica successiva alla legge Balduzzi, un punto della situazione sulla nuova disciplina in materia di processo in assenza e nei confronti degli irreperibili, un’analisi delle nuove fattispecie contravvenzionali in materia di diritto penale dell’ambiente introdotte in (assai parziale...) attuazione della corrispondente direttiva del 2008 dell’Unione europea, un’analisi di taglio criminologico su gioco d’azzardo e imputabilità, un saggio su violenza di genere e femminicidio, due lavori sulla piaga del sovraffollamento carcerario oltre che un prezioso contributo critico di Marta Bargis sul nuovo istituto della rescissione del giudicato.

Buona lettura a tutti, dunque.

I GRANDI TEMI DEL DIRITTO E DEL PROCESSO PENALE

-
- 4** **Primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazioni
nel recente d.d.l. governativo**
Marta Bargis
-
- 20** **Il nodo della prescrizione**
Domenico Pulitanò
-
- 31** **Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona**
Stefano Ruggeri
-
- 51** **Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica**
Thomas Vormbaum

PRIMI RILIEVI SULLE PROPOSTE DI MODIFICA IN MATERIA DI IMPUGNAZIONI NEL RECENTE D.D.L. GOVERNATIVO

Marta Bargis

ABSTRACT

Lo scritto propone un'analisi del recente d.d.l. governativo (Atto C N. 2798, che ha iniziato il suo cammino parlamentare davanti alla Commissione giustizia della Camera il 13 gennaio 2015) per quanto attiene alle proposte di modifica in materia di impugnazioni, e alle correlate direttive di delega, con esclusivo riguardo alle disposizioni del Libro IX del codice di rito penale.

SOMMARIO

1. Considerazioni introduttive: il perimetro delle proposte e l'oggetto dell'analisi. – 2. Le modifiche alle disposizioni generali sulle impugnazioni. – 3. Le innovazioni in tema di appello: *a)* la reintroduzione "rivisitata" del concordato sui motivi. – 4. Segue: *b)* un innesto in chiave europea nella rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. – 5. Segue: *c)* le direttive di delega. – 6. Gli interventi sul ricorso per cassazione tra delega e codice: *a)* la direttiva di delega. – 7. Segue: *b)* i ritocchi al codice tra deflazione e nomofilachia. – 8. La nuova competenza funzionale per la rescissione del giudicato e le sue ricadute.

1. Considerazioni introduttive: il perimetro delle proposte e l'oggetto dell'analisi.

Il d.d.l., presentato dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'interno e con il Ministro dell'economia e delle finanze, il 23 dicembre 2014, ma assegnato alla Commissione giustizia della Camera il 13 gennaio 2015 (C N. 2798)¹, persegue, nella sua complessa articolazione di proposte di modifica al codice penale e al codice di procedura penale, molteplici obiettivi, che spaziano dal rafforzamento delle garanzie difensive alla realizzazione della durata ragionevole dei processi, nonché – necessitato inserimento dell'ultima ora² – a un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo; inoltre, sono previste modifiche all'ordinamento penitenziario, mirate al fine dell'effettività rieducativa della pena. Una particolare caratteristica del provvedimento è data dalla sua natura per così dire "mista", nel senso che in esso convivono modifiche immediatamente operanti sul tessuto normativo e direttive di delega³.

Le proposte in tema di impugnazioni – di cui ci occuperemo in questa sede – vanno sicuramente collocate sotto un'insegna semplificatrice: lo conferma, se ce ne fosse stato bisogno, l'intitolazione del Capo III (artt. 17-21) del Titolo II (Modifiche al codice di procedura penale), che suona appunto «Semplificazione delle impugnazioni»: si può per ora anticipare che gli artt. 17-20⁴ di tale Capo prevedono modifiche che attuano la semplificazione con modalità variegata, talora attraverso il semplice snellimento procedurale, talaltra mediante strumenti di tipo deflativo o con funzione deterrente, o ancora, in via preventiva, tramite un consolidamento della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione. Una scelta sistematica strutturale – sebbene con effetti deflativi sul carico di lavoro della Suprema Corte – ispira poi la modifica della competenza funzionale per la rescissione del giudicato, istituito da poco introdotto nel nostro codice di rito penale. La natura "mista" del provvedimento, poco sopra ricordata, coinvolge pure la materia delle impugnazioni: infatti, il Titolo IV (Delega al Governo per la riforma del processo penale e dell'ordinamento penitenziario) detta, all'art. 25 comma 1 lett. *d-l*, altrettanti principi e criteri direttivi sull'argomento che ci occupa: si tratta, all'evidenza, di profili sui quali non si è trovato l'accordo politico e che, comunque, se dovessero venire approvati dal Parlamento, richiederebbero un anno di tempo per l'attuazione ad opera del Governo⁵.

Tanto le modifiche proposte al Libro IX del codice di procedura penale quanto le direttive di delega non nascono dal nulla, ma tengono conto e di fatto riproducono, sia pure con alcune varianti, l'articolato redatto dalla Commissione Canzio⁶, che, a sua volta, riprendeva certi profili dalle direttive di delega elaborate, nella XV legislatura, dalla Commissione Riccio.

Al di là del giudizio sui singoli aspetti coinvolti, va da subito apprezzata la scelta di fondo,

¹ Per la [presentazione del contenuto del d.d.l. v. L. MATARRESE-S. ZIRULIA](#), in *Dir. pen. cont.*, 15 gennaio 2015.

² Cfr. il Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 41 del 12 dicembre 2014, nel punto relativo alla «Lotta alla corruzione». Il riferimento è agli artt. 3 e 4 del d.d.l.: attualmente, però, il Governo ha individuato per la materia una corsia preferenziale al Senato, dove davanti alla Commissione giustizia sono in discussione vari d.d.l. d'iniziativa parlamentare. Quanto invece alle modifiche in tema di prescrizione (art. 5 del d.d.l.), la Commissione giustizia della Camera si occupa del nuovo testo della p.d.l. C 2150, Ferranti, recante modifiche al codice penale in materia di prescrizione dei reati, adottata come testo base: il termine per la presentazione degli emendamenti è stato fissato per lunedì 16 febbraio 2015.

³ Nell'ambito del Titolo I del d.d.l. (Modifiche al codice penale), il Capo II contiene la delega per la riforma del regime di procedibilità per alcuni reati, per la revisione delle misure di sicurezza e per il riordino di alcuni settori del codice penale (art. 6 comma 1); la delega per la revisione della disciplina del casellario giudiziale (art. 7 comma 1) e la delega per l'adozione di norme di attuazione, di coordinamento e transitorie con riferimento alle disposizioni degli artt. 6 e 7 (art. 8). Nel titolo IV del d.d.l. (Delega al Governo per la riforma del processo penale e dell'ordinamento penitenziario), gli artt. 24, 25 26 e 27 prevedono, rispettivamente, i termini e la procedura per l'esercizio della delega; i principi e criteri direttivi per la riforma del processo penale in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni e di giudizi di impugnazione; i principi e criteri direttivi per la riforma dell'ordinamento penitenziario; la delega per l'adozione di norme di attuazione, di coordinamento e transitorie con riguardo alle disposizioni degli artt. 25 e 26.

⁴ L'art. 21 del d.d.l. stabilisce, al comma 2, che i presidenti delle corti di appello, nell'annuale relazione sull'amministrazione della giustizia, riferiscono «dati e notizie sull'andamento dei giudizi d'appello» definiti ai sensi dell'art. 599 *bis* c.p.p., come introdotto dall'art. 18 del d.d.l. (su cui v. *infra*, § 3).

⁵ L'art. 24 comma 1 del d.d.l. prevede infatti il termine di un anno dall'entrata in vigore della legge per l'adozione dei decreti legislativi delegati; adottati su proposta del Ministro della giustizia, i decreti vanno poi trasmessi alle Camere per l'espressione dei previsti pareri (art. 24 comma 2). A sua volta, l'art. 28 del d.d.l. prevede che entro un anno dalla data di entrata in vigore della nuova disciplina processuale e penitenziaria, il Governo è autorizzato ad adottare, con la procedura indicata nell'art. 24 comma 2, uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive, nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi fissati dagli artt. 25 (per il processo penale) e 26 (per l'ordinamento penitenziario).

⁶ L'intero articolato della Commissione Canzio (suddiviso in cinque file), con la Relazione di accompagnamento, è stato pubblicato in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014, con il titolo *Verso una mini-riforma del processo penale: le proposte della Commissione Canzio*. Ai nostri fini interessa specificamente, per gli opportuni raffronti, il file dedicato alle «Modifiche in materia di Impugnazioni».

cioè quella di intervenire in modo globale sulla tematica delle impugnazioni, finora oggetto viceversa di interventi o di proposte settoriali sui singoli mezzi impugnativi – l'appello o il ricorso per cassazione – a seconda della necessità contingente, esponendo il sistema a onde sismiche di frammentazione.

La presente analisi avrà ad oggetto – come appena chiarito – solo le proposte di modifica alle disposizioni contenute nel Libro IX del codice di rito penale e le correlate direttive di delega.

Non si può fare a meno di notare, tuttavia, che la riscrittura di altri istituti da parte del d.d.l. in discorso ricade anche sulle impugnazioni. A questo proposito, vanno ricordati: *a*) l'art. 10 comma 5 del d.d.l., che propone di inserire nel codice di procedura penale un "nuovo" art. 410 *bis*, dedicato alle nullità del provvedimento di archiviazione, il cui terzo comma prevede che contro l'ordinanza di archiviazione⁷ l'interessato, entro quindici giorni dalla conoscenza del provvedimento, possa proporre impugnazione davanti alla Corte di appello, la quale decide con ordinanza non impugnabile, senza la presenza delle parti, sulla base di un contraddittorio meramente cartolare: si è ritenuto l'odierno ricorso per cassazione un mezzo «eccessivo» rispetto ai vizi da controllare⁸; *b*) l'art. 12 del d.d.l., che ritocca in più punti l'art. 428 c.p.p., dedicato all'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere, sostanzialmente riportando la norma alla veste che la caratterizzava prima della c.d. legge Pecorella: viene reintrodotta l'appello, deciso in camera di consiglio con le forme dell'art. 127 c.p.p.; in caso di conferma in appello della sentenza di non luogo (c.d. doppia conforme di non luogo a procedere)⁹, una previsione innovativa stabilisce che il ricorso per cassazione è limitato alla sola violazione di legge e quindi l'imputato e il procuratore generale possono ricorrere soltanto per i motivi indicati nell'art. 606 comma 1 lett. *a*, *b* e *c* c.p.p.; sul ricorso la Corte di Cassazione decide in camera di consiglio ai sensi dell'art. 611 c.p.p. La reintroduzione dell'appello viene spiegata osservando che la verifica sulle condizioni del rinvio a giudizio dell'imputato «attiene essenzialmente alla ricostruzione del fatto ed al merito dell'accusa» e di conseguenza si rivela estranea al sindacato della Corte di Cassazione¹⁰; *c*) l'art. 14 comma 8 del d.d.l., che interviene sull'art. 448 c.p.p., vi inserisce il comma 2 *bis*, sulla cui base l'imputato e il pubblico ministero possono ricorrere per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento «solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza». Limitando l'ambito di ricorribilità della sentenza di patteggiamento, basata sull'accordo consensuale di imputato e pubblico ministero, si intende escludere a monte, con esiti deflativi, i ricorsi meramente defatigatori¹¹, oggi destinati del resto in prevalenza all'inammissibilità, come da anni documentano le statistiche fornite dalla stessa Corte¹², con correlativo inutile spreco di tempo.

⁷ L'ordinanza è nulla solo nei casi previsti dall'art. 127 comma 5 (art. 410 *bis* comma 2).

⁸ Cfr. la *Relazione al d.d.l. C.N. 2798*, in *Atti parlamentari, Camera dei deputati, XVII legislatura, Disegni di legge e Relazioni*, p. 5: la previsione deriva dall'articolato della Commissione Canzio, dove peraltro era previsto l'appello anche nei casi di nullità del decreto di archiviazione, elencati nell'art. 410 *bis* comma 1.

⁹ Per la c.d. doppia conforme di assoluzione si è viceversa preferito ricorrere alla delega (art. 25 comma 1 lett. *d* del d.d.l.). In proposito v. *infra*, § 6.

¹⁰ In tal senso v. *Relazione al d.d.l. C.N. 2798*, cit., p. 6, anche con riguardo all'eliminazione della persona offesa costituita parte civile dal novero dei soggetti legittimati. Le modifiche in questione sono quelle elaborate dalla Commissione Canzio, ma l'art. 12 comma 2 del d.d.l. interviene altresì sull'art. 428 comma 1 lett. *b* c.p.p., aggiungendo alle formule che non consentono all'imputato di appellare la sentenza di non luogo anche quelle secondo cui il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima. Da notare che, per quanto riguarda i casi in cui l'imputato non è legittimato ad appellare le sentenze di proscioglimento dibattimentali, le medesime formule sono invece state aggiunte a quelle "piene" in una direttiva di delega (art. 25 comma 1 lett. *g* del d.d.l.). In argomento v. *infra*, § 5.

¹¹ Cfr. *Relazione al d.d.l. C.N. 2798*, cit., p. 7. A questa previsione va affiancata la proposta (art. 14 comma 1 del d.d.l.) di inserire nel codice di rito penale l'art. 130 *bis*, secondo cui, «quando nella sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti si devono rettificare solo la specie e la quantità della pena per errore di denominazione o di computo, la correzione è disposta, anche d'ufficio, dal giudice che ha emesso il provvedimento. Se questo è impugnato, alla rettificazione provvede la Corte di cassazione a norma dell'articolo 619, comma 2». Pure queste modifiche sono riconducibili all'articolato della Commissione Canzio.

¹² Dal più recente Rapporto statistico elaborato dalla Corte di Cassazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015 (reperibile in www.cortedicassazione.it) e relativo all'anno solare 2014, si apprende che sono sopravvenuti 6.779 ricorsi avverso sentenze di patteggiamento, pari al 12,1% del totale dei ricorsi sopravvenuti, ammontanti a 55.822; che nel 2014 sono stati definiti 7.063 ricorsi contro tale tipologia di sentenze (pari al 13,2% del totale dei procedimenti definiti, cioè 53.374): il 79,7% di essi è stato dichiarato inammissibile (per la gran parte dalla settima sezione: il 76,2%).

2.

Le modifiche alle disposizioni generali sulle impugnazioni.

Le proposte che concernono le disposizioni generali sulle impugnazioni sono riprese – anche se non integralmente – dall’articolato della Commissione Canzio, e riguardano gli artt. 571 comma 1 e 591 c.p.p.

Prima di esaminarle, va premesso che strettamente collegato alla tematica dei rimedi impugnatori appare l’intento di tipizzare «l’effettivo paradigma devolutivo» su cui calibrare «la facoltà di impugnazione delle parti e i poteri di cognizione del giudice dell’impugnazione», attraverso la costruzione di un «modello legale della motivazione “in fatto” della decisione»¹³, riprendendo sul punto la soluzione già elaborata, nella XV legislatura, dalla Commissione Riccio.

A tale scopo l’art. 16 del d.d.l. propone di sostituire la lett. *e* dell’art. 546 c.p.p., specificando che la motivazione della sentenza di primo grado dovrà contenere «la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l’indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati e con l’enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie», con riguardo a quattro profili: 1) l’accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono all’imputazione e alla loro qualificazione giuridica; 2) la punibilità e la determinazione della pena, secondo le modalità stabilite dall’art. 533 comma 2 c.p.p., e della misura di sicurezza; 3) la responsabilità civile derivante dal reato; 4) l’accertamento dei fatti dai quali dipende l’applicazione di norme processuali. La modifica ipotizzata è apprezzabile per la sua finalità delimitativa: nell’elaborato della Commissione Canzio si prospettava, correlativamente, di modificare l’art. 581 c.p.p., per «rafforzare l’onere della parte di enunciare specificamente i motivi dell’impugnazione», a pena di inammissibilità: in specie, rispetto al testo attuale, avrebbero dovuto venire enunciate in modo specifico anche «le prove delle quali si deduce l’inesistenza, l’omessa assunzione e l’omessa o erronea valutazione» e le richieste, anche istruttorie. Nel testo del d.d.l. non vi è più traccia dell’intervento sull’art. 581 c.p.p. e la ragione va ravvisata nella scelta, sistematicamente più ardua, di trasformare l’appello in mezzo a critica vincolata, sulla falsariga del ricorso per cassazione: infatti, l’art. 25 comma 1 del d.d.l., che detta i principi e i criteri direttivi per la riforma del processo penale in materia di impugnazioni¹⁴, stabilisce, alla lett. *b*, di «prevedere la proponibilità dell’appello solo per uno o più dei motivi tassativamente previsti, con onere di indicazione specifica, a pena di inammissibilità, delle eventuali prove da assumere in rinnovazione»¹⁵.

Venendo alle modifiche delle disposizioni generali sulle impugnazioni, la prima (art. 17 comma 1 del d.d.l.) si concreta nel premettere all’art. 571 comma 1 c.p.p. (secondo cui l’imputato «può proporre impugnazione personalmente o per mezzo di un procuratore speciale nominato anche prima dell’emissione del provvedimento») una clausola di salvezza («Salvo quanto previsto per il ricorso per cassazione dall’articolo 613, comma 1,»): si tratta di una disposizione di raccordo con la eliminazione della possibilità per l’imputato di presentare ricorso per cassazione personalmente, dovuta alla soppressione dell’inciso iniziale dell’art. 613 comma 1 c.p.p. ad opera dell’art. 19 comma 4 del d.d.l., su cui ritorneremo trattando delle modifiche in tema di ricorso¹⁶: qui basti anticiparne la ricaduta deflativa, dato che la maggior parte dei ricorsi per cassazione presentati personalmente dall’imputato vengono dichiarati inammissibili¹⁷.

Il secondo intervento, anch’esso animato da finalità deflative, riguarda la declaratoria di inammissibilità delle impugnazioni disciplinata dall’art. 591 c.p.p.: con l’art. 17 comma 2 del d.d.l. si intende reintrodurre la ripartizione del vaglio sull’ammissibilità tra il giudice *a quo* ed il giudice *ad quem* (presente nell’abrogato codice di rito), inserendo nella norma un nuovo comma 1-*bis*. Così, il giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato, «anche d’ufficio e senza formalità», dichiara con ordinanza l’inammissibilità dell’impugnazione e dispone l’esecuzione del provvedimento nei casi d’inammissibilità “formali”, che cioè non rendono

¹³ Così *Relazione al d.d.l. C.N. 2798*, cit., p. 8.

¹⁴ Cfr. *supra*, nota 3.

¹⁵ Sul punto v. *infra*, § 5.

¹⁶ In proposito v. *infra*, § 7.

¹⁷ Si rinvia a M. BARGIS-H. BELLUTA, *Rimedi per i “mali” della corte di cassazione: ovvero “Carta di Napoli” e dintorni*, in M. BARGIS-H. BELLUTA, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 310.

necessarie valutazioni che «superino l'oggettività delle situazioni»¹⁸ concrete: si tratta della mancanza dei motivi, del difetto di legittimazione, della non impugnabilità del provvedimento, della inosservanza delle disposizioni di cui agli artt. 582, 583, 585 e 586 c.p.p. (concernenti la presentazione e la spedizione dell'atto impugnativo, i termini per impugnare e l'impugnazione delle ordinanze dibattimentali) e della rinuncia all'impugnazione. Se non rilevata dal giudice *a quo* (l'art. 17 comma 3 del d.d.l. premette, infatti, al comma 2 dell'art. 591 c.p.p. le parole «Se non è stata rilevata dal giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato,»), l'inammissibilità potrà ancora venire dichiarata, anche di ufficio, con ordinanza, dal giudice *ad quem* sia per motivi «formali» sfuggiti al giudice *a quo* o sopravvenuti (come la rinuncia) sia per mancanza di interesse o per difetto di specificità dei motivi.

Non c'è dubbio che, da un lato, la proposta disciplina eliminerebbe i «tempi morti», consentendo senza ritardo la «scrematura» dei casi evidenti d'inammissibilità, e, dall'altro, dovrebbe sortire un effetto disincentivante per le impugnazioni meramente dilatorie. Rimane da segnalare il *deficit* di tutela correlato all'informalità della procedura seguita dal giudice *a quo*, da compensare con il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza che dichiara l'inammissibilità: non sono impossibili, infatti, errori di tale giudice, che potrebbe, ad esempio, avere ritenuto erroneamente scaduto il termine per impugnare. Va però posto in luce che l'art. 25 comma 1 del d.d.l., ove si dettano i principi e i criteri cui dovrà attenersi il legislatore delegato, impone, alla lett. l, di «prevedere che l'inammissibilità dell'appello sia dichiarata in camera di consiglio con l'intervento del pubblico ministero e dei difensori»: parlando in generale d'inammissibilità, la direttiva sembra riferirsi sia alla declaratoria del giudice *a quo* sia a quella del giudice *ad quem* e dunque s'intravede una contraddizione con la locuzione «senza formalità» che compare nel nuovo art. 591 comma 1 *bis* c.p.p.

Nella Relazione al d.d.l. si sottolinea, in rapporto al suddetto art. 25 comma 1 lett. l, che l'inammissibilità dell'appello non comprende, diversamente da quanto accade per il ricorso per cassazione, anche i casi di manifesta infondatezza dei motivi¹⁹: aspetto di particolare rilievo, se si considera che proprio il Presidente Canzio, già nella sua Relazione sull'amministrazione della giustizia nel Distretto della Corte di appello di Milano, in occasione della inaugurazione dell'anno giudiziario 2014, si era dichiarato favorevole – sulla scia degli artt. 348 *bis* e 348 *ter* c.p.c. – ad introdurre un «filtro» all'appello attraverso la declaratoria d'inammissibilità «per la manifesta infondatezza dei motivi di gravame»²⁰, convinzione peraltro ribadita nell'omologa Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015²¹. Una soluzione del genere non appare convincente perché un giudizio d'inammissibilità dell'appello per manifesta infondatezza potrebbe facilmente trasmodare in una decisione sul merito²²; va poi aggiunto che il parere sull'utilità deflativa del «filtro» all'appello civile appare quantomeno incerto²³. Ma, come vedremo in seguito²⁴, la manifesta infondatezza torna a fare capolino nella proposta interpolazione dell'art. 603 c.p.p.: con quale coerenza è difficile dire.

¹⁸ Cfr. *Relazione al d.d.l. C.N. 2798*, cit., p. 9.

¹⁹ Per tale sottolineatura v. *Relazione al d.d.l. C.N. 2798*, *ibidem*.

²⁰ A detta del Presidente Canzio, infatti, «a parte ogni considerazione teorica circa l'utilità generale di «filtri» alle impugnazioni, dopo l'intervento riformatore sulla inammissibilità dell'appello civile «quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolto» (cioè quando le ragioni che lo sostengono si prospettano manifestamente infondate), non appare coerente, attesa la comune *ratio* dell'istituto, una diversità del meccanismo dell'inammissibilità per l'appello penale» (cfr. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nel Distretto della Corte di appello di Milano*, 25 gennaio 2014, p. 67).

²¹ *Relazione sull'amministrazione della giustizia nel Distretto della Corte di appello di Milano*, 24 gennaio 2015, p. 54.

²² Secondo G. SPANGHER, *Cassazione e appello. Le funzioni complementari del controllo*, in *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Atti del Convegno, Roma, 27-29 settembre 2012, Giuffrè, Milano, 2014, p. 168, sarebbe «inaccettabile» introdurre «il motivo manifestamente infondato tra i casi di inammissibilità del giudizio d'appello».

²³ Come emergeva dalla *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2013*, Roma, 24 gennaio 2014, pp. 55-57, nella quale si dava conto di molte valutazioni negative provenienti dai distretti di Corte di appello, eccezion fatta per quello di Milano. Tali valutazioni ponevano l'accento, tra l'altro, sulla non effettiva deflazione in concreto e sulla sperequazione dell'impatto della riforma nell'ambito di sezioni diverse della stessa Corte di appello. Nella recente *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014*, Roma, 23 gennaio 2015, pp. 58-59, si conferma che l'istituto «non ha corrisposto alle aspettative ottimistiche di impatto sulla durata dei processi di secondo grado». In ultima analisi, è consigliabile una certa prudenza e la verifica di dati statistici più corposi, prima di parlare di estensione dell'istituto al processo penale; non va dimenticato inoltre che, secondo la riforma del 2012, in caso di appello civile dichiarato inammissibile perché «non ha una ragionevole probabilità di essere accolto», è consentito proporre ricorso per cassazione contro il provvedimento di primo grado, creando così il presupposto per una ulteriore implementazione del numero di ricorsi.

²⁴ V. *infra*, § 4.

3.

Le innovazioni in tema di appello:**a) la reintroduzione “rivisitata” del concordato sui motivi.**

Venendo ora alle proposte di riforma concernenti l'appello, la prima, del tutto condivisibile, consiste nel ripristino del concordato sui motivi di appello, mediante l'inserimento nel codice di un nuovo art. 599 *bis* (rubricato *Concordato anche con rinuncia ai motivi di appello*), disciplinante la procedura camerale, e di un comma 1 *bis* nell'art. 602 c.p.p., per il concordato nel dibattimento di appello (v., rispettivamente, art 18 commi 1 e 2 del d.d.l.). Ma l'istituto è stato rivisitato sotto due profili, tenendo così conto delle ragioni che a suo tempo ne avevano giustificato l'abrogazione ad opera del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito dalla l. 24 luglio 2008, n. 125.

Innanzitutto – previsione che non compariva nell'articolato della Commissione Canzio – sono esclusi dall'applicazione del concordato i procedimenti per taluni gravi delitti, espressamente elencati, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza. Tali esclusioni oggettive e soggettive (che valgono anche per il concordato nel dibattimento di appello: v. art. 602 comma 1 *ter* c.p.p., aggiunto dall'art. 18 comma 2 del d.d.l.) coincidono con quelle oggi previste per il c.d. patteggiamento allargato dall'art. 444 comma 1 *bis* c.p.p. (eccezion fatta per i recidivi ai sensi dell'art. 99 comma 4 c.p.)²⁵. La Relazione al d.d.l., riprendendo le osservazioni a margine della Commissione Canzio, nota che la reviviscenza dell'istituto mira a recuperarne l'efficacia deflativa, «sottolineandone tuttavia la reale portata di “concordato sui motivi” più che di applicazione concordata della pena»: non si può negare, però, che l'estensione delle suddette esclusioni finisca con l'apparentare due istituti strutturalmente e funzionalmente diversi e che l'intendimento, più o meno velato, sia quello di rispondere alla critica secondo cui il concordato sui motivi avrebbe fortemente ridimensionato l'interesse ad avvalersi del patteggiamento ai sensi dell'art. 444 c.p.p., provocando riflessi negativi sulla deflazione in primo grado.

In secondo luogo, per parare la critica in base alla quale l'istituto rendeva possibile un abbattimento anche assai considerevole della pena irrogata nel grado precedente, dovuto a prassi lassiste proprie di alcune sedi giudiziarie, il nuovo art. 599 *bis* prevede, al terzo comma, che, ferma restando la piena autonomia del pubblico ministero in udienza *ex* art. 53 comma 1 c.p.p., «il procuratore generale presso la corte di appello, sentiti i magistrati dell'ufficio e i procuratori della Repubblica del distretto, indica i criteri idonei a orientare la valutazione dei magistrati del pubblico ministero nell'udienza, tenuto conto della tipologia dei reati e della complessità dei procedimenti»: in sostanza, a livello distrettuale andrebbero delineate delle linee-guida chiare e condivise. La previsione ha però un sapore compromissorio: infatti, se il pubblico ministero in udienza non seguisse i criteri, non essendo prevista alcuna responsabilità disciplinare, le prassi lassiste potrebbero ripresentarsi. Forse, la soluzione migliore – unificante a livello nazionale – sarebbe quella di definire legislativamente i limiti massimi nella riduzione di pena praticabile grazie al concordato sui motivi²⁶.

La reintroduzione dell'istituto sarebbe importante per la sua doppia funzione di economicità processuale: da una parte, infatti, mediante la rinuncia agli altri motivi, si ridimensiona l'ambito cognitivo e decisorio del giudice di appello; dall'altra, si ridimensiona pure l'eventuale ricorso per cassazione. In passato, infatti, la giurisprudenza, avallata dalle Sezioni Unite²⁷, riteneva preclusa la deduzione di motivi oggetto della rinuncia, a meno che riguardassero questioni rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del processo, *ex* art. 609 comma 2 c.p.p.; anzi, si era formato un orientamento piuttosto consistente secondo cui la rinuncia ai motivi di appello, in funzione dell'accordo, una volta ratificata dal giudice di appello, consolidava gli effetti della preclusione processuale sulle questioni rinunciate anche se rilevabili di ufficio, producendo un

²⁵ Analoghe esclusioni sono previste per il nuovo istituto disciplinato dall'art. 448 *bis* c.p.p. (*Sentenza di condanna su richiesta dell'imputato*), inserito dall'art. 14 comma 9 del d.d.l. (art. 448 *bis* comma 2).

²⁶ In tal senso, auspicando la reintroduzione dell'istituto, M. BARGIS, *Impugnazioni*, in G. CONSO-V.GREVI-M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, 7^a ed., Cedam, Padova, 2014, p. 1003. In proposito v. già la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011*, Roma, 26 gennaio 2012, p. 83 e il recente *Intervento del Procuratore generale della Corte Suprema di Cassazione nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014*, Roma, 23 gennaio 2015, p. 25.

²⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2004, Gallo, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1595.

effetto irreversibile sulla cognizione del giudice di legittimità²⁸. Nella prassi, i ricorsi per cassazione venivano per la maggior parte dichiarati inammissibili: in proposito, nell'art. 19 comma 3 del d.d.l. compare una modifica dell'art. 610 c.p.p., attraverso l'aggiunta, in fine, di un nuovo comma 5 *bis*, ove si prevede una disciplina semplificata di dichiarazione d'inammissibilità, senza formalità di procedura²⁹, da adottare, fra l'altro, per la dichiarazione d'inammissibilità del ricorso contro la sentenza pronunciata in seguito a concordato sui motivi; contro il provvedimento che dichiara l'inammissibilità è ammesso il ricorso straordinario *ex art. 625 bis* c.p.p.

4.

Segue: *b)* un innesto in chiave europea nella rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

L'art. 18 comma 3 del d.d.l. inserisce nell'art. 603 c.p.p. il comma 4 *bis*, previsione che ha come presupposto l'appello del pubblico ministero avverso una sentenza di proscioglimento: se l'appello è proposto «per motivi attinenti alle valutazioni di attendibilità della prova dichiarativa, il giudice, quando non ritiene manifestamente infondata l'impugnazione, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale»³⁰. La Relazione al d.d.l. nota che la proposta di modifica mira «ad armonizzare il ribaltamento della sentenza assolutoria in appello con le garanzie del giusto processo, secondo l'interpretazione ancora di recente offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza del 4 giugno 2013, Hanu c. Romania³¹), circa la doverosità, in questo caso, di riapertura dell'istruttoria orale»: peccato che una tale spiegazione si attagli alla versione dell'articolato della Commissione Canzio (da cui, d'altro canto, è quasi letteralmente ripresa) più che a quella emergente dal d.d.l.³²

Infatti, il testo della suddetta Commissione prevedeva che, «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale»: da un lato, si presentava come generico il riferimento alla valutazione della prova dichiarativa, dall'altro la rinnovazione veniva considerata come doverosa. Del resto, la Corte europea dei diritti dell'uomo, in varie pronunce³³, ha ritenuto che quando il giudice di appello si trova a esaminare questioni di natura fattuale e condanna l'imputato sulla base di una rivalutazione contraria a quest'ultimo delle deposizioni rese nel giudizio di primo grado, conclusosi con una sentenza di proscioglimento, senza procedere a una riassunzione delle testimonianze, si concreta una violazione dell'art. 6 § 1 c.e.d.u.; più in generale, i giudici di Strasburgo ricordano che uno dei requisiti di un processo equo è costituito dalla possibilità per l'imputato di confrontarsi con i testimoni alla presenza del giudice poi chiamato a decidere sulla sua responsabilità, «in quanto l'osservazione diretta da parte del giudice dell'atteggiamento e della credibilità di un determinato testimone può essere determinante per l'imputato». Da notare che la Corte europea, nelle pronunce più recenti, precisa espressamente che, nei casi ora illustrati, la riassunzione dei testimoni escussi in primo grado va disposta dal giudice anche se manchi la richiesta dell'imputato, superando così un proprio pregresso orientamento³⁴, che, viceversa, la reputava necessaria.

La versione risultante dal d.d.l., invece, da una parte circoscrive i motivi di appello del pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento a quelli «attinenti alle valutazioni di attendibilità della prova dichiarativa» e, dall'altra, introduce – limitatamente a questo

²⁸ Per riferimenti v. H. BELLUTA, *Art. 599*, in G. CONSO-G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2015, pp. 2662 s.

²⁹ V. *infra*, § 7.

³⁰ Quanto ai rapporti con le direttive di delega di cui all'art. 25 comma 1 lett. *g* ed *i* v. *infra*, § 5.

³¹ Corte eur., 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2013, con nota di S. RECCHIONE, *La rivalutazione in appello della testimonianza "cartolare": la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*.

³² Più completa, invece, la spiegazione offerta in sede di analisi tecnico-normativa (*Atti parlamentari, Camera dei deputati, XVII legislatura, Disegni di legge e Relazioni*, cit., pp. 28-29).

³³ V., ad esempio, Corte eur., 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, cit.; Corte eur., 9 aprile 2013, Flueras c. Romania; Corte eur., 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania; Corte eur., 26 giugno 2012, Găitanăru c. Romania; Corte eur., 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia. Per ulteriori richiami v. H. BELLUTA, *Art. 603*, in G. CONSO-G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., pp. 2669 s. Un'esaustiva trattazione della problematica si deve al pregevole studio di S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, in questa *Rivista*, n. 3-4/2014, pp. 239 ss.

³⁴ Corte eur., 18 maggio 2004, Drestrehem c. Francia.

solo caso, come abbiamo già anticipato³⁵ – una valutazione d’inammissibilità per manifesta infondatezza, che da un lato è in grado di azzerare il pur affermato carattere doveroso della rinnovazione e, dall’altro, sconfinando in un giudizio di merito anticipato, che non deve trovare cittadinanza nel vaglio sull’inammissibilità³⁶.

Per quanto poi attiene «alle valutazioni di attendibilità della prova dichiarativa», l’impiego del plurale indurrebbe a concludere che non ci si voglia riferire alla sola valutazione di attendibilità intrinseca di una simile prova, come sostenuto da una parte della giurisprudenza di legittimità³⁷, bensì estenderla pure alle ipotesi nelle quali – fondandosi la decisione solo su prove dichiarative – le versioni dei vari dichiaranti presentino contraddizioni su punti decisivi, valorizzate in primo grado per assolvere e considerate superabili dal giudice di seconde cure al fine di condannare³⁸.

5.

Segue: c) le direttive di delega.

L’art. 25 comma 1 del d.d.l. detta sei direttive (dalla lett. e alla lett. l) che concernono l’appello: le prime tre si occupano della legittimazione ad appellare del pubblico ministero (lett. e ed f) e dell’imputato (lett. g), in direzione restrittiva rispetto ad oggi. Ma le direttive più qualificanti per la struttura dell’appello sono certamente le successive tre: oltre all’ultima (lett. l), sulla quale ci siamo già brevemente soffermati, che prevede la camera di consiglio partecipata per dichiarare l’inammissibilità dell’appello³⁹, la lett. b costruisce l’appello come mezzo di impugnazione a critica vincolata, mentre la lett. i prescrive «la titolarità dell’appello incidentale in capo all’imputato e limiti di proponibilità».

Andando per ordine, quanto alla legittimazione ad appellare del pubblico ministero, la lett. e prevede che il procuratore generale presso la corte di appello possa appellare soltanto nei casi di avocazione e di acquiescenza del pubblico ministero presso il giudice di primo grado: si tratta di una condivisibile ottica razionalizzatrice, visto che, di regola, il procuratore generale non risulta coinvolto nella fase delle indagini e soprattutto del procedimento di primo grado. Da questo punto di vista, la legittimazione ad appellare gli andrebbe riconosciuta nei soli casi di avocazione, ma, per far fronte a paventati rischi di negligenza o, addirittura, di “insabbiamento”, il procuratore generale è legittimato ad appellare anche nel caso di globale acquiescenza degli uffici della procura della Repubblica presso il giudice di primo grado⁴⁰. La lett. f si occupa della legittimazione del pubblico ministero ad appellare avverso le sentenze di condanna, circoscrivendola solo ai casi in cui tale sentenza abbia modificato il titolo del reato o abbia escluso la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o che stabilisca una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato: la previsione, che dovrebbe valere sia per le sentenze dibattimentali sia per quelle pronunciate in esito a giudizio abbreviato, recupera in parte la dizione dell’attuale art. 443 comma 3 c.p.p. e per il resto introduce una previsione nuova. In effetti, i casi considerati «paiono esaurire le situazioni nelle quali la pretesa punitiva dell’accusa non è stata sostanzialmente soddisfatta, e dunque si configura un concreto interesse ad appellare»⁴¹.

³⁵ Cfr. *supra*, § 2.

³⁶ Per un tentativo, *de iure condito*, di delineare il vaglio del giudice di appello v. S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello*, cit., pp. 260-262.

³⁷ Cfr. Cass., 26 febbraio 2013, C.M. e M.G., in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 191 (con commento critico di V. Comi), che ritiene doverosa la rinnovazione solo laddove il giudice di appello, per ribaltare la sentenza assolutoria di primo grado, intenda operare un diverso apprezzamento di attendibilità di una prova orale decisiva, ritenuta in primo grado non attendibile. In senso analogo v. Cass., 10 ottobre 2012, Andrini, in *C.e.d.*, n. 254024; Cass., 5 luglio 2012, Luperi ed altri, *ivi*, n. 253541. Il termine di raffronto di queste pronunce è la sentenza Corte eur., 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, cit. Per un’argomentata critica all’orientamento giurisprudenziale v. S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello*, cit., pp. 249-257.

³⁸ In proposito v. E. RUBIOLA, *Rinnovazione dell’istruzione dibattimentale in grado di appello: prove assunte su richiesta di parte o d’ufficio dal giudice*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Giuffrè, Milano, 2013, p. 244. V. altresì le conclusioni cui perviene S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello*, cit., pp. 256-257.

³⁹ Cfr. *supra*, § 2.

⁴⁰ Cfr. M. BARGIS-H. BELLUTA, *Linee guida per una riforma dell’appello*, in M. BARGIS-H. BELLUTA, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, cit., p. 284.

⁴¹ V. ancora M. BARGIS-H. BELLUTA, *Linee guida per una riforma dell’appello*, cit., p. 285. Si segnala, peraltro, che con riguardo al nuovo istituto della sentenza di condanna su richiesta dell’imputato (art. 14 comma 9 del d.d.l., che inserisce nel codice l’art. 448 *bis*), già si prevedono i limiti all’appello del pubblico ministero che formano oggetto di delega (art. 448 *bis* comma 6).

Si noterà che tra le direttive della delega riferite alla legittimazione ad appellare del pubblico ministero non ne compare alcuna relativa all'appellabilità da parte sua delle sentenze di proscioglimento. Il che significa che non si è inteso mettere in discussione il *dictum* della Corte costituzionale che ha travolto l'inappellabilità del pubblico ministero contro tali tipologie di sentenze⁴². D'altra parte, la legittimazione ad appellare dell'organo dell'accusa è compensata dalla introduzione nell'art. 603 c.p.p. del comma 4 *bis*, di cui abbiamo appena parlato⁴³, e dalla previsione della lett. *i*, sull'appello incidentale per il solo imputato, su cui torneremo fra poco.

Passando alla legittimazione dell'imputato ad appellare le sentenze di proscioglimento, la lett. *g* prevede che tali sentenze, se emesse al termine del dibattimento⁴⁴, siano appellabili, «salvo che siano pronunciate con le formule: “il fatto non sussiste”; “l'imputato non ha commesso il fatto”; “il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima”»: in altre parole, oltre a ripristinare, per quel che concerne le prime due formule, la previsione originaria contenuta nell'art. 593 c.p.p., prima della c.d. legge Pecorella, sono aggiunte, recuperando quanto emergeva dal progetto di legge delega redatto dalla Commissione Riccio, le altre due formule. Insomma, vengono menzionate tutte le formule assolutorie cui consegue l'efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo di danno ai sensi dell'art. 652 comma 1 c.p.p., anche se l'attuale formulazione di quest'ultimo può determinare, indipendentemente dalla formula che compare nel dispositivo, la sussistenza di un interesse dell'imputato all'appello⁴⁵.

Davvero innovatrice è la direttiva di cui alla lett. *h* che trasforma l'appello in un mezzo d'impugnazione a critica vincolata, come da tempo auspicato in dottrina⁴⁶: la direttiva si limita a specificare per il legislatore delegato di «prevedere la proponibilità dell'appello solo per uno o più dei motivi tassativamente previsti, con onere di indicazione specifica, a pena di inammissibilità, delle eventuali prove da assumere in rinnovazione». Chiaramente finalizzata ad accentuare la fisionomia dell'appello come strumento di controllo della decisione di primo grado, nel tentativo di «reciderne l'inveterata percezione di strumento *omnibus*, proponibile per qualsivoglia ragione, in sostanziale spregio al principio della devoluzione parziale»⁴⁷, riserverà non pochi problemi al legislatore delegato. Certamente complessa, infatti, sarà l'individuazione dei motivi tassativi⁴⁸: la Relazione di accompagnamento osserva che, «fermi restando i tradizionali motivi legati a violazioni di legge», il giudice di appello «dovrà conoscere degli asseriti vizi legati a difetti probatori, anche soltanto per omessa valutazione di prove regolarmente acquisite, che siano tali da poter determinare la riforma della sentenza»⁴⁹. In ogni caso, sono evidenti i riflessi limitativi sulla cognizione del giudice, che avrà ad oggetto i motivi e non più i punti della decisione ai quali i motivi si riferiscono, con il conseguente risvolto di maggiore certezza per l'imputato nell'organizzare la propria difesa, dovendo in parallelo ridursi i casi in cui il giudice di appello potrà allargare la propria cognizione *extra petita*.

Non si può definire cristallina la direttiva espressa nella lett. *i*, sulla cui base il legislatore

⁴² Ha proposto di recente di “riaprire la partita” R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, pp. 1143-1145, secondo cui l'appello andrebbe riconosciuto «al solo imputato, esclusivamente delle sentenze di condanna e contro le sentenze che dichiarano la sua imputabilità» (*ivi*, p. 1144).

⁴³ *V. supra*, § 4.

⁴⁴ La delega non si occupa delle sentenze di proscioglimento emesse in esito al giudizio abbreviato, lasciando perciò invariata la disciplina attuale. Per la proposta di prevedere che l'imputato possa appellare tali sentenze solo quando ne consegua l'applicazione di una misura di sicurezza, personale o reale, v. M. BARGIS-H. BELLUTA, *Linee guida per una riforma dell'appello*, cit., p. 288.

⁴⁵ Com'è noto, infatti, un costante indirizzo della giurisprudenza delle sezioni civili della Corte di Cassazione, avallato dalle Sezioni Unite penali (Cass., Sez. Un., 29 maggio 2008, Guerra, in *Cass. pen.*, 2009, p. 295 s.), ritiene che l'«accertamento» menzionato nell'art. 652 comma 1 c.p.p. debba risultare in termini assertivi dalla motivazione, alla quale dunque deve guardare il giudice civile. In argomento, anche per una proposta di modifica, v. M. BARGIS-H. BELLUTA, *Linee guida per una riforma dell'appello*, cit., pp. 286 s. Per una recente critica a questo orientamento giurisprudenziale v. F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 402 ss.

⁴⁶ Per risalire a tempi relativamente vicini v. G. SPANGHER, *Riformare il sistema delle impugnazioni?*, in *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, a cura di R.E. Kostoris, Giappichelli, Torino, 2005, p. 112 (cfr. già Id., *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 598). V. inoltre M. BARGIS-H. BELLUTA, *Linee guida per una riforma dell'appello*, cit., p. 290; R. ORLANDI, *La riforma del processo penale*, cit., pp. 1144 s.; F. PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 729. Da sottolineare che la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014*, Roma, 23 gennaio 2015, cit., pp. 21-22, si è espressa in senso favorevole all'appello come mezzo d'impugnazione a critica vincolata, censurando viceversa l'insistenza sulla predisposizione di “filtri” all'appello.

⁴⁷ Così M. BARGIS-H. BELLUTA, *Linee guida per una riforma dell'appello*, *ibidem*.

⁴⁸ Per una proposta di individuazione v. M. BARGIS-H. BELLUTA, *Linee guida per una riforma dell'appello*, cit., pp. 290-293.

⁴⁹ *Relazione al d.d.l. C.N. 2798*, *ibidem*.

delegato dovrà «prevedere la titolarità dell'appello incidentale in capo all'imputato e limiti di proponibilità»: sembra di doverla intendere nel senso che l'appello incidentale vada riconosciuto *solo* all'imputato⁵⁰, per consentirgli di esercitare il diritto di difesa, tutte le volte in cui, avendo il pubblico ministero appellato in via principale, egli non vi sarebbe legittimato trattandosi di sentenze di proscioglimento la cui appellabilità in via principale gli è inibita per mancanza di interesse⁵¹. La direttiva in questione appare collegata a quella di cui alla lett. g, che appunto prevede per l'imputato situazioni di non legittimazione ad appellare le sentenze dibattimentali di proscioglimento pronunciate con le formule ivi indicate, ma anche alla interpolazione dell'art. 603 c.p.p.: a regime, l'imputato potrà partecipare attivamente al giudizio di secondo grado, esercitare con pienezza il suo diritto di difesa e beneficiare dell'eventuale rinnovazione delle prove dichiarative. La direttiva non si esprime circa l'oggetto dell'appello incidentale, ma la configurazione dell'appello come impugnazione a critica vincolata fa propendere per la soluzione secondo cui l'appello incidentale dovrà concernere gli stessi motivi dedotti con l'appello principale dal pubblico ministero. Inoltre, l'inammissibilità dell'appello principale o la rinuncia ad esso comporterà, secondo le regole attuali, la perdita di efficacia di quello incidentale.

Infine, la lettera l impone di «prevedere che l'inammissibilità dell'appello sia dichiarata in camera di consiglio con l'intervento del pubblico ministero e dei difensori»: non si può che condividere la scelta della camera di consiglio partecipata – non ovvia, per le note resistenze dei magistrati giustificate con ragioni di tempo – ma pure questa direttiva non appare esente da pecche, in quanto non è coordinata, come già si è sottolineato⁵², con la scelta di ripartire la declaratoria d'inammissibilità delle impugnazioni tra giudice *a quo* e giudice *ad quem* e con la specifica procedura delineata per il primo vaglio.

6.

Gli interventi sul ricorso per cassazione tra delega e codice: a) la direttiva di delega.

Anche per quanto concerne il ricorso per cassazione il d.d.l. interviene da un canto sul tessuto codicistico del libro IX del codice di rito penale, dall'altro sul piano della legge delega, con un'unica direttiva, dettata nell'art. 25 comma 1 lett. d. Cominciando proprio da quest'ultima previsione (che si differenzia dall'articolato della Commissione Canzio, ove si proponeva di inserire analogo, ma non identico, disposto nell'art. 608 c.p.p.)⁵³, vi si stabilisce la ricorribilità per cassazione soltanto per violazione di legge della «sentenza che conferma la pronuncia di assoluzione di primo grado» (c.d. doppia conforme di assoluzione), demandando però al legislatore delegato di individuare «i casi in cui possa affermarsi la conformità delle due decisioni di merito». Se trasparente è l'intento di sgravare la Corte di Cassazione da un ricorso per vizio di motivazione e se alla base della direttiva si pone il notevole rafforzamento della presunzione di non colpevolezza⁵⁴, con correlata limitazione dei motivi di ricorso per il pubblico ministero e per la parte civile, nel contempo si affida un compito dai contorni un po' sibillini per l'attuazione della direttiva. L'individuazione della «conformità delle due decisioni di merito» lascia al legislatore delegato un margine di discrezionalità: premesso che la conformità tra le decisioni di prime e di seconde cure non può riferirsi solo all'eventualità di una loro sovrapposizione (considerando inoltre la possibile applicazione nel giudizio di appello del «nuovo» art. 603 comma 4 *bis* c.p.p.), ci si deve allora domandare se, parlandosi di pronuncia

⁵⁰ In tal senso, del resto, *Relazione al d.d.l. C.N. 2798, ibidem*, secondo cui «nella prospettiva della riduzione dell'appellabilità senza sacrificio per le ragioni della difesa, si prescrive che l'appello incidentale sia rimesso soltanto all'imputato e quindi acquisti una spiccata funzione difensiva e sia limitato nella sua estensione, in particolare ai casi in cui non abbia legittimazione all'appello principale».

⁵¹ Sul punto v. M. BARGIS-H. BELLUTA, *Linee guida per una riforma dell'appello*, cit., pp. 294-295. L'idea di riconoscere l'appello incidentale all'imputato privo di legittimazione a quello principale risale a R. ORLANDI, *Davvero troppi tre gradi di giurisdizione penale?*, in *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, a cura di C. Nunziata, *Suppl. a Dir. e giust.*, 2004, n. 29, p. 141 (per il mutamento di opinione dell'Autore v. *supra*, nota 42).

⁵² V. *supra*, § 2.

⁵³ La proposta si concretava nell'inserimento, nell'art. 608 c.p.p., di un comma 1 *bis*, secondo cui «se il giudice di appello pronuncia sentenza di conferma di quella di proscioglimento, il ricorso per cassazione può essere proposto solo per i motivi di cui alle lettere a), b) e c) dell'articolo 606».

⁵⁴ Cfr. *Relazione al d.d.l. C.N. 2798*, cit., p. 10. La direttiva prevede la ricorribilità solo per violazione di legge anche delle sentenze pronunciate in grado di appello nei procedimenti di competenza del giudice di pace.

di assoluzione e non di pronuncia di proscioglimento, tutto si giocherà all'interno dei quattro commi dell'art. 530 c.p.p.

7.

Segue: *b)* i ritocchi al codice tra deflazione e nomofilachia.

Passando alle modifiche proposte al codice di procedura penale in tema di ricorso per cassazione, ne vanno subito ricordate due, da gran tempo auspiccate, il cui mancato varo il Primo Presidente della Corte ha ancora stigmatizzato nella Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, avvenuta il 23 gennaio scorso⁵⁵. La prima proposta concerne l'eliminazione della possibilità per l'imputato di proporre personalmente ricorso per cassazione (l'art. 19 comma 4 del d.d.l. sopprime, infatti, la clausola di salvezza con cui esordisce l'attuale art. 613 comma 1 c.p.p.): come si è già chiarito altrove⁵⁶, tale soppressione non violerebbe l'art. 6 § 3 lett. *c* c.e.d.u., là dove prevede che ogni persona accusata ha diritto di «difendersi *personalmente* o di avere un difensore di sua scelta»; viceversa, ne risulterebbe sgravato il lavoro della Corte di Cassazione, in quanto i ricorsi proposti personalmente dall'imputato (sovente in realtà dovuti a un avvocato non iscritto all'Albo dei patrocinanti in cassazione) rappresentano una percentuale non irrilevante dei ricorsi penali, che vengono, per la quasi totalità, dichiarati inammissibili o rigettati. L'obiettivo è che il ricorso, proponibile solo da un avvocato "cassazionista", risponda all'elevata tecnicità insita in questo mezzo d'impugnazione: dunque, il problema si sposta. Per assicurare in sede di legittimità un'effettiva difesa tecnica, sono necessari avvocati cassazionisti altamente preparati: l'art. 22 l. 31 dicembre 2012, n. 247 (recante «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense»), intitolato all'«Albo speciale per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori»⁵⁷, e il regolamento attuativo del Consiglio Nazionale Forense (16 luglio 2014, n. 5) sui corsi per l'iscrizione a tale Albo dovrebbero – si spera – condurre a un miglioramento della situazione attuale, il cui *deficit* è legato all'enorme numero dei patrocinanti in cassazione, definito senza mezzi termini «incredibile»⁵⁹ dal Primo Presidente della Corte nella citata Relazione.

La seconda proposta investe l'art. 616 c.p.p.: da un lato, al comma 1 secondo periodo di tale norma, dove, in caso di ricorso inammissibile, si prevede, per la parte privata, la condanna al pagamento a favore della cassa delle ammende di una somma da euro 258 a euro 2.065, si aggiunge che quest'ultima somma «può essere aumentata fino al triplo⁶⁰, tenuto conto della causa di inammissibilità del ricorso» (art. 19 comma 5 del d.d.l.); dall'altro, si inserisce nel medesimo art. 616 c.p.p. un comma 1 *bis* (art. 19 comma 6 del d.d.l.), sulla cui base gli importi di cui al comma 1 sono adeguati ogni due anni alla variazione Istat dei prezzi al consumo. La Relazione di accompagnamento al d.d.l. sottolinea l'obiettivo di evitare, attraverso l'innalzamento dell'importo da versare alla cassa delle ammende, «la presentazione di ricorsi meramente defatigatori»⁶¹. Due rilievi si profilano: il primo concerne il generico collegamento della decisione sul *quantum* dell'importo alla causa d'inammissibilità del ricorso: forse, dato che – come vedremo subito dopo – alcune cause formali d'inammissibilità verrebbero dichiarate *de*

⁵⁵ Nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014*, Roma, 23 gennaio 2015, cit., p. 24, si afferma che «è imprescindibile poi – lo si ripete per l'ennesima volta – provvedere alla eliminazione della *proponibilità del ricorso per cassazione personalmente da parte dell'imputato e all'adeguamento delle sanzioni pecuniarie*, ferme ai livelli di un quarto di secolo fa, in caso di inammissibilità del ricorso» e si rivolge un severo monito al legislatore.

⁵⁶ Cfr. M. BARGIS-H. BELLUTA, *Rimedi per i "mali" della corte di cassazione*, cit., pp. 310 s.

⁵⁷ Su cui v. M. BARGIS-H. BELLUTA, *Rimedi per i "mali" della corte di cassazione*, cit., pp. 312-314.

⁵⁸ Infatti, l'art. 22 commi 3 e 4 l. n. 247 del 2012 non solo ha lasciata immutata la disciplina per gli avvocati già iscritti nell'Albo speciale, ma consente in determinate situazioni che l'iscrizione avvenga ancora secondo la previgente normativa. In argomento v. le considerazioni espresse nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014*, Roma, 23 gennaio 2015, cit., pp. 34 s., ove si prospettano rimedi di tipo legislativo.

⁵⁹ La *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014*, Roma, 23 gennaio 2015, cit., p. 34, ricorda che alla fine del 2014 il numero di avvocati iscritti nell'Albo speciale dei patrocinanti in cassazione è salito a 58.542. Per dati precedenti v. M. BARGIS-H. BELLUTA, *Rimedi per i "mali" della corte di cassazione*, cit., p. 312.

⁶⁰ Il testo della Commissione Canzio prevedeva un aumento fino alla metà e nella *Relazione al d.d.l. C.N. 2798*, cit., p. 11, è rimasto tale riferimento. L'art. 19 comma 1 del d.d.l., alla lett. *a*, modifica altresì l'art. 48 comma 6 c.p.p., in tema di rimessione del processo, stabilendo che la somma attualmente prevista, in caso di rigetto o di inammissibilità della richiesta dell'imputato, per il pagamento a favore della cassa delle ammende (da 1.000 euro a 5.000 euro) «può essere aumentata fino al doppio, tenuto conto della causa di inammissibilità della richiesta».

⁶¹ *Relazione al d.d.l. C.N. 2798*, *ibidem*.

plano, sarebbe stato meglio stabilire per esse un aumento diverso rispetto alle altre non formali (si pensi, ad esempio, alla causa d'inammissibilità per manifesta infondatezza o a quella per la mancata deduzione in appello dei motivi proposti). Il secondo riguarda il carattere illusorio della modifica rispetto all'obiettivo perseguito: non sarà certo un simile aumento a scoraggiare i ricorsi di chi non ha problemi economici, con connesse sperequazioni nei riguardi di coloro che, pur non trovandosi nelle condizioni di accedere al patrocinio per i non abbienti, non sarebbero in grado di far fronte al pagamento di una sanzione pecuniaria così innalzata.

Due proposte di riforma interessano l'art. 610 c.p.p., che disciplina gli atti preliminari al giudizio di cassazione. La prima (art. 19 comma 2 del d.d.l.) potenzia i diritti dei ricorrenti in rapporto alla procedura in camera di consiglio davanti alla settima sezione (la c.d. sezione-filtro), aggiungendo, in fine al comma 1 quarto periodo (secondo cui l'avviso ad opera della cancelleria del deposito degli atti e della data dell'udienza «contiene l'enunciazione della causa di inammissibilità rilevata»), le parole «con riferimento al contenuto dei motivi di ricorso»: ripresa dall'articolato della Commissione Canzio, la proposta rafforza il contraddittorio cartolare, in quanto i ricorrenti, nel tempo a loro disposizione (l'avviso va inviato almeno trenta giorni prima della data dell'udienza), usufruendo di una migliore informazione, potranno predisporre una memoria adeguata⁶². L'innovazione risponde a puntuali critiche sul funzionamento della sezione-filtro avanzate da tempo in dottrina⁶³.

La seconda (art. 19 comma 3 del d.d.l.) si pone a contraltare della prima, nel senso che alla regola di potenziamento del contraddittorio cartolare si contrappone la declaratoria d'inammissibilità, senza formalità di procedura, nei casi previsti dall'art. 591 comma 1 *bis* c.p.p. – della cui introduzione abbiamo già parlato⁶⁴ – ovviamente allorché essa non sia stata rilevata dal giudice *a quo*. Sorte analoga è prevista per l'inammissibilità dei ricorsi avverso le sentenze di patteggiamento⁶⁵ e di concordato sui motivi di appello⁶⁶. Per compensare la mancanza di contraddittorio, il provvedimento d'inammissibilità è ricorribile in via straordinaria, attraverso lo strumento dell'art. 625 *bis* c.p.p.

Fortemente sostenuta in passato dalla Corte – come emerge dalle relazioni del Primo Presidente per l'inaugurazione dell'anno giudiziario⁶⁷ – preoccupata dagli alti numeri delle declaratorie d'inammissibilità ad opera della sezione-filtro⁶⁸ e dall'aumento della durata media della definizione del ricorso⁶⁹, la scelta di questa declaratoria semplificata per le inammissibilità c.d. formali aveva sollevato rilievi critici in dottrina sia sul piano della premessa concettuale sia sul piano del sacrificio richiesto alla difesa, sull'altare di un risparmio di tempo per un «aggravio procedurale tutto sommato trascurabile»⁷⁰. Nel contesto della riforma presentata dal d.d.l. di cui si discorre va però tenuto conto che la ripartizione del vaglio dell'inammissibilità fra giudice *a quo* e giudice *ad quem* dovrebbe in gran parte scremare i ricorsi formalmente inammissibili⁷¹; per quelli sfuggiti al primo vaglio, il tempo risparmiato con la procedura priva di formalità potrebbe talora venire ridotto a zero dal ricorso straordinario. La verità innegabile – come abbiamo rilevato in altra sede⁷² – è che in cassazione non ha funzionato la nomofilachia dell'inammissibilità sulla quale si era scommesso introducendo nel 2001 la settima sezione.

All'intento di corroborare «l'uniformità e la stabilità nomofilattica dei principi di diritto

⁶² Relazione al d.d.l. C.N. 2798, *ibidem*.

⁶³ Sull'argomento, anche per i necessari richiami dottrinali, v. M. BARGIS-H. BELLUTA, *Rimedi per i "mali" della corte di cassazione*, cit., pp. 339-341. Riteneva invece «eccessivo» parlare di «deficit di garanzie nel procedimento di cui all'art. 610 comma 1 c.p.p.» G. FIDELBO, *Il regime delle inammissibilità e la sezione filtro. Esperienze e prospettive*, in *La Corte assediata*, cit., p. 56, con riferimento a quanto sostenuto da L. MARAFIOTI, *Il controllo selettivo di legittimità in cassazione verso nuovi equilibri*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 62 s., ove parla di «un meccanismo ormai collaudato e decennale di cestinazione dei ricorsi, massiccio e sostanzialmente senza controlli», con «tasso assai minimale di garanzie».

⁶⁴ Cfr. *supra*, § 2.

⁶⁵ Sui limiti al ricorso per cassazione avverso tali sentenze v. *supra*, § 1.

⁶⁶ Sulla reintroduzione dell'istituto v. *supra*, § 3.

⁶⁷ Per riferimenti v. M. BARGIS-H. BELLUTA, *Rimedi per i "mali" della corte di cassazione*, cit., p. 342. In argomento v. pure G. FIDELBO, *Il regime delle inammissibilità*, cit., pp. 60 ss.

⁶⁸ Dal più volte citato Rapporto statistico emerge che nel 2014 sono stati 32.549 i procedimenti definiti con declaratoria di inammissibilità, pari al 61,0% del totale dei procedimenti definiti. Di questi procedimenti inammissibili, il 63,9% è stato definito dalla settima sezione: si tratta di 20.812 procedimenti. Da sottolineare che dei 23.832 ricorsi rimessi alla settima sezione, 851 (pari al 3,6%) sono stati restituiti alle sezioni ordinarie.

⁶⁹ Come si ricava dal Rapporto statistico, nel 2014 la settima sezione ha impiegato in media 7 mesi e 24 giorni, con un aumento di 13 giorni rispetto al 2013.

⁷⁰ Cfr. S. CARNEVALE, *Il filtro in cassazione: verso una selezione innaturale dei ricorsi penali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 877.

⁷¹ In proposito v. già le considerazioni di L. MARAFIOTI, *Il controllo selettivo di legittimità*, cit., p. 67.

⁷² M. BARGIS-H. BELLUTA, *Rimedi per i "mali" della corte di cassazione*, cit., pp. 342-343.

espressi dal giudice di legittimità»⁷³ sono finalizzate le due interpolazioni dell'art. 618 c.p.p., calibrate sulla falsariga di analoghe previsioni del codice di rito civile. Innanzitutto, in conformità all'art. 374 comma 3 c.p.c. (nella versione dovuta all'art. 8 d.lgs. 21 febbraio 2006, n. 40), si propone di introdurre nell'art. 618 c.p.p. (art. 19 comma 7 del d.d.l.) il comma 1 *bis*, secondo cui «se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso». Si ripristina così, in una versione lievemente edulcorata, la previsione che compariva nel progetto definitivo del codice di procedura penale ma fu poi modificata, sulla base delle perplessità avanzate dalla Commissione parlamentare in rapporto all'*horror* del precedente⁷⁴. Il nuovo comma che si propone di introdurre avrebbe il pregio di contenere i contrasti giurisprudenziali, risolvendoli preventivamente: sarebbe peraltro opportuno esplicitare, come del resto accade per l'art. 374 comma 3 c.p.c., che l'ordinanza della sezione singola debba essere motivata.

In secondo luogo, si propone di introdurre nell'art. 618 c.p.p., sull'esempio dell'art. 363 comma 3 c.p.c. (nella versione dovuta all'art. 4 d.lgs. n. 40 del 2006), il comma 1 *ter*, in base al quale «il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta». Poiché mi sono occupata dell'argomento in altra occasione, rimando per brevità alle considerazioni negative già espresse circa la necessità di colmare la discrasia sul punto tra i due codici, sottolineando l'uso parsimonioso fatto dell'istituto del codice di rito civile e le esigue situazioni che si verificano nel processo penale⁷⁵. Piuttosto, qui va notato che non ci troviamo di fronte a una trasposizione *tout court*, dato che la previsione del “nuovo” comma 1 *ter* dell'art. 618 c.p.p. è diversa – in sostanza più angusta – rispetto a quella dell'art. 363 comma 3 c.p.c., ove si stabilisce che «il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza». Il nuovo comma che si vorrebbe introdurre nell'art. 618 c.p.p. non fa riferimento a qualsiasi causa d'inammissibilità ma solo a quella derivante da una causa sopravvenuta (e forse la scelta è stata influenzata dal caso concreto nel quale a suo tempo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione penale avevano fatto rilevare la disomogeneità tra i due codici)⁷⁶: pertanto, nei già pochi casi⁷⁷ in cui le Sezioni Unite si pronunciano per l'inammissibilità, bisognerebbe ulteriormente ritagliare quelli in cui l'inammissibilità è sopravvenuta. Inoltre, si svincola la facoltà delle Sezioni Unite dalla speciale importanza della questione; anche se, da quest'ultimo punto di vista, è implicito che il massimo consesso dovrebbe enucleare dei criteri cui attenersi nella scelta se enunciare o no il principio di diritto.

Il d.d.l. propone ancora due modifiche (entrambe mutate dall'articolato della Commissione Canzio), l'una attinente alla decisione di annullamento senza rinvio, mediante la sostituzione della lett. *l* nell'art. 620 comma 1 c.p.p. (art. 19 comma 8 del d.d.l.), l'altra relativa al ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, attraverso la modifica dell'art. 625 *bis* comma 3 c.p.p. (art. 19 comma 9 del d.d.l.).

Il nuovo testo della lett. *l*, che, come si sa, funge da “norma di chiusura” dei casi di annullamento senza rinvio elencati nell'art. 620 comma 1 c.p.p., stabilisce che si avrebbe tale tipologia di decisione «se la corte ritiene di poter decidere la causa, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio». Ispirandosi anche qui, nell'esordio del nuovo testo, al codice di procedura civile (art. 384 comma 2 ultima parte c.p.c., come sostituito dall'art. 12 d.lgs. n. 40 del 2006), si allarga la possibilità di annullamento senza rinvio, con ovvie ricadute deflative sul numero dei giudizi di rinvio, pur avendo cura di specificare che, se la Corte ritiene di poter decidere la causa, non devono risultare necessari ulteriori accertamenti di fatto (locuzione assai prossima a quella utilizzata nell'art. 619 comma 3 c.p.p., per le sentenze di rettificazione nei casi di legge più

⁷³ *Relazione al d.d.l. C.N. 2798*, cit., p. 11.

⁷⁴ Sull'argomento v. M. BARGIS, *Ricorso per cassazione inammissibile e principio di diritto nell'interesse della legge*, in M. BARGIS-H. BELLUTA, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, cit., pp. 280-282.

⁷⁵ Cfr. M. BARGIS, *Ricorso per cassazione inammissibile*, cit., pp. 270-273. Dal più volte citato Rapporto statistico si evince che nel 2014 le Sezioni Unite hanno definito 37 procedimenti, 7 dei quali con declaratoria d'inammissibilità (nel 2013, i procedimenti definiti sono stati 23, 5 dei quali sfociati nell'inammissibilità).

⁷⁶ Si tratta di Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2011, Marinaj, in *Cass. pen.*, 2013, p. 99, dove, in una vicenda di estradizione per l'estero, il ricorso era stato dichiarato inammissibile per sopraggiunta carenza di interesse determinata dalla consegna della persona allo Stato richiedente.

⁷⁷ V. *supra*, nota 75.

favorevole, anche se sopravvenuta dopo la proposizione del ricorso). Una cura che documenta la preoccupazione di salvaguardare la natura del giudizio di legittimità, ma non sufficiente a eliminare gli aspetti critici da sempre evidenziati in dottrina sul complesso della lettera *de qua*. Quanto poi alla determinazione della pena, la differenza rispetto al testo odierno della lett. *l* («[...] ovvero può essa medesima procedere alla determinazione della pena») consiste nella specificazione che la Corte potrà rideterminarla «sulla base delle statuizioni del giudice di merito», recuperando così le applicazioni del diritto vivente⁷⁸. Le altre due situazioni sono già presenti nel testo attuale della lett. *l*, ma va riconosciuto che è preferibile, dal lato sintattico, avere posto in chiusura (e non all'inizio, come accade oggi) il riferimento a «ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio», per il suo carattere volutamente onnicomprensivo.

Quanto al ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, l'art. 625 *bis* comma 3 c.p.p. viene integrato sotto un duplice profilo. Da una parte, alla fine dell'attuale testo, secondo cui l'errore materiale «può essere rilevato dalla corte di cassazione, d'ufficio, in ogni momento», vengono aggiunte le parole «e senza formalità». Dall'altra, tali parole sono seguite da un nuovo periodo, che si occupa dell'errore di fatto, stabilendo che «l'errore di fatto può essere rilevato dalla corte di cassazione, d'ufficio, entro novanta giorni dalla deliberazione». Secondo la Relazione di accompagnamento, con riguardo all'errore materiale, la semplificazione si risolve comunque a favore del condannato; con riferimento all'errore di fatto, si osserva che il potere di rilevazione officiosa «rafforza gli strumenti di emenda dell'errore»⁷⁹ e che tale termine, pari al triplo del termine previsto per la deliberazione della sentenza, decorre dal momento della deliberazione, in quanto, appunto rileggendo gli atti del processo per redigere la motivazione, la Corte può rendersi conto dell'errore (perceptivo) in cui è incorsa, evitando così il ricorso straordinario del procuratore generale o del condannato (la richiesta per la correzione dell'errore di fatto va proposta con ricorso presentato alla Corte di Cassazione entro centottanta giorni dal deposito del provvedimento, a pena d'inammissibilità, ai sensi dell'art. 625 *bis* commi 2 e 4 c.p.p.).

8.

La nuova competenza funzionale per la rescissione del giudicato e le sue ricadute.

L'ultima novità riferita al Libro IX del codice di procedura penale riguarda l'istituto della rescissione del giudicato, recentemente introdotto, con l'interpolazione dell'art. 625 *ter* c.p.p., dalla l. 28 aprile 2014, n. 67. Venendo incontro alle critiche della dottrina sulla competenza funzionale attribuita alla Corte di Cassazione⁸⁰ – recepite nella Relazione del Primo Presidente Santacroce in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015⁸¹ – l'innovazione riguarda lo spostamento di tale competenza in capo alla Corte di appello. L'obiettivo è perseguito (art. 20 comma 1 del d.d.l.) mediante l'abrogazione dell'art. 625 *ter* c.p.p. e il contestuale inserimento (art. 20 comma 2 del d.d.l.) dell'art. 629 *bis* c.p.p., con l'immutata rubrica *Rescissione del giudicato*. Comparando i due testi, ci si avvede che il primo comma è rimasto identico, e sostanzialmente anche il secondo (il “nuovo” art. 629 *bis* si limita a sostituire la locuzione «nelle forme dell'articolo 583, comma 3» con quella «nelle forme previste dall'articolo 583, comma 3»). La modifica essenziale risiede nel terzo comma, dove le parole «la Corte di cassazione» sono sostituite dalle parole «la corte di appello territorialmente competente»⁸².

Se è assolutamente condivisibile la scelta di sgravare la Corte di Cassazione di un compito che «resta ordinariamente estraneo alle caratteristiche di struttura della sua giurisdizione»⁸³,

⁷⁸ Per una panoramica v. L. SCOMPARIN, *Art. 620*, in G. CONSO-G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., pp. 2760-2762. La direttiva della delega va coordinata con le innovazioni relative al ricorso avverso la sentenza di patteggiamento, che la giurisprudenza riporta sotto l'art. 620 comma 1 lett. *l* c.p.p. (v. *supra*, § 1).

⁷⁹ *Relazione al d.d.l. C.N. 2798, ibidem*.

⁸⁰ Sulle quali sia consentito rinviare a M. BARGIS, *La rescissione del giudicato ex art. 625 ter c.p.p.: un istituto da rimeditare*, in *questa Rivista*, 1, 2015. Nota per la Redazione: qui la citazione evidenziata in giallo va modificata, perché il contributo sarà pubblicato nello stesso fascicolo n. 1/2015 della Rivista trimestrale; ovviamente, anche la indicazione delle pagine andrà modificata. Grazie.

⁸¹ Cfr. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014*, Roma, 23 gennaio 2015, cit., p. 74.

⁸² L'art. 20 comma 3 del d.d.l. stabilisce che i due commi precedenti «si applicano anche con riferimento ai giudicati già formati alla data di entrata in vigore della presente legge, salvo che sia stata già presentata la richiesta di rescissione».

⁸³ *Relazione al d.d.l. C.N. 2798, ibidem*.

la norma proposta necessita di qualche miglioramento. In primo luogo, tenuto conto che l'art. 629 *bis* c.p.p. è inserito nel titolo IV del Libro IX, dedicato alla revisione, non risulta chiara la dizione «la corte di appello territorialmente competente», inserita nel terzo comma: sarebbe necessario operare un raccordo con quanto stabilito nell'art. 633 comma 2 c.p.p. che individua la Corte di appello secondo i criteri di cui all'art. 11 c.p.p., posto che la *ratio* che ha ispirato la sostituzione dell'art. 633 comma 2 c.p.p. (art. 1 comma 1 l. 23 novembre 1998, n. 405)⁸⁴ vale pure per la rescissione del giudicato.

In secondo luogo, nel silenzio della legge, la richiesta di rescissione andrebbe presentata nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato (art. 582 comma 2 c.p.p.)⁸⁵, al quale poi il sistema coniato dal d.d.l. assegna la prima verifica di ammissibilità. Siccome, però, non si è proposta alcuna modifica dell'art. 633 comma 2 c.p.p. e dunque la richiesta di revisione continua a dover essere presentata nella cancelleria della Corte di appello individuata – come appena detto – secondo i criteri di cui all'art. 11 c.p.p., ci si potrebbe domandare se non sarebbe più opportuno integrare in tal senso il secondo comma dell'art. 629 *bis* c.p.p., dove andrebbe pure modificata la locuzione relativa al *dies a quo* del termine di trenta giorni per la presentazione della richiesta, criticata dalla dottrina con riguardo all'art. 625 *ter* c.p.p.⁸⁶

L'inserimento del “nuovo” art. 629 *bis* c.p.p. nel titolo dedicato alla revisione potrebbe risolvere alcune problematiche che le Sezioni Unite si sono poste con riguardo all'art. 625 *ter* c.p.p.: in particolare, e ferme restando le critiche già espresse in altra sede sull'onere probatorio in capo al richiedente⁸⁷, se si dovesse optare per la presentazione della richiesta di rescissione nella cancelleria della Corte di appello, in applicazione analogica dell'art. 633 comma 1 c.p.p. tale richiesta, oltre ad indicare specificamente le ragioni e le prove che la sorreggono, potrebbe essere corredata da eventuali atti e documenti. Analoga applicazione analogica varrebbe per la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, prevista, in caso di revisione, dall'art. 635 comma 1 c.p.p. Sebbene, a dirla tutta, a fini di chiarezza, si rivelerebbero ben più opportune previsioni espresse, magari utilizzando la tecnica del rinvio *per relationem*, nell'art. 629 *bis* c.p.p.

Il suddetto inserimento prefigura però profili che potrebbero rivelarsi controversi. Nel caso della revisione, com'è noto, a una preliminare valutazione d'inammissibilità (dichiarata con ordinanza), che si svolge in camera di consiglio, senza la presenza delle parti (art. 634 c.p.p.), segue, se la richiesta è ritenuta ammissibile, il giudizio di revisione in udienza pubblica, che si conclude (oltre che con una sentenza d'inammissibilità) con la pronuncia di accoglimento o di rigetto (artt. 636-637 c.p.p.). Tanto l'ordinanza d'inammissibilità quanto la sentenza emessa nel giudizio di revisione sono ricorribili per cassazione (artt. 634 comma 2 e 640 c.p.p.). Diversamente dalla revisione, l'istituto della rescissione del giudicato prevede una fase rescindente davanti alla Corte di appello e una fase rescissoria, in caso di accoglimento, davanti al giudice di primo grado: poiché pare diseconomico, in caso di richiesta ammissibile, passare a un vero proprio giudizio, che comunque, se l'esito fosse positivo, comporterebbe la revoca della sentenza e la trasmissione degli atti al giudice di primo grado, un compromesso rispettoso del diritto di difesa parrebbe la previsione di una camera di consiglio partecipata ai sensi dell'art. 127 c.p.p. e il ricorso per cassazione nel caso di pronuncia d'inammissibilità o di rigetto. Anche qui, peraltro, si renderebbero necessarie previsioni *ad hoc*.

Un breve accenno al giudizio di rinvio a seguito dell'accoglimento della richiesta di rescissione: originando il rinvio dalla Corte di appello, lo si potrebbe apparentare al rinvio disposto ai sensi dell'art. 604 comma 5 *bis* c.p.p., anche se in quest'ultima eventualità il presupposto del rinvio medesimo è l'annullamento e non la revoca della sentenza. Con ovvie conseguenze in tema d'incompatibilità: il nuovo giudice di prime cure non potrà essere composto dalle stesse persone fisiche che ne facevano parte nel “vecchio” processo di primo grado, incluso nella sequenza processuale infine culminata nella rescissione del giudicato, né da persone fisiche che,

⁸⁴ Su cui v. M. BARGIS, *Commento alla l. 23 novembre 1998, n. 405*, in *Leg. pen.*, 1998, p. 735 s. Per più ampi ragguagli v. A. PRESUTTI, *Art. 633*, in G. CONSO-G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 2812. Vale anche in tema di revisione la successiva modifica dell'art. 11 c.p.p., operata dalla l. 2 dicembre 1998, n. 420, mediante l'introduzione del c.d. meccanismo tabellare, immune da situazioni di reciprocità.

⁸⁵ Da intendersi, secondo Cass., Sez. Un., 17 luglio 2014, Burba, in *Dir. pen. cont.*, 5 dicembre 2014 (con nota di J. DELLA TORRE, *Le Sezioni Unite sulla rescissione del giudicato: nonostante i primi chiarimenti l'istituto rimane problematico*), come «cancelleria del giudice la cui sentenza è stata posta in esecuzione».

⁸⁶ Cfr. M. BARGIS, *La rescissione del giudicato*, cit.

⁸⁷ M. BARGIS, *La rescissione del giudicato*, cit.

in quella stessa sequenza, abbiano pronunciato sentenza in grado di impugnazione. E sembra altresì derivarne, al di là dell'esercizio del diritto alla prova *ex* art. 493 c.p.p., la necessità di rinnovare le prove in precedenza acquisite, conformemente al principio di immediatezza (art. 525 comma 2 c.p.p.).

IL NODO DELLA PRESCRIZIONE

Domenico Pulitanò

ABSTRACT

La prescrizione del reato è un istituto *assiologicamente* ambiguo: risponde all'esigenza di non perseguire e punire, oggi, un fatto troppo remoto nel tempo, ma è anche una obiettiva *defaillance* del sistema. Il modello di disciplina è stato distorto dalla novella del 2005, le esigenze di riforma non si esauriscono in un rimodellamento dei tempi di prescrizione. Sarebbe necessario spezzare il *linkage* rigido fra tempi di prescrizione e massimi edittali, che costituisce un vincolo pesante su riforme che intendano abbassare i massimi edittali. Per tenere conto dei tempi del processo, la sospensione della prescrizione in corso del processo, per periodi corrispondenti ad una ragionevole durata delle diverse fasi, sarebbe un buon sistema alternativo a quello attuale centrato sugli atti interruttivi. Il testo approvato dalla Camera costruisce un sistema ibrido, che allunga i tempi di prescrizione, senza porre rimedio alle attuali disfunzioni di sistema.

SOMMARIO

1 Il senso di un istituto ambiguo. – 2. Fenomenologia della prescrizione. – 3. Ritornare al modello per fasce. – 4. I tempi di prescrizione. – 5. Prescrizione del processo? – 6. Bloccare il corso della prescrizione? – 7. Il modello della sospensione per un tempo determinato. – 8. Modelli diversi dall'estinzione del reato – 9. Problemi di diritto intertemporale. – 10. Il problema prescrizione dentro i problemi del penale. – 11. *Postscriptum* sul testo approvato dalla Camera il 24 marzo 2015.

1.

Il senso di un istituto ambiguo.

La questione ‘prescrizione del reato’ (istituto di grossa incidenza nella giustizia penale in azione) è un tassello ritenuto importante del pacchetto di riforme in materia penale attualmente in discussione. C’è bisogno di una riflessione che non resti prigioniera della contingenza e della *politique politicienne*. Punto di partenza dovrebbe essere il senso stesso del controverso istituto: causa estintiva del reato per decorso del tempo.

L’incidenza sulla punibilità di un commesso reato fa della prescrizione un *istituto di diritto penale sostanziale*¹. La collocazione nel codice penale è appropriata. Il fondamento della estinzione del reato va ricercato in *ragioni relative al punire o non punire*: ha a che fare con il problema della rilevanza del tempo trascorso rispetto alle esigenze di risposta al reato. La previsione dell’effetto estintivo per decorso del tempo riconosce che c’è un tempo dell’oblio, più o meno lungo. Solo per delitti molto gravi si pone il problema dell’imprescrittibilità.

La legittimità della previsione e della disciplina di cause di estinzione del reato va controllata alla stregua dei principi affermati dalla Corte costituzionale in tema di cause di non punibilità. Queste “*abbisognano di un puntuale fondamento, concretato dalla Costituzione o da altre leggi costituzionali*”, *non necessariamente con disposizione espressa, purché l’esenzione da pena sia il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco*” (Corte cost., n. 148 del 1983).

Sull’opportunità di prevedere l’efficacia estintiva per decorso del tempo sembra esserci un consenso di principio; le ragioni non sempre sono esplicitate, e non sono individuate in modo univoco. Nei manuali leggiamo talora che il fondamento della prescrizione non è ben chiaro², o che “*sotto il profilo logico delle funzioni della pena non è facile conciliare l’effetto estintivo della prescrizione con nessuna delle funzioni della pena*”³. Uno studio monografico recente ritiene difficile, se non impossibile, enucleare una *ratio* unificante: la prescrizione non potrebbe dirsi “*sorretta da un fondamento razionale assoluto e univoco*”, sarà la scelta del legislatore a orientare l’istituto verso una o altra finalità⁴.

La *ratio* della prescrizione viene per lo più ricercata nell’affievolirsi, fino a venir meno, di esigenze di prevenzione generale in ragione del decorso del tempo⁵. Secondo una approfondita rilettura, la prescrizione sarebbe “*uno degli istituti penalistici che meglio riflette la lettura utilitaristica e secolarizzata del diritto penale*”, il *contrario della ‘giustizia infinita’* che venne inizialmente assunta a etichetta della reazione contro il terrorismo internazionale dopo gli attentati dell’11 settembre 2001⁶.

Se raffrontata ad uno scenario indifferente allo scorrere del tempo, che accampi pretese di assolutezza, l’idea del *tempo dell’oblio* (dell’affievolirsi, fino a svanire, di esigenze di risposta punitiva) si rivela più compatibile con una concezione non autoritaria del diritto penale, vuoi finalizzata alla prevenzione generale, vuoi ad una giusta retribuzione. Assegnare alla variabile del tempo trascorso una rilevanza autonoma, da bilanciare con la rilevanza assegnata alla gravità del commesso reato, è una soluzione normativa suggerita (imposta?) dalla *considerazione dei tempi della memoria sociale e dei tempi di vita delle persone*, in relazione ad *esigenze di proporzione* degli interventi penali non semplicemente rispetto al commesso reato, ma *rispetto a bisogni di risposta che il corso del tempo può ragionevolmente concorrere a modellare e ridurre, fino ad azzerare*. Anche in un’ottica ‘di giustizia’, la pena che sarebbe stata *giusta se tempestiva*, se tardiva acquisterebbe il *sapore di un’indebita sovraccenuazione*⁷.

In quanto espressione di un’idea di giustizia consapevole dei suoi limiti, senza pretese di assolutezza, l’idea del tempo dell’oblio ha un solido fondamento nell’orizzonte costituzionale della pena⁸. Non addita soluzioni precise, ma pone un problema serio, ed orienta verso un certo

¹ In questo senso la dottrina: A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nov. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 679; P. PISA, *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 78. Un’ampia esposizione in S. SILVANI, *Il giudizio del tempo*, Bologna, 2009.

² A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano 2003, p. 739.

³ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino 2011, p. 634.

⁴ S. SILVANI, *op. cit.*, p. 53.

⁵ Vengono pure presentati (e in genere giustamente criticati) altri argomenti, relativi per es. alla dispersione di mezzi di prova, o a mutamenti nella personalità dell’autore del reato.

⁶ F. GIUNTA e D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, Torino 2003, p. 24, 28.

⁷ A. MOLARI, *op. cit.*, p. 684.

⁸ F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in questa *Rivista*, 3, 2013, p. 18.

tipo di soluzioni. Chiede al legislatore valutazioni di giustizia e di politica del diritto, relative a ciò che possa venire in rilievo come tempo dell'oblio, *avendo riguardo al complessivo lasso di tempo fra la commissione del reato e la statuizione sul reato*.

E tuttavia, in quanto rinuncia alla 'normale' risposta prevista dalla legge per il reato, la prescrizione penale è un istituto *assiologicamente ambiguo*: presenta, da un lato, un volto che può essere di giustizia (valutazione d'inopportunità o ingiustizia del perseguire e punire, oggi, un fatto troppo remoto nel tempo) ma è in ogni caso una presa d'atto di una obiettiva *defaillance* del sistema (quel fatto avrebbe dovuto essere punito ieri). Come suggerisce la stessa etichetta di 'causa estintiva', la prescrizione è (metaforicamente) un estintore, che, non diversamente dagli estintori previsti da un sistema di protezione dall'incendio, è necessario collocare a presidio di determinate situazioni, ma che il buon funzionamento del sistema dovrebbe mantenere inattivo. Viste nella loro veste formale di dichiarazioni di estinzione del reato, le declaratorie di prescrizione, molto numerose nell'esperienza italiana, si presentano come una sconfitta del *law enforcement*: impunità di reati commessi, immeritabilmente guadagnata (o astutamente conquistata) per obiettivo decorso del tempo.

2.

Fenomenologia della prescrizione.

Sul piano processuale la prescrizione, al pari di altre cause di estinzione del reato (remissione di querela, oblazione, amnistia), può essere applicata *indipendentemente da un compiuto accertamento del reato* e delle responsabilità conseguenti. Intervenuta la causa di estinzione del reato, questa deve essere dichiarata dal giudice, con sentenza di non doversi procedere, a meno che (art. 129 c.p.p.) non risulti già evidente che il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso o non è previsto dalla legge come reato. Questa disciplina processuale conduce alla dichiarazione di improcedibilità sia in casi in cui un reato è stato commesso, sia in casi in cui un reato non è stato commesso ma di ciò non è stata acquisita positiva evidenza: è una disciplina volta a ridurre al minimo l'impegno processuale, quando già consti l'applicabilità di cause estintive del reato per cui si procede.

La formula della *estinzione del reato*, appropriata nei casi in cui il reato è stato effettivamente commesso e l'imputato ne è responsabile, trasmette invece una carica impropria di stigmatizzazione, quando sia applicata in casi in cui il reato è stato ipotizzato dall'organo promotore dell'azione penale, ma l'ipotesi d'accusa non è stata verificata, e l'imputato può essere innocente. Nei casi in cui il non doversi procedere per prescrizione prescinda da un positivo accertamento della responsabilità, dovrebbe essere previsto l'uso di una formula puramente processuale, non stigmatizzante.

In nome del diritto di difesa, sentenze additive della Corte costituzionale⁹ hanno riconosciuto all'imputato la possibilità di rinunciare alla prescrizione e all'amnistia, con conseguente necessità di un compiuto accertamento nel merito (che potrebbe sfociare in una sentenza vuoi di assoluzione piena, vuoi di condanna). Si tratta di un diritto di cui viene fatto, per ovvie ragioni di prudenza, un uso assai parco; non può essere realisticamente considerato un presidio garantista affidabile.

Le cause del maturare dei termini di prescrizione possono essere del tutto indipendenti da strategie dilatorie della difesa, cui un diffuso *cliché* addossa semplicisticamente le maggiori responsabilità. Ho avuto occasione di veder precipitare verso la prescrizione processi appesantiti da riunioni di procedimenti non necessarie o francamente erronee, o da erronee valutazioni sulla competenza. Fra le cause di disfunzione stanno anche strategie sbagliate di inquirenti e disfunzioni organizzative. Sullo sfondo ci sono l'ipertrofia del sistema penale e le complicazioni del sistema processuale. Le prescrizioni di massa sono un sintomo di *difetti di sistema*.

Di fatto, molte declaratorie di prescrizione sono pronunciate in assenza di un accertamento di responsabilità: una via d'uscita un po' ambigua in situazioni d'incertezza, che potrebbe risultare preferibile sia all'accusa che alla difesa, rispetto ai costi ed ai rischi di un contraddittorio dispiegato. In altri casi il maturare della prescrizione coesiste con accertamenti di responsabilità a fini civilistici. Di fatto, l'esito di prescrizione può coprire situazioni di obiettiva insussistenza di reato, cioè essere una *defaillance* non già nella repressione di reati, ma nel rico-

⁹ Corte cost. 14 luglio 1971, n. 175, relativamente all'amnistia, e Corte cost. 31 maggio 1990, n. 275, relativamente alla prescrizione.

noscimento dell'infondatezza di accuse.

3.

Ritornare al modello per fasce.

Il modello di disciplina generalmente adottato prevede tempi diversi (più o meno lunghi) di prescrizione, differenziando *fasce di reati, raggruppati avendo riferimento al massimo edittale di pena*. Era questo il modello originario del codice Rocco, che la riforma del 2005 ha sostituito con il riferimento puntuale ai massimi edittali di ciascun reato (salvo che per i reati meno gravi: le contravvenzioni, i delitti per i quali sia prevista una pena massima inferiore a sei anni). Si tratta di una modifica priva di fondamento assiologico ed infelice sul piano tecnico.

A differenza che nel modello codicistico originario, i tempi di prescrizione dei delitti di media o elevata gravità non sono più predeterminati da scelte 'di parte generale', ma sono fatti dipendere pedissequamente dalla contingente molteplicità e varietà dei massimi edittali, stabiliti da legislatori della parte speciale, in tempi diversi, secondo criteri di politica sanzionatoria e non già in base a valutazioni relative al tempo dell'oblio. L'equiparazione fra massimo edittale e tempo dell'oblio è assiologicamente insensata: è la rinuncia del legislatore ad una valutazione mirata ed autonoma sui tempi dell'oblio.

Insensati effetti sono prodotti dal *linkage* rigido fra tempi di prescrizione e massimi edittali: l'insieme dei tempi di prescrizione è divenuto meno compatto (i tempi di prescrizione mutano da reato a reato) e meno stabile. In prospettiva, *qualsiasi* modifica dei massimi edittali (al di sopra della soglia dei sei anni di reclusione) diviene un *fattore di instabilità* dei tempi di prescrizione.

Come hanno evidenziato le discussioni sulla riforma in materia di concussione e corruzione, l'identità dei tempi di prescrizione con i massimi edittali interferisce con i problemi di riforma di norme penali: è un vincolo pesante su riforme che intendano andare in direzione di un abbassamento di massimi edittali (cui corrisponderebbe automaticamente una riduzione del tempo di prescrizione).

Certo, anche la suddivisione per fasce di gravità è un modello non indipendente da scelte di parte speciale relative alla pena. Ma affidando al legislatore di parte generale la determinazione di termini di prescrizione ritenuti congrui con riguardo alla natura e gravità dei reati delle diverse fasce, assicura l'autonomia assiologica delle scelte in materia di prescrizione. Il sistema che ne risulta è più organico, più maneggevole nelle applicazioni, meno instabile, meglio controllabile.

Per queste ragioni sarebbe di vitale importanza – un'elementare esigenza di razionalità – ritornare al modello della differenziazione dei termini di prescrizione per fasce di gravità di tipi di reato. E' la strada suggerita dalla Commissione Fiorella e (fra le proposte all'esame della Camera dei Deputati) dalla proposta n. 1528.

4.

Il problema dei tempi di prescrizione.

La determinazione dei tempi di prescrizione è l'aspetto più marcatamente politico nella disciplina dell'istituto. Si tratta di determinare il *tempo dell'oblio* (della rinuncia a punire) ritenuto ragionevole, avendo riguardo alla gravità del tipo di reato e ad eventuali altre esigenze meritevoli di considerazione.

Reati bagatellari possono essere ragionevolmente 'dimenticati' in tempi abbastanza brevi: una repressione a distanza di tempo può essere troppo costosa e/o troppo intrusiva. A fronte, invece, di delitti particolarmente gravi, esigenze 'di giustizia' e/o di prevenzione generale giustificano (esigono?) una riposta che affermi la responsabilità penale e la pena anche a distanza temporale abbastanza lunga.

Per la costruzione delle fasce il riferimento al massimo edittale è un criterio ragionevole: dà la misura della valutazione legislativa di gravità dei tipi di reato, pur con qualche approssimazione. Non è una misura della gravità del fatto *sub judice*, ma della gravità massima di fatti d'un certo tipo. La rilevanza delle circostanze è stata drasticamente ridotta (limitata alle circostanze aggravanti ad effetto speciale) dalla novella del 2005: è l'unico aspetto positivo di quella brutta

riforma: ha opportunamente eliminato l'influenza, ai fini della prescrizione, dell'esercizio di poteri discrezionali del giudice, assicurando la stabilità dei termini *rispetto al reato contestato*. Peraltro, nessun modello di disciplina può escludere la possibilità che i tempi di prescrizione vengano di fatto a mutare (e risultare più brevi) in conseguenza di un mutamento (per ragioni di fatto o di diritto) del titolo di reato ritenuto in sentenza rispetto all'accusa contestata.

Nelle scelte legislative circa i tempi di prescrizione, il disvalore del reato è uno, non l'unico degli elementi di cui il legislatore possa ragionevolmente tenere conto. Sulla bilancia del legislatore vengono pesate una pluralità di ragioni ritenute rilevanti nell'attribuire, modellare, limitare la rilevanza al decorso del tempo ai fini della decisione, pur nella persistenza della valutazione di illiceità del fatto contestato. La determinazione di soglie temporali è la risultante di un bilanciamento fra ragioni diverse; l'equilibrio finale della bilancia, se si tiene fermo lo schema della causa estintiva, segna il confine fra esiti divaricati (punibilità o non punibilità¹⁰), ancorché non sottenda una valutazione dicotomica, in bianco e nero, a differenza delle valutazioni attinenti ai confini fra il lecito e l'illecito, fra il penalmente tipico e il penalmente irrilevante.

La determinazione dei tempi di prescrizione è per il legislatore un campo aperto a valutazioni e scelte politiche diverse: la statuizione di una data soglia temporale ha carattere in qualche misura convenzionale, può dipendere anche (o magari prevalentemente) da ragioni tecniche, di architettura e di praticabilità del modello di disciplina. Non è che un punto d'equilibrio selezionato da una contingente valutazione del legislatore, dentro un insieme di equilibri possibili; non ha (non può ragionevolmente avere) la pretesa di rappresentare l'unico accettabile discrimine fra il punire e il non punire in ragione del tempo trascorso.

Per quanto concerne il termine *a quo* del corso della prescrizione, non è in discussione il riferimento al momento consumativo del reato; nei reati 'di durata' (abituale e permanente) il momento finale. C'è discussione sul reato continuato. Trovo ragionevole la proposta di tornare a collegare la prescrizione all'ultimo episodio, come era nel sistema originario del codice: fino a che prosegue l'attuazione del *medesimo disegno criminoso*, non v'è ragione per far cominciare a decorrere il tempo dell'oblio.

I modelli esistenti o proposti per la disciplina dei tempi di prescrizione presentano, con variazioni, la seguente struttura: un tempo base di prescrizione collegato alla gravità del reato, e spostamenti del termine legati a vicende del processo, valutate come atti interruttivi o come cause di sospensione del corso della prescrizione. Nella costruzione (nella riforma) della disciplina della prescrizione il rapporto con il processo si rivela un aspetto cruciale: il processo ha bisogno di tempi. Il tempo dell'oblio non può essere realisticamente determinato senza tenere conto dei tempi occorrenti per il processo. I modelli proposti si fanno carico di questa esigenza, in ottiche molto diverse. Svolgerò una riflessione critica su modelli che enfatizzano (in direzioni opposte) profili processuali, ed esporrò il modello cui va la mia preferenza, quello che ritengo più coerente con il carattere *di diritto sostanziale* della prescrizione quale causa estintiva del reato.

5. Prescrizione del processo?

Proviene da una matrice culturale processualpenalistica la prospettazione di un modello che distingue fra prescrizione del reato, decorrente dal momento del fatto, e prescrizione del processo¹¹. In precedenti legislature sono state formulate proposte di riforma in questa prospettiva, da parti politiche diverse, con tecnicità diverse. Fra le finalità additate si staglia quella di "presidiare l'interesse oggettivo alla ragionevole durata del processo"¹², collegando l'effetto estintivo al superamento di termini processuali. Nelle proposte più recenti questa prospettiva affiora marginalmente¹³.

Fin da quando il modello della prescrizione del processo è stato proposto, ho espresso

¹⁰ Teoricamente sono possibili modelli diversi, per es. in chiave di estinzione della sola pena. Cfr. D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 530.

¹¹ AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano 2002.

¹² V. GREVI, *Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio*, cit., p. 190 s. 222.

¹³ Nella *speciale forma di prescrizione breve* di cui alla proposta n.1528, art. 1, n.1, punto c.

valutazioni fortemente critiche¹⁴. La stessa formula 'prescrizione del processo' è fuorviante. Sembra definire un istituto come (esclusivamente?) processuale; gli effetti non sarebbero però meramente processuali (a differenza del tradizionale istituto della estinzione del processo civile, che non pregiudica la possibilità di riproporre *ex novo* la medesima azione). La prescrizione del processo penale implicherebbe la *non punibilità* dell'eventuale reato oggetto d'imputazione nel processo dichiarato estinto. Un effetto, dunque, sostanziale e definitivo, quali che siano le etichette e la collocazione legislativa. Un effetto sostanziale che si vorrebbe collegato ad interessi legati al processo, la cui natura è nascosta dall'etichettatura 'dogmatica'. Un esempio di scuola di come il linguaggio giuridico, con il suo ben intenzionato concettualismo, possa inavvertitamente produrre effetti da neolingua orwelliana, di riduzione dello sguardo sul mondo reale.

Passiamo alla sostanza: la prescrizione non è uno strumento idoneo ad *assicurare* (come vorrebbe il principio iscritto nell'art. 111 Cost.) la ragionevole durata del processo penale. Un tale risultato può ritenersi raggiunto (*assicurato*) nel processo penale quando si arrivi in tempi ragionevoli ad una decisione *nel merito*, sulla fondatezza o infondatezza dell'ipotesi d'accusa, o d'improcedibilità per ragioni processuali, o d'estinzione del reato per una causa diversa dalla prescrizione. La prescrizione, invece, è *per definizione* l'esito di un processo che si è concluso ad *irragionevole distanza temporale dal reato imputato* (non necessariamente per eccessiva lunghezza del processo): l'effetto estintivo è un esito indesiderabile, che viene peraltro previsto e accettato per l'appunto in conseguenza dell'eccessivo tempo trascorso dal commesso reato alla decisione.

Una costruzione autonoma della prescrizione del processo (cioè *nel processo*, per il decorso di termini di durata stabili per l'intero processo o per singole fasi) porterebbe a conseguenze paradossali: una disfunzione del processo, che cagionasse la scadenza di un termine, avrebbe come esito concreto l'impunità, in tempi che, se il processo è stato avviato a poca distanza temporale dal fatto, potrebbero teoricamente essere molto brevi, anche per delitti molto gravi¹⁵. E questo in assenza di ragioni giustificative sostanziali dell'esito di non punibilità¹⁶.

Moralmente improponibile, in ogni caso, mi sembra un approccio che costruisca la prescrizione (comunque etichettata) come presidio (cioè sanzione: a carico di chi?) per l'irragionevole durata del processo. La improcedibilità = non punibilità, statuita come conseguenza della eccessiva durata del processo (o addirittura di una sua fase) parrebbe pensata a beneficio di qualsiasi imputato, in considerazione del suo diritto alla ragionevole durata del processo. *Dell'effetto sostanziale di non punibilità sarebbe però beneficiario soltanto l'imputato colpevole*; la prospettiva della prescrizione del processo rafforzerebbe un suo concreto interesse ad una durata irragionevolmente lunga, tale da aprire la strada, altrimenti preclusa, di un esito favorevole. Se invece l'imputato è innocente, la prescrizione si risolverebbe per l'imputato in un'ulteriore beffa: dopo il danno degli inutili tormenti del processo, la beffa di una pronuncia che, per effetto dell'irragionevole durata del processo, *non* restaura la dignità dell'innocenza, ma equipara l'innocente al colpevole nella formula impropria dell'estinzione del reato, o in quella incolore della prescrizione del processo.

Termini di prescrizione agganciati a tempi predeterminati di durata del processo penale (o peggio, di fasi del processo) sarebbero anche disfunzionali rispetto allo stesso obiettivo della ragionevole durata, non solo per il rischio che siano incentivate tattiche dilatorie, ma anche per gli esiti di dispersione di attività processuali e il pregiudizio per le parti interessate¹⁷.

6.

Bloccare il corso della prescrizione?

Nel recente periodo ha coagulato consensi l'idea di bloccare definitivamente il corso della prescrizione, dal momento dell'esercizio dell'azione penale (o dalla sentenza di primo grado, o da altro atto assunto come spartiacque, al di là del quale si decida di non più ammettere un tempo dell'oblio). La suggestione di questa idea, per chi si preoccupi soprattutto della funzio-

¹⁴ D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2005, p. 522 s.

¹⁵ Questi rilievi si ritrovano in GIUNTA – MICHELETTI, *op. cit.*, p. 97.

¹⁶ A questa obiezione si espone l'art. 4, modificativo dell'art. 160 c.p., della proposta n. 2150.

¹⁷ O. MAZZA, *La lotta del diritto contro il tempo: il processo breve*, in *Dir. pen. e processo*, 2010, p. 352; F. VIGANÒ, *op. cit.*

nalità repressiva, ben si spiega: eliminando un tetto massimo di durata complessiva del tempo di prescrizione, si taglia fuori in modo radicale la possibilità di conquistare l'estinzione del reato sfruttando i tempi processuali. Sarebbe il rimedio più radicale di fronte al dato patologico di estinzioni di massa.

Contro tale proposta, la critica che da tempo è stata mossa sostiene che la previsione di un tetto massimo, al quale la macchina processuale si debba fermare, costituisce una *imprescindibile garanzia dell'individuo*, e la soluzione più efficace nell'ottica della ragionevole durata del processo¹⁸. Ritengo decisivo il profilo del limite sostanziale: in relazione a reati prescrivibili (per i quali, cioè, si ravvisa in via di principio un tempo dell'oblio), è contraddittorio introdurre discipline che, a un certo punto, blocchino definitivamente il corso della prescrizione. In gioco è la tenuta dei limiti dell'intervento penale, di fronte al rischio di una deriva indefinita.

Se pure il limite di base, segnato in ragione della gravità del reato, non è rigido e può essere spostato, lo spostamento deve mantenere un ragionevole equilibrio. Potremmo dire: il limite di base sta al livello minimo del tempo dell'oblio, e il suo spostamento può andare fino a un livello massimo, oltre il quale l'equilibrio della bilancia slitterebbe in senso autoritario. Detto in gergo mediatico, sarebbe una soluzione giustizialista efficiente. Ma l'efficienza non basta a rendere accettabile il venir meno di un limite di giustizia.

7.

Il modello della sospensione per un tempo determinato.

7.1. Il modello che ritengo preferibile – più coerente con le ragioni sostanziali della causa estintiva del reato – distingue i tempi di prescrizione per fasce di gravità, statuendo l'imprescrivibilità dei soli delitti di gravità massima (per i quali sia prevista la pena massima), e tiene conto delle esigenze di tempi per il processo, con la previsione di periodi di sospensione corrispondenti a una ragionevole durata delle diverse fasi del processo¹⁹.

Nelle sue linee generali, *il modello della sospensione per un tempo determinato è un modo tecnicamente intelligente di costruzione di un istituto unitario di prescrizione del reato, con termini di prescrizione differenziati per fasce di gravità, e con una considerazione mirata delle esigenze di un processo di ragionevole durata*. Secondo questo schema, il tempo necessario a prescrivere decorre dal tempo del commesso reato, e si compone del tempo corrispondente alla fascia di gravità del reato, più periodi di sospensione che arrivano a coprire una durata ragionevole (ritenuta tale dal legislatore, in una valutazione astratta) delle fasi processuali per le quali la sospensione sia prevista. Questo schema è coerente con l'esigenza di base, di determinare il tempo dell'oblio in ragione della gravità del reato, e fa salve le esigenze di tempi ragionevoli per il processo, evitando gli inconvenienti insiti negli altri modelli che sono venuti in discussione (*supra*, §. 5 e 6).

Rispetto al tradizionale modello degli atti interruttivi (dai quali il termine di prescrizione ricomincia a decorrere, ma il prolungamento complessivo non può superare un tetto massimo) il modello della sospensione per tempi determinati presenta una struttura più razionale: il tempo necessario a prescrivere viene per così dire spostato in avanti in una misura non superiore a una ragionevole durata del processo.

Se si opta per la previsione di periodi di sospensione collegati al processo, non v'è più ragione di prevedere atti interruttivi dai quali ricominci a decorrere il termine di prescrizione. I due modelli sono alternativi: due diverse modalità tecniche di tenere conto dei tempi del processo. L'adozione di un modello dovrebbe escludere l'altro. Adottando il modello dei periodi di sospensione, verrebbero tagliati fuori i delicati problemi di disciplina legati allo schema degli atti interruttivi (quali atti selezionare, quale il tetto massimo del prolungamento), e superata la inaccettabile (per violazione del principio d'uguaglianza) differenziazione per categorie soggettive, introdotta dalla novella del 2005 nella disciplina del prolungamento della prescrizione per effetto di atti interruttivi: una innovazione estranea al panorama comparatistico, ed

¹⁸ GIUNTA – MICHELETTI, *op. cit.*, p. 108.

¹⁹ Entrambe le caratteristiche di questo modello si ritrovano nella proposta n. 1528, all'esame della Camera dei Deputati. Distaccandosi dal modello tradizionale che fa essenzialmente leva su atti interruttivi, prevede la sospensione del corso della prescrizione per due anni dal deposito della sentenza di primo grado e per un anno dal deposito della sentenza di condanna in appello. Se durante questi termini si verifica un'ulteriore causa di sospensione (del tipo tradizionale: legata a procedimenti incidentali o impedimenti delle parti) i termini sono prolungati per il periodo corrispondente (ultimo punto nell'art. 1 della proposta).

incoerente con le ragioni sottese all'istituto della prescrizione²⁰.

Dai modelli costruiti nell'ottica della prescrizione del processo viene recuperata l'esigenza di tenere conto, ai fini della prescrizione, di tempi ragionevoli per il processo, in modo da evitare sia dispersioni di attività sia rischi di eccessivo slabbramento temporale. Ma sono evitati i profili discriminatori e i gravi inconvenienti che abbiamo visto immanenti allo schema della prescrizione del processo: i possibili esiti di non punibilità per il mero fatto del superamento di termini processuali, senza riguardo alla distanza temporale dal commesso reato, e con beneficio per i soli imputati colpevoli.

Vengono pure evitati gli inconvenienti (l'orizzonte di *giustizia infinita*, indefinitamente procrastinabile) immanenti al blocco indefinito della prescrizione a partire da un dato momento processuale.

7.2. Quale che sia il modello prescelto, il problema cruciale è la determinazione dei tempi. Innanzi tutto i tempi di prescrizione per fasce di reato: quali fasce costruire, quali termini prevedere. Inoltre, nel modello qui preferito, i periodi di sospensione della prescrizione durante il processo. I due segmenti vanno pensati tenendo conto sia della loro specifica funzione, sia del risultato complessivo.

I tempi di base, collegati alla gravità dei reati, segnano il livello minimo del tempo dell'oblio: il limite entro il quale è necessario (per evitare la prescrizione) compiere l'atto processuale dal quale comincia a decorrere il primo periodo di sospensione. Da quale atto partire? La *ratio* dei periodi di sospensione (tenere conto di tempi ragionevoli per il processo) suggerirebbe come momento iniziale il primo atto contenente la descrizione e contestazione dell'accusa: potrà essere l'atto con cui si esercita l'azione penale, o un atto anteriore quale l'applicazione di una misura cautelare personale. L'idea di sospendere il corso della prescrizione durante il processo, per tutto (e solo) il tempo d'una ragionevole durata, troverebbe in tal modo una attuazione piena: tutte le fasi del processo dinanzi al giudice sarebbero considerate. Non la fase delle indagini preliminari, fino a che non si arrivi ad un atto formale di contestazione dell'accusa.

Le fasce di gravità, cui collegare tempi di prescrizione differenziati, dovrebbero essere costruite avendo riguardo a differenze significative di gravità²¹; ciò suggerirebbe un numero di fasce ridotto. Trattandosi di determinare il livello minimo del tempo dell'oblio, sarebbe inopportuna la previsione di termini troppo brevi, anche per reati di minore gravità. Propongo alcune ipotesi, ovviamente discutibili. Per la fascia meno grave (contravvenzioni, e anche delitti puniti con sola pena pecuniaria) tre o quattro anni. Per i delitti puniti con pena detentiva potrebbero bastare tre fasce, collegate a termini di prescrizione di sei, dieci, quindici anni. In concreto, questi termini sarebbero da calcolare al netto dei periodi di sospensione in corso di processo.

Periodi di sospensione realisticamente pensabili potrebbero essere: fino a 30 mesi a partire dal primo atto di contestazione dell'accusa; fino a 18 mesi dalla sentenza di primo grado; fino a 12 mesi dalla sentenza d'appello e in tutte le fasi successive. Lascio aperto l'interrogativo se sia opportuno differenziare per tipi di reato o di processo. In coerenza con le ragioni sostanziali dell'istituto, e con esigenze di parità fra le parti del processo, la sospensione della prescrizione, là dove collegata a sentenze, dovrebbe fare riferimento a sentenze non definitive sia di condanna che di assoluzione; differenziazioni non avrebbero senso, ed introdurrebbero inutili complicazioni tecniche.

Rispetto alla disciplina vigente, quali sarebbero gli effetti sui tempi effettivi di prescrizione? Le spinte per una riforma (ridurre l'incidenza della prescrizione) vanno nel senso di un allungamento dei tempi. Il modello della sospensione in corso di processo porta in concreto ad un allungamento o a una riduzione dei tempi, secondo che i periodi di sospensione coprano un periodo più o meno lungo rispetto allo slittamento massimo collegato ad atti interruttivi (oggi agganciato alla gravità del reato). In concreto, il modello qui ipotizzato (che arriva a cinque anni di possibile sospensione in corso di processo) comporterebbe uno spostamento di

²⁰ Differenziando per categorie soggettive i tempi di prescrizione, la novella del 2005 ha introdotto la possibilità di una prescrizione selettiva, a parità del decorso del tempo, addirittura fra concorrenti nel medesimo reato: condannato il recidivo, salvato dalla prescrizione il non recidivo. Un esito irragionevolmente discriminatorio: le ragioni giustificative della prescrizione per decorso del tempo trascorso, legate alla gravità del reato e alla distanza temporale dal commesso reato, valgono allo stesso modo per tutti, incensurati o recidivi.

²¹ In questo contesto potrebbe venire in rilievo, accanto al criterio della pena edittale, anche la natura di certi delitti, per es. quelli di criminalità organizzata.

qualche anno del termine di prescrizione per i reati delle fasce meno gravi, quelli più esposti al rischio di prescrizione. Per i delitti di fascia alta, il rischio di prescrizione dovrebbe essere neutralizzato dalla lunghezza dei tempi di base.

8.

Effetti diversi dall'estinzione del reato?

Il modello dell'estinzione del reato per decorso del tempo, cui siamo abituati, non è l'unica possibile modalità di risposta al problema del tempo. E' entrata nella discussione la possibilità di discipline meno radicali dell'alternativa dicotomica fra condanna ed estinzione del reato: riduzioni della pena come compensazione di una eccessiva lunghezza del processo²². Una più ampia riflessione su eventuali possibilità intermedie (riduzioni di pena, ed anche estinzione della pena) è suggerita dal carattere graduale dell'avvicinamento al tempo dell'oblio.

In quest'ottica segnalo un problema che finora non è stato oggetto di discussione: quello dei *casi in cui l'evento segua a notevole distanza temporale dalle condotte*. E' una casistica rara, ma molto significativa. Si pensi a morti cagionate da esposizioni ad amianto, che si siano verificate a distanza di decenni dalle esposizioni lavorative per le quali sono chiamati a rispondere i garanti *pro tempore*. Avendo riguardo all'interesse offeso dal reato, giusta e ragionevole appare la reazione penale entro i termini di prescrizione che decorrono (secondo la regola generale) dall'evento. Ma nei confronti dell'autore del reato è una reazione molto tardiva. Giusto consentire l'accertamento di responsabilità in relazione ad eventi recenti; discutibile la giustizia del punire autori di condotte molto lontane nel tempo, rispetto alle quali il tempo dell'oblio sarebbe maturo.

E' possibile contemperare queste contrapposte esigenze? Una soluzione equa potrebbe essere l'introduzione di una causa di estinzione (non del reato, ma) della pena, per il caso che il tempo di prescrizione sia decorso se calcolato a partire dalla condotta.

9.

Problemi di diritto intertemporale.

Una riforma che comportasse modifiche dei tempi di prescrizione porrebbe problemi di diritto intertemporale, la cui soluzione di principio sarebbe data dai principi di retroattività della *lex mitior* e di irretroattività *in malam partem*.

Rispetto ad eventuali effetti *in bonam partem*, l'eventuale esclusione di applicabilità retroattiva riproporrebbe i problemi che sono stati sollevati dalla norma transitoria inserita nella novella del 2005. La deroga alla applicazione retroattiva di termini di prescrizione più favorevoli, legata allo stato di processi in corso, è stata colpita da una dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale (sentenza n. 393/06), nella parte in cui era agganciata a un criterio ritenuto ingiustificato (riferimento ai processi in cui fosse già stato aperto il dibattimento). La parte residua, relativa ai giudizi pendenti in appello o in cassazione, è stata salvata dalla sentenza n. 72/08: considerato che il materiale probatorio, in linea di massima, viene acquisito prima che il processo arrivi in grado d'appello, la deroga alla applicazione dei nuovi e più brevi termini di prescrizione "*mira ad evitare la dispersione delle attività processuali già compiute all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, secondo scadenze calcolate in base ai tempi di prescrizione più lunghi vigenti all'atto del loro compimento, e così tutela interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo (come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale)*".

La deroga alla retroattività favorevole, così come uscita dalle due sentenze della Corte costituzionale, potrebbe essere ripresa qualora entrasse in vigore una riforma con effetti di riduzioni di tempi di prescrizione, tali incidere pericolosamente su processi in corso. Tale era l'effetto previsto (e voluto) della novella del 2005; l'auspicata nuova riforma dovrebbe andare in altra direzione.

Quanto agli effetti *in malam partem*, che ci si attende dalla riforma, l'irretroattività discende dai principi generali, senza bisogno di disposizioni espresse di diritto intertemporale. Non è un esito che possa essere criticato come *ad personam*. Caso mai, problemi di legittimità (forse

²² F. VIGANÒ, *op. cit.*

non del tutto insuperabili) e comunque di opportunità sarebbero posti dall'ipotesi (possiamo definirla ipergiustizialista?) di una eventuale previsione di retroattività *in malam partem*.

10. Il problema prescrizione dentro i problemi del penale.

Chiudo con una riflessione per così dire di sfondo, su come il problema prescrizione si colloca nel quadro dei problemi della giustizia penale in Italia.

Alla radice dell'esigenza di riforma stanno i grandi numeri delle declaratorie di prescrizione, sentiti come una intollerabile *defaillance* della macchina penalistica. Alle spalle, una riforma (legge c.d. ex-Cirielli) che è eufemistico definire sbagliata. Salvare i processi dalla prescrizione è l'obiettivo d'emergenza, che spinge in direzione di un innalzamento dei tempi di prescrizione.

Trattandosi di un problema di tempi, è stato visto come cruciale il nesso con la ragionevole durata del processo, e da ciò sono derivati sviluppi in direzioni divaricate: assicurare al processo tempi sufficienti, idonei a evitare la mannaia dell'estinzione del reato; strutturare la prescrizione come presidio della ragionevole durata del processo. I termini del problema sono divenuti più complessi e confusi; insufficiente l'attenzione alla dimensione sostanziale di un istituto che mette in gioco ragioni relative al punire o non punire.

Una riflessione sulle ragioni e condizioni del *tempori cedere* propone i problemi dell'equilibrio fra i due opposti poli del problema penale: il polo 'autoritario' (in senso descrittivo) del finalismo repressivo e il polo liberale dei limiti. L'obiettivo d'emergenza spinge verso il polo autoritario; chiede di correggere taluni spostamenti verso il polo opposto, ritenuti eccessivi. Resta ferma l'esigenza di un sistema equilibrato, che non ceda ad ideologie di *giustizia infinita*, e riconosca alle ragioni del *tempori cedere* il giusto peso, senza produrre prescrizioni di massa. Sta qui la difficoltà (tecnica e politica) della riforma.

Se pure è comprensibile che dal mondo forense si levino voci contrarie, ragioni realistiche possono essere addotte a favore di un modico irrigidimento che può essere considerato parte del costo delle istituzioni penali, complessivamente considerate. Certo, non è la soluzione dei problemi legati ai tempi della risposta al reato. Dei problemi di fondo, l'istituto della prescrizione non può essere la soluzione. Non può essere nulla di più che un rimedio di fronte a disfunzioni particolarmente gravi.

Alla radice dei problemi sta il sovraccarico sia del diritto penale sostanziale che della macchina giudiziaria. Nella storia della giustizia penale italiana, risposte d'emergenza (estinzioni di massa del reato o della pena) sono state date per decenni da provvedimenti di clemenza (amnistia e indulto), succedutisi con frequenza ciclica fino alla riforma costituzionale del 1992. La prassi della clemenza periodica ha svolto a lungo una funzione di surroga di mancate riforme: è servita ad alleggerire una macchina repressiva troppo pesante, e anche a ridurre ciclicamente (con periodicità irregolare) la popolazione carceraria, pagando il prezzo di incrinare l'uguaglianza di tutti di fronte alla legge (cioè un principio fondamentale di giustizia) e la credibilità della deterrenza legale. Come matrice di estinzioni di massa, l'istituto della prescrizione è il successore di una clemenza non più utilizzabile: un *farmaco*²³ che è ad un tempo medicina e veleno.

In questo contesto, se è contingentemente opportuno rendere più rigida la disciplina della prescrizione, credo più importante restituire a tale istituto un volto razionale, ed alleggerire il problema prescrizione da tutto ciò che un tale istituto non può fare. L'esigenza prioritaria è prendere di petto i problemi del sovraccarico sul penale, in tutte le dimensioni: sostanziale, processuale, carceraria. Un'esigenza di giustizia, non solo di efficienza. Di tutto questo, la riduzione delle declaratorie di prescrizione (uno fra i tanti, e non il maggiore, dei mali della attuale macchina penalistica) dovrebbe essere un effetto; il fine di giustizia dovrebbe essere assai più ambizioso.

²³ La definizione è di F. VIGANÒ, *op. cit.*

11.

Postscriptum sul testo approvato dalla Camera il 24 marzo 2015²⁴.

Non risponde alle attese indicate nel mio scritto (del settembre 2014) il testo approvato in prima lettura dalla Camera dei Deputati il 24 marzo 2015, che trae i suoi contenuti da un disegno di legge del Governo, presentato il 23 dicembre 2014.

Le modifiche consistono essenzialmente in un effetto di allungamento dei tempi di prescrizione, senza alcuna novità di sistema. Accantonato il problema (pur affrontato in alcune proposte di legge) di una revisione del modello di disciplina uscito deformato dalla novella del 2005.

Immutato, dunque, il vincolo distorto su riforme di parte speciale, posto dalla coincidenza rigida del tempo di prescrizione col massimo edittale. Preoccupazioni relative alla prescrizione sono addotte a ragione di innalzamento di massimi edittali²⁵, e fanno resistenza a prospettive di abbassamento. La proposta di tornare al modello delle fasce di gravità, spezzando il *linkage* irragionevolmente stringente, non ha trovato ascolto. E' azzardato ipotizzare che sia una consapevole resistenza politica?

L'obiettivo di allungamento dei tempi di prescrizione è perseguito con l'introduzione di nuove ipotesi di sospensione del corso della prescrizione durante il processo. Sarebbe una buona impostazione, resa però ambigua dal combinarsi con la disciplina degli atti interruttivi (non modificata nemmeno negli aspetti di dubbia legittimità costituzionale). Ne risulta un modello ibrido, che calcola due volte, in due modi diversi, i tempi del processo: sia facendo ripartire il termine di prescrizione dagli atti interruttivi (che si collocano nella fase iniziale) sia neutralizzando i tempi dei giudizi d'impugnazione. Questo effetto di raddoppiamento non è razionalmente giustificabile.

Il modello della sospensione della prescrizione durante il processo verrebbe reso coerente prevedendo periodi di sospensione a partire dal rinvio a giudizio. In ciascuna fase la sospensione dovrebbe corrispondere a tutto (e solo) il tempo d'una ragionevole durata. In questo modello verrebbe meno l'esigenza di prevedere atti interruttivi, e ciò taglierebbe fuori taluni attuali delicati problemi di disciplina: quali siano gli atti da selezionare come interruttivi, quale il tetto massimo del prolungamento.

Non sono state recepite (è questo un aspetto positivo) la proposta di bloccare il corso della prescrizione dopo l'avvio del processo, e quella (pure sostenuta nel mondo dei magistrati) di non far decorrere la prescrizione, quanto meno per delitti gravi, per il tempo in cui il fatto sia rimasto non conosciuto o non conoscibile. Sarebbe una strada difficilmente praticabile, per l'incertezza di definire un criterio preciso, e poco coerente con la *ratio* dell'istituto: quale sia un ragionevole tempo dell'oblio (del venir meno delle ragioni del punire), va valutato dal momento del fatto, indipendente dalla sua conoscenza o conoscibilità. La possibilità di un ritardo iniziale della notizia di reato è uno degli elementi di cui dovrebbe tenere conto la determinazione dei tempi di prescrizione.

Una novità del testo approvato è di far decorrere la prescrizione di gravi delitti in danno di minori dal compimento del quattordicesimo anno di età della persona offesa: una soluzione ideologicamente coerente con l'attenzione verso soggetti deboli, vittime di delitti gravi. Suona *politically correct*; da verificare se e quanto risponda ad esigenze reali; l'effetto pratico potrebbe essere quello (negativo) di aprire la strada a indagini e processi ad eccessiva distanza temporale dai fatti, particolarmente difficili sul piano probatorio.

Coerente col principio di legalità è la previsione espressa di applicabilità delle nuove norme - tutte nel senso di una maggiore severità - ai soli fatti commessi successivamente alla loro entrata in vigore.

²⁴ N.d.R.: il presente paragrafo costituisce un *postscriptum* aggiunto dall'Autore al contributo già pubblicato in *Diritto penale contemporaneo*, in data 29 settembre 2014, in occasione della ripubblicazione in questa *Rivista*

²⁵ Nella relazione al disegno di legge n. 2798, presentato dal Governo alla camera dei deputati il 23 dicembre 2014, è detto espressamente che "si inaspriscono le pene del delitto di corruzione, anche al fine di aumentare (sic) i tempi di prescrizione".

GIUDICATO COSTITUZIONALE, PROCESSO PENALE, DIRITTI DELLA PERSONA*

Una breve riflessione su norma, giudicato e ordinamento a margine di
Cass. pen., sez. un., sent. 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858,
Pres. Santacroce, Est. Ippolito, Ric. P.G. Napoli in proc. Gatto

Stefano Ruggeri

ABSTRACT

Il presente scritto muove da una recente pronuncia delle Sezioni Unite, che mette sul tappeto in termini del tutto inediti la questione della tenuta del giudicato penale e dei conseguenti poteri della magistratura d'esecuzione a seguito di una decisione d'incostituzionalità di una norma penale diversa da quella incriminatrice. La questione ripropone il tema della legalità della pena in fase esecutiva, un tema che va ormai certamente affrontato alla luce del diritto costituzionale e dello *international human rights law*. Qui, peraltro, la Corte di Cassazione, movendo dal presupposto che la norma incostituzionale sia stata applicata dal giudice della cognizione, demanda al giudice dell'esecuzione la rideterminazione del bilanciamento tra circostanze e con essa la ridefinizione della sanzione, affidando così alla magistratura esecutiva scelte valoriali che competono al processo di cognizione. Questo lavoro analizza se e come, in una situazione quale quella affrontata dalle Sezioni Unite, tale conclusione sia praticabile e, ripercorrendo le tappe della distinzione sul piano dell'efficacia temporale della legge penale tra illegittimità costituzionale e riforma legislativa, propone una riflessione assiologicamente orientata sul giudicato penale.

SOMMARIO

1. Tre quesiti. – 2. La possibilità e misura d'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale. – 2.1. Premessa. – 2.2. Norma penale, giudicato costituzionale, giudicato penale. – 2.2.1. La prospettiva strutturalista. La distinzione tra incostituzionalità e successione temporale di leggi penali sul piano dell'efficacia giuridica. – 2.2.2. La prospettiva garantista. Il bilanciamento tra il rigore del giudicato penale e la tutela dei diritti della persona. – 2.3. Processo penale, giudicato costituzionale, giudicato europeo. L'immanente cedevolezza ovvero la forza del giudicato penale a fronte della massima tutela dei diritti fondamentali. – 3. La necessità d'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale. – 4. Le modalità d'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale. – 4.1. Obbligo motivazionale del giudice della cognizione e poteri del giudice dell'esecuzione nel ridefinire il bilanciamento tra circostanze. – 4.2. Pena legittima e garanzie della persona in sede esecutiva. – 4.2.1. Discrezionalità giudiziale della magistratura di esecuzione e ridefinizione della sanzione nell'ipotesi di sicura applicazione della norma incostituzionale in sede di cognizione. – 4.2.2. Vincolatività assiologica del giudicato e individuazione della pena legittima da eseguire nell'ipotesi di non certa applicazione della norma incostituzionale in sede di cognizione. – 5. Conclusioni.

* La sentenza commentata in questo scritto ha sollevato questioni che sono andate ben al di là delle mie competenze e capacità. Su alcuni passaggi di particolare complessità e specie su quelli che hanno richiesto una competenza trasversale, ho disturbato colleghi di altre discipline chiedendo loro un parere sui miei pensieri. Desidero quindi esprimere la mia riconoscenza, in particolare, ad Alessandro Morelli, Giuseppina Panebianco e Gioacchino Romeo per i preziosi suggerimenti che mi hanno dato. Di ogni imprecisione o inesattezza contenuta nel testo sono ovviamente io il solo responsabile.

1.

Tre quesiti.

Con la sentenza *Gatto*, emessa il 29 maggio 2014, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno risolto positivamente la questione concernente il potere del giudice dell'esecuzione di affermare la prevalenza della circostanza attenuante prevista dall'art. 73 c. 5 d.p.r. 309/1990 e rideterminare la pena, definita in sede di cognizione mediante giudizio di equivalenza tra la suddetta attenuante e l'aggravante dell'art. 99 c. 4 c.p. in forza dell'applicazione del divieto di prevalenza di tale attenuante, contemplato dall'art. 69 c. 4 c.p. e dichiarato incostituzionale dalla sent. 251/2012. Il quesito di diritto sottoposto al giudizio delle Sezioni Unite – se la dichiarazione d'incostituzionalità di una norma penale diversa da quella incriminatrice, intervenuta successivamente al passaggio in giudicato di una sentenza di condanna, possa condurre in fase esecutiva a mitigare la pena comminata in forza della disposizione annullata – pone peraltro interrogativi che trascendono la vicenda che ha occasionato l'investitura della Suprema Corte e vanno addirittura al di là della stessa sfera del solo ordinamento penale, imponendo un approccio interdisciplinare. Essenzialmente tre ordini di questioni si pongono all'attenzione dell'interprete, questioni che possono essere sintetizzate nei seguenti termini:

a) la sentenza d'incostituzionalità che abbia annullato non una norma incriminatrice ma una norma comunque di diritto sostanziale può in astratto incidere sul giudicato penale?

b) la sentenza d'incostituzionalità che abbia annullato non una norma incriminatrice ma una norma comunque di diritto sostanziale deve, nella fattispecie concreta, incidere sul giudicato penale?

c) esiste una via per intervenire sul giudicato penale in quest'ipotesi e, se sì, quale? In altri termini, come si deve incidere sul giudicato penale per dare immediata efficacia alla sentenza della Corte costituzionale in quest'ipotesi?

Schematicamente si potrebbe inferire che la prima è una questione di diritto costituzionale, la seconda di diritto penale sostanziale e la terza di diritto penale processuale e, più specificamente, di diritto dell'esecuzione penale. Ma subito si avverte l'impressione che una così netta separazione di piani è metodologicamente inesatta e non è in grado di cogliere la complessità di tali questioni, che richiedono un'impostazione trasversale. Le argomentazioni che si snodano nel percorso logico seguito dalla Suprema Corte mostrano estrema attenzione alla disamina del primo quesito, mentre alquanto apodittica appare la risoluzione del terzo, che implicitamente presuppone la risoluzione in senso positivo anche del secondo. Su quest'ultimo, a ben guardare, la Corte non spende pressoché alcun argomento, movendo probabilmente dall'assunto che, lì dove il giudicato costituzionale possa incidere sul giudicato penale, ciò debba anche avvenire.

Il presente scritto si allontana da una simile impostazione, argomentando che la potenziale capacità del giudicato costituzionale d'incidere sul giudicato penale non implica che il giudicato penale debba sempre essere ridefinito anche solo con riguardo a una porzione dell'equazione sanzionatoria. Ciò impone di ripercorrere le argomentazioni addotte dalla Suprema Corte, al fine di fornire una risposta ai quesiti iniziali, che conducono a tornare a riflettere su categorie come giudicato, norma, ordinamento. Alla luce di questi risultati andranno probabilmente riconsiderate le conclusioni cui è pervenuta la Cassazione per promuovere la revisione in fase esecutiva del regime sanzionatorio.

2.

La possibilità e misura d'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale.

2.1.

Premessa.

Se la sentenza d'incostituzionalità che annulli non una norma incriminatrice ma una norma comunque di diritto sostanziale sia potenzialmente idonea a incidere sul giudicato penale, come si è anticipato, è anzitutto una questione di diritto costituzionale. Ma l'argomentazione seguita dalle Sezioni Unite e l'interpretazione dell'art. 30 c. 4 legge 87/1953 da esse seguita mettono in luce, a ben vedere, una questione dalla natura complessa, che chiama in causa a un

tempo il diritto costituzionale e il diritto processuale penale. Per chiarezza espositiva, si può forse dire che essa si snoda e converte in due problemi, logicamente connessi, concernenti rispettivamente l'idoneità del giudicato costituzionale a incidere sul giudicato (e sul processo) penale nell'ipotesi considerata e la disponibilità del giudicato (e del processo) penale a lasciarsi plasmare dal giudicato costituzionale. Alla duplice natura della questione corrisponde, come vedremo, una diversità d'impostazione nel ragionamento seguito dalla Corte.

2.2. *Norma penale, giudicato costituzionale, giudicato penale.*

2.2.1. *La prospettiva strutturalista. La distinzione tra incostituzionalità e successione temporale di leggi penali sul piano dell'efficacia giuridica.*

La prima parte dell'argomentazione delle Sezioni Unite prende le mosse da un recente dibattito, che ha diviso le sezioni semplici della Suprema Corte sulla questione concernente l'eseguibilità della porzione di pena irrogata in forza dell'applicazione di un'aggravante successivamente dichiarata incostituzionale¹. Il discorso condotto dalla Corte di Cassazione rivela un'impostazione fortemente strutturalista, che s'incentra sulla generale distinzione tra declaratorie d'incostituzionalità e successione di leggi penali nel tempo. La Corte mette in chiaro la netta diversità funzionale fra due fenomeni, che risponde a una differenza istituzionale tra i compiti espletati dai due rispettivi poteri dello Stato. In effetti, può ormai considerarsi assodato che le sentenze d'incostituzionalità, riflettendo una patologia nelle vicende della normazione, estirpano la norma annullata dal tessuto dell'ordinamento non solo determinandone l'inefficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione della Corte (secondo un'interpretazione letterale dell'art. 136 Cost., affermatasi tra i primi commentatori della Carta fondamentale) ma anche impedendone ogni possibilità di applicazione². Rientra invece nella fisiologia dell'evoluzione normativa ogni intervento legislativo che incida sulla normativa penale di riferimento, quale che ne sia il segno. Ciò giustifica anche il diverso regime temporale dei due fenomeni quanto alla perdita di efficacia della norma travolta: l'abrogazione decorre di regola dall'introduzione della legge abrogatrice valendo perciò *pro futuro*, senza peraltro escludersi che nel rispetto del canone della ragionevolezza possa l'efficacia della legge abrogatrice spingersi fino alla data introduttiva della disciplina abrogata; laddove l'annullamento coinvolge fisiologicamente anche i rapporti pendenti, mostrando così un'efficacia parzialmente retroattiva, senza tuttavia potersi mai portare oltre questa soglia.

Né la diversità di formulazione degli artt. 136 Cost. e 30 c. 3 legge 87/1953 può ormai lasciare spazio a interpretazioni restrittive volte a circoscrivere la disapplicazione della norma dichiarata incostituzionale al solo processo in corso³. Tra le due disposizioni non c'è, a ben vedere, alcun contrasto: la norma incostituzionale perde efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale e da quella data diviene quindi inapplicabile, anzi sorge un preciso dovere di disapplicazione in capo all'autorità rimettente così come in tutti gli operatori giuridici che trattino casi analoghi a quello che ha occasionato l'investitura del giudice delle leggi, salvi i rapporti esauriti. Ciò vale significativamente quale che sia la portata della declaratoria d'incostituzionalità e soprattutto, per quel che qui importa, la natura della norma impugnata. In tal senso si sono espresse le sentenze *Ingordini*⁴ e *Ayarž*, come sottolineano le Sezioni Unite, nella misura in cui, seguendo il filone avviato dalla sentenza *Hauobu*⁵ e proseguito dalla sentenza *Harizž*, hanno ritenuto applicabile con riferimento a casi pendenti la decisione con la quale venne dichiarata incostituzionale la norma concernente

¹ Nella fattispecie si trattava della circostanza prevista dall'art. 61 c. 1-bis c.p., previsione dichiarata incostituzionale dalla sentenza 249/2010.

² Per una dettagliata sintesi del dibattito che ha portato a definire gli esatti termini dell'efficacia delle sentenze d'incostituzionalità cfr. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano 1999, p. 313 ss.

³ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano 2004, sub art. 2, § 61.

⁴ Cass., sez VI, 16 maggio 2013, CED 255674.

⁵ Cass., sez VI, 15 maggio 2013, CED 257767.

⁶ Cass., sez I, 27 ottobre 2011, CED 252062.

⁷ Cass., sez I, 25 maggio 2012, CED 253084.

l'aggravante della clandestinità.

Ciò mostra un primo punto d'inconsistenza dell'interpretazione restrittiva dell'art. 30 c. 4 legge 87/1953, che circoscrive la portata dell'incidenza sul giudicato di condanna alle sole sentenze che annullino norme incriminatrici. In effetti, la formazione del giudicato formale non dipende solo da scelte processuali ma spesso anche da questioni attinenti all'organizzazione amministrativa della giustizia e non può quindi divenire un fattore dirimente, cosa che porterebbe a palesi discriminazioni. Del resto, seguire l'interpretazione restrittiva, contestata dalle Sezioni Unite, conduce al paradosso che prima del giudicato la sentenza costituzionale che annullasse una norma non incriminatrice produrrebbe effetti anche al di fuori del processo che ha determinato l'investitura della Corte costituzionale, mentre al di là di questa soglia essa neppure produrrebbe effetti nel processo in corso, contravvenendo il senso del giudizio incidentale di costituzionalità della legge.

Possiamo ipotizzare, come sottolineato dalla sentenza *Hamrouni*⁸, che il legislatore del 1953 pensasse solo all'ipotesi di *abrogatio criminis* nel contemplare la cessazione di "tutti gli effetti penali" della condanna; ma non c'è ragione per negare l'applicazione della disposizione in questione a ipotesi in cui alcuni effetti siano il prodotto di una disposizione incostituzionale⁹. E in fondo la previsione può essere letta nel senso che, dichiarata incostituzionale la norma applicata nel processo, tutti gli effetti penali della condanna da essa discesi debbano ugualmente cessare. Del resto, non si può certo pretendere di ricavare indicazioni sempre univoche da testi legislativi, e così non sarebbe ipotizzabile che, per il sol fatto che l'art. 2 c. 2 c.p., trattando della abrogazione della stessa fattispecie incriminatrice, ometta di specificare che la cessazione concerna tutti gli effetti della condanna, possano sopravvivere effetti di una norma penale abrogata.

Insomma, non è plausibile definire i termini delle conseguenze delle declaratorie ablativo della Corte costituzionale sulla falsariga delle cadenze dell'art. 2 c.p., argomentando che solo l'incostituzionalità della norma incriminatrice possa travolgere il giudicato condannatorio, destinato invece a rimanere impregiudicato a fronte di interventi che colpiscano norme penali di natura diversa attestandone la contrarietà a Costituzione. Una simile impostazione, condivisa dall'ordinanza che ha determinato l'investitura delle Sezioni Unite, trae con sé un errore metodologico nella misura in cui confonde ciò che in un fenomeno è l'eccezione e che nell'altro è invece la regola. In effetti, la postulazione di una netta differenza funzionale (ed effettuale) fra i fenomeni dell'abrogazione e dell'incostituzionalità mette in luce il carattere eccezionale, nell'ambito del complessivo fenomeno dell'evoluzione temporale della legge penale, non già del limite del giudicato, previsto con riguardo alla successione modificativa della legge penale, bensì della possibilità che l'abrogazione travolga rapporti già definiti con sentenza irrevocabile, ovvero il giudicato condannatorio che abbia ad oggetto una pena detentiva, non più legislativamente prevista. Come è noto, tali opzioni riflettono non tanto una scelta di politica legislativa, ispirata a una generica logica di *favor rei*, quanto una soluzione assiologicamente necessitata nella prospettiva di una compiuta (e corretta) attuazione di un complessivo assetto costituzionale ruotante attorno ai principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost. Si tratta dunque di una frattura costituzionalmente inevitabile all'interno di un sistema che vuole le modifiche legislative valedoli di regola *ex nunc*, mentre nessuna rottura del sistema discende dalla disapplicazione della norma penale la cui incostituzionalità è stata acclarata, disapplicazione che proprio per ciò non può lasciare impregiudicato il giudicato di condanna.

In questa prospettiva si può dunque affermare che nel contesto dell'art. 673 c.p.p. il riferimento all'abrogazione costituisca norma di disciplina della scelta operata con l'art. 2 c. 2 c.p. (disciplina peraltro ormai non più esclusiva, per quanto appena osservato), mentre quello all'incostituzionalità non codifichi, senza alcuna pretesa di esaustività, che una delle possibili manifestazioni del principio stabilito dall'insieme delle previsioni contenute negli artt. 136 Cost. e art. 30 c. 3-4 legge 87/1953, principio che non può essere derogato se non in presenza di un'esplicita statuizione legislativa quantomeno dotata di copertura costituzionale, della quale tuttavia non consta l'esistenza.

⁸ Cass., sez I, 19 gennaio 2012, CED 253343-253344.

⁹ Nello stesso senso cfr., in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2014, G. ROMEO, *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"*, § 1.

2.2.2 *La prospettiva garantista. Il bilanciamento tra il rigore del giudicato penale e la tutela dei diritti della persona.*

Tale assetto normativo non riflette dunque un'architettura arbitrariamente costruita dal legislatore per differenziare a tutti i costi la successione temporale di leggi penali dal fenomeno dell'incostituzionalità. La distinzione è lo specchio di un diverso sistema di valori e va dunque riconsiderata nella prospettiva del bilanciamento tra interessi confliggenti. In questa direzione si muovono opportunamente le Sezioni Unite, il cui registro argomentativo abbandona presto le cadenze di un ragionamento rigidamente strutturalista orientandosi verso una prospettiva squisitamente assiologica. La sentenza in commento s'inserisce del resto in un'evoluzione giurisprudenziale che coinvolge in modo ormai prorompente il principio di legalità della pena. Richiamando l'impostazione della recente sentenza *Ercolano*, le Sezioni Unite mostrano di condividere una concezione della legalità penale che attraversa e comprende tutto l'*iter* che conduce all'esecuzione della sanzione, andando al di là della soglia della concretizzazione giudiziale della norma penale fino all'esecuzione della sanzione¹⁰.

In quest'ottica la soluzione adottata dall'art. 30 c. 4 legge 87/1953 appare ulteriormente rinvigorita, imponendo scelte interpretative che ne valorizzino al massimo la portata: quand'anche la norma penale fosse realisticamente conoscibile al momento della commissione del fatto, è intollerabile che si venga puniti per un fatto contrario all'ordine costituzionale o al di là della soglia sanzionatoria costituzionalmente legittima. Il prodursi di una simile situazione è in sé fonte di gravi e ulteriori violazioni di principi costituzionali, puntualmente indicati dalle Sezioni Unite, quali la funzione rieducativa della pena e lo stesso principio di legalità. Del resto la correttezza di quest'inquadramento è attestata, per quanto possa valere questo riferimento normativo, dalla soluzione processuale contemplata dall'art. 673 c.p.p., che impone per entrambi i fenomeni dell'incostituzionalità e dell'abrogazione della norma incriminatrice una conclusione comune: l'assoluzione per non essere previsto il fatto dalla *legge* come reato. In entrambe le situazioni si può affermare che l'esecuzione della pena comprometterebbe gravemente la legalità costituzionale, il che impone di orientare ad essa l'ordine legislativo.

Semmai si potrebbe discutere sull'ampiezza della portata di tale fenomeno. Dalla conclusione processuale prevista dall'art. 673 c.p.p., dettata dall'esigenza d'instaurare un parallelismo col fenomeno dell'abrogazione, si evince che la previsione si riferisce alla sola ipotesi in cui l'intervento ablativo della Corte costituzionale colpisca l'intera fattispecie incriminatrice. Ma non è questo certo un argomento decisivo per escludere interventi sul giudicato in ipotesi di segno diverso. In effetti, il contenuto della sentenza d'incostituzionalità concernente la "fattispecie incriminatrice" ben può riguardare profili diversi da quelli considerati nella disposizione in parola, quale precipuamente l'assetto sanzionatorio. E se ammettiamo, come è pacifico, che l'incostituzionalità della pena imponga una revisione dell'assetto sanzionatorio in fase esecutiva, come e su che basi escludere l'ipotesi in cui l'incostituzionalità colpisca una porzione della sanzione ovvero una norma regolante il percorso giudiziale di commisurazione della sanzione, come nella fattispecie in esame? In questa direzione si muove la giurisprudenza, che notoriamente non solo ha esteso la portata dell'art. 673 c.p.p. al caso in cui la norma penale sia stata dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione europea da una sentenza della Corte di giustizia successiva al passaggio in giudicato della decisione, ma ha anche riconosciuto la possibilità di avvalersi dell'incidente di esecuzione, come si è visto, al fine di ottenere la riduzione dell'entità della sanzione in seguito alla declaratoria d'incostituzionalità, sopravvenuta al giudicato, della norma concernente un'aggravante applicata in sede di cognizione.

Queste conclusioni sollecitano un'ulteriore riflessione sulla portata dell'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale, portata circoscritta, secondo l'opinione maggioritaria che le Sezioni Unite condividono, alla norma penale sostanziale¹¹. L'opinione trae, come si sa, la propria giustificazione dall'idea che le norme processuali penali non possano determina-

¹⁰ Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2013, *Ercolano*, su questa *Rivista*, 12 maggio 2014, con commento di F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la "saga" dei fratelli minori di Scoppola*.

¹¹ In proposito cfr., per tutti, M. CHIAVARIO, *Norma (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, p. 500. Nella letteratura non sono tuttavia mancate, anche in passato, le voci dissenzienti nei confronti di una rigida distinzione tra norme sostanziali e processuali ai fini della determinazione dell'efficacia della declaratoria d'incostituzionalità. Cfr. L. COMOGLIO, *Diritto di difesa e retroattività delle decisioni incostituzionali*, in *Riv. dir. proc.* 1967, p. 98 s.

re il contenuto della condanna irrevocabile; ma, a ben vedere, si tratta di un'idea preconcepita e tale da comportare gravi conseguenze sulla tutela dei diritti individuali. Supponiamo che l'art. 285 c. 3 c.p.p. non prevedesse alcun riferimento alla custodia scontata all'estero in forza di una procedura estradizionale e che tale previsione fosse introdotta da una pronuncia additiva della Corte costituzionale. Si può seriamente pensare che una simile ipotetica pronuncia, per il sol fatto d'intervenire su una previsione di diritto penale processuale, possa essere ignorata, laddove si sia conclusa la fase cognitiva, ai fini del computo degli effetti penali della condanna irrevocabile? Il problema si accentua a fronte di norme dal contenuto ibrido. Immaginiamo che fosse dichiarata incostituzionale la previsione che contempla, alla sola condizione dell'avvenuta richiesta del Ministro della Giustizia, l'esercizio della giurisdizione nazionale anche in casi in cui nessun vincolo territoriale sussiste col fatto, nonostante un processo si sia svolto e concluso all'estero, financo nel Paese che vanta il più *genuine link* col fatto¹². Potrebbe la condanna emessa a séguito del processo instaurato in Italia in forza di tale previsione essere eseguita?

L'adozione di una prospettiva ispirata alla massima tutela dei diritti impone di dare un'interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di "norma penale", che agli effetti dell'art. 30 c. 4 legge 87/1953 sembra più corretto intendere come riferito a qualunque norma appartenente all'ordinamento penale che determini una conseguenza sanzionatoria o una porzione sanzionatoria riferita a un comportamento umano, se non anche qualunque norma penale in senso lato, essenziale per l'accertamento della colpevolezza¹³. In effetti, la funzione rieducativa della pena sarebbe fortemente compromessa se si continuasse ad applicare, anche solo per una porzione, una sanzione in forza di una norma processuale la cui incostituzionalità è stata acclarata, non meno di quanto lo sarebbe se la declaratoria d'incostituzionalità toccasse una norma di diritto sostanziale. Trova così ancora una volta conferma l'artificiosità di una rigida distinzione tra norme processuali e sostanziali, distinzione che in una prospettiva orientata alle garanzie della persona risulta sempre meno sostenibile.

Di più, una riflessione su questo fenomeno attenta alla salvaguardia dovrebbe condurre a riconsiderare l'ambito applicativo dell'art. 30 c. 4 legge 87/1953 anche nell'ottica del tipo di giudicato penale su cui la declaratoria d'incostituzionalità della norma penale è chiamata a incidere, incidenza ristretta alle sole ipotesi in cui il processo penale si sia concluso con una condanna. Tale limitazione trova ben poca giustificazione e difatti può considerarsi parzialmente superata dall'art. 673 c. 2 c.p.p., che ha esteso la possibilità di revoca del giudicato in fase esecutiva all'ipotesi in cui il processo penale si sia concluso con un proscioglimento per estinzione del reato o non imputabilità – revoca anch'essa riferita alle sole ipotesi in cui la fattispecie incriminatrice sia stata abrogata o dichiarata incostituzionale.

2.3.

Processo penale, giudicato costituzionale, giudicato europeo. L'immanente cedevolezza ovvero la forza del giudicato penale a fronte della massima tutela dei diritti fondamentali.

L'adozione di una prospettiva orientata ai diritti della persona conduce a riflettere da un angolo visuale più ampio attorno al problema di quella che oggi viene diffusamente definita come "cedevolezza del giudicato". Nel ricordare alcune delle tappe fondamentali del processo di ridimensionamento culturale, oltre che giuridico, di una concezione assolutizzante del giu-

¹² ICJ 5 febbraio 1970, "Barcelona Traction Case", *Belgium v. Spain* [1970].

¹³ In tal senso v. già V. VIGORITI, *Problemi del processo costituzionale: poteri discrezionali dei giudici ed efficacia nel tempo della sentenza*, in *Riv. it. trim. dir. proc. civ.* 1967, p. 1494.

dicato¹⁴, processo avviato proprio in forza di esigenze aventi come perno la persona, le Sezioni Unite richiamano quell'ulteriore e più recente forma di contenimento del valore del giudicato che va realizzandosi a séguito degli interventi, sempre più pressanti, della giurisprudenza europea – contenimento riconosciuto sul piano del diritto interno sia dalla Corte costituzionale con la sent. 113/2011 sia dal legislatore con l'introduzione della figura della rescissione del giudicato¹⁵.

Questo processo, contenutisticamente assai eterogeneo, attesta un fenomeno che induce a riflettere sull'attualità della classica dialettica tra giustizia e certezza giudica. In effetti, la questione della possibile incidenza degli interventi del giudice costituzionale e di quello europeo sul giudicato penale mette in luce una convergenza di obiettivi che, come è noto, va ormai al di là delle funzioni istituzionali dei due organi. Per un verso, da tempo oramai diffusamente si riconosce che, pur restando la Corte costituzionale essenzialmente giudice delle leggi, il controllo da essa esercitato è indirizzato a una verifica di conformità alla legalità costituzionale orientata alla tutela dei diritti della persona. Per altro verso, la Corte europea, pur chiamata a verificare il rispetto della legalità convenzionale rispetto alla gestione processuale del caso concreto, è ormai istituzionalmente abilitata a produrre (e ha concretamente prodotto) decisioni-pilota con le quali ha denunciato carenze strutturali degli ordinamenti coinvolti – decisioni significativamente valorizzate di recente dalla stessa Corte costituzionale italiana¹⁶, sia pur nell'ambito di una giurisprudenza ancora fortemente conservatrice quanto alla diretta applicabilità di norme convenzionali contrastanti con la normativa interna.

Alla luce di questi sviluppi la certezza giuridica tradizionalmente offerta dal giudicato è chiamata a cedere sempre più il passo alla massima valorizzazione dei diritti della persona, ovvero (potremmo dire, volendo abbracciare anche l'impatto delle carte internazionali dei diritti dell'uomo) dei diritti materialmente costituzionali, quale che sia la fonte di riconoscimento. Ma c'è forse da dubitare che quella certezza in senso oggettivo sia oggi destinata a essere sostituita da una diversa certezza, stavolta concernente i diritti costituzionali, ovvero che la certezza del diritto possa essere oggi postulata solo nella misura in cui si dia certezza alla protezione dei diritti¹⁷. Nel campo delle garanzie individuali le soluzioni sono sempre (anzi, devono sempre rimanere) perfettibili e la certezza dei diritti, se vogliamo usare questa terminologia, è ottenuta grazie a (e, sarebbe forse più giusto dire, al prezzo di) progressivi assestamenti, dialoghi e talora scontri inter-giurisprudenziali. L'esperienza più recente rivela che i sistemi ordinamentali sono in costante interazione reciproca e che anche gli orientamenti più consolidati nella giurisprudenza europea, come la *sole and decisive evidence doctrine*, ben possono essere superati in base alle sfide che nuove vicende concrete possono presentare, non rappresentando dunque mai un punto di arrivo, né potendo fornire certezze, nella tutela dei diritti¹⁸. Ciò vale soprattutto se si adotta il criterio della tutela più intensa, criterio tutt'altro che univoco e anzi intrinsecamente referenziale, dato che presuppone la definizione della prospettiva dalla quale si guardi il singo-

¹⁴ Tra queste tappe, una in particolare è degna di menzione. Viene sintetizzata l'evoluzione giurisprudenziale che nella metà degli anni '80 portò la giurisprudenza a riconoscere la possibilità di applicare in fase esecutiva la disciplina sul reato continuato nell'ipotesi in cui il reato meno grave fosse quello giudicato col primo giudicato, nonostante la mancata previsione nel previgente sistema processuale di meccanismi volti a incidere sull'assetto sanzionatorio contenuto in un provvedimento giurisdizionale irrevocabile. E anche allora la Suprema Corte sottolineò la necessità di far prevalere esigenze di giustizia sostanziale sulla necessità di preservare, in nome di una concezione esasperata del giudicato, situazioni giuridiche consolidate con anteriorità in forza di eventi accidentali. Cfr. Cass., Sez. Un., 21 giugno 1986, Nicolini, *CED* rv. 173419. Per l'opportuna sottolineatura della necessità di approntare soluzioni normative che evitino discriminazioni prodotte da elementi temporali dovuti a circostanze legate all'organizzazione amministrativa della giustizia penale cfr. G. ROMEO, *Poteri del giudice dell'esecuzione dinanzi a dichiarazione di incostituzionalità di norma penale "non incriminatrice": metamorfosi di una questione rimessa alle Sezioni Unite?*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2014.

¹⁵ Art. 625-ter c.p.p., introdotto dalla legge 67/2014.

¹⁶ Cfr., anzitutto la sent. 210/2013.

¹⁷ In tal senso invece cfr. il pensiero espresso in diversi scritti da Antonio Ruggeri. Cfr., da ultimo, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Prot. 16)*, in www.rivistaaic.it (1/2014).

¹⁸ Il *leading case* è la sentenza *Al-Khawaja e Tahery v. Regno Unito* della Grande Camera del 15 dicembre 2011. In proposito cfr., per tutti, R. VOGLER, *Criminal Evidence and Respect for Fair Trial Guarantees in the Dialogue Between the European Court of Human Rights and National Courts*, in S. Ruggeri (coord.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Heidelberg et al. 2014, p. 185 ss. Tale mutamento giurisprudenziale impone certo di riconsiderare le tappe fissate da Cass., Sez. Un., 25 novembre 2010, D.F., in *CED* Cass. 250197. Non si possono tuttavia ignorare le difficoltà che si pongono sul piano interno quanto alla conformazione dell'ordinamento rispetto a un simile giudicato, per definizione sfuggente nei contorni perché modellato rispetto alla duplice capacità del singolo ordinamento nazionale di approntare congrui "*counterbalancing factors*" in grado di compensare il deficit di contraddittorio e delle autorità nazionali di metterli opportunamente in pratica.

lo fenomeno in questione, il che implica una spesso ardua scelta assiologica¹⁹.

D'altra parte, una volta relativizzata la rigida distinzione tra cognizione ed esecuzione, costruita precipuamente sul presupposto, ormai in crisi, della necessità di una conclusione ultima dell'accertamento e della correlata impossibilità di nuovi cicli cognitivi oltre una certa soglia procedimentale, la questione in esame non rappresenta altro, a ben guardare, che una delle innumerevoli vicende che caratterizzano il complesso fenomeno del giudicato penale – fenomeno che anche in un ordinamento fortemente strutturalista, come l'italiano, va ricostruito, come ho cercato di sottolineare in altri scritti²⁰, attorno alla portata conclusiva degli effetti del giudizio penale piuttosto che alla stabilità formale del provvedimento, che rappresenta una, forse neppure la più significativa, manifestazione del giudicato penale²¹. Quasi ottant'anni fa Salvatore Satta insegnava che la “forza” del giudicato, se si vuol mantenere quest'impostazione, risiede nell’“efficacia della decisione, nella modificazione che essa produce”, cui è “direttamente da ascrivere la sua immutabilità, che permane se ed in quanto l'atto-sentenza rimanga in piedi, e può, secondo il diritto positivo, diventare definitiva”²².

In questa prospettiva è del tutto naturale che tali effetti permangano finché non vengano rimossi attraverso un successivo ciclo del giudizio, senza che ciò faccia loro perdere la natura di effetti del giudicato o comporti un ridimensionamento dello stesso. Ma se così è, è anche chiaro che il giudicato non cede né viene in alcun modo mortificato bensì è esaltato da interventi operati in fase esecutiva nella direzione della massima valorizzazione dei diritti – specie il giudicato penale che, come giustamente osservano le Sezioni Unite, reca con sé intrinsecamente una portata orientata alle garanzie della persona più che all'immutabilità dell'accertamento. Sennonché proprio il riconoscimento della forza, intesa come portata effettuale del giudicato penale, può portare a rivedere la soluzione decisoria adottata dalla sentenza in commento. Noteremo nel prosieguo di questo scritto che, se il giudicato può esprimere una formidabile forza assiologica, l'adozione di una prospettiva ispirata al *Meistbegünstigungsprinzip* non consente soluzioni orientate in senso assoluto verso la tutela dei soli diritti del condannato ma impone la ricerca di un nuovo equilibrio, in fase esecutiva, tra interessi confliggenti.

3. La necessità d'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale.

Definiti i termini e i limiti entro i quali il giudicato costituzionale che abbia colpito una norma penale diversa dalla fattispecie incriminatrice possa incidere sui contenuti del giudicato penale, si tratta di vedere se e a quali condizioni ciò debba avvenire nel concreto. Le Sezioni Unite, come anticipato, non spendono molti argomenti su tale cruciale questione, non mostrando alcuna esitazione a rispondere in modo positivo al quesito loro sottoposto con una conclusione fatta direttamente discendere dall'argomentazione legata alla potenziale incidenza sul giudicato penale della declaratoria d'incostituzionalità della norma penale diversa dalla fattispecie incriminatrice.

A mio avviso, i problemi restano distinti e distintamente vanno risolti. A sostegno della necessità d'incidenza nella fattispecie, la sentenza in esame richiama due precedenti presentati subito come analoghi: la sentenza *Ercolano*, per un verso, e le decisioni che hanno riconosciuto la disapplicazione in fase esecutiva dell'aggravante prevista dall'art. 61 c. 1-*bis* c.p. per effetto della sent. 249/2010 della Corte costituzionale, per un altro. Nessuno dei due riferimenti sembra tuttavia calzante. Nella vicenda *Ercolano*, a parte la diversità della problematica, il contenuto del provvedimento del giudice dell'esecuzione era predeterminato, essendo la misura

¹⁹ In proposito, sul principio della tutela più intensa e per una panoramica dell'evoluzione giurisprudenziale in materia penale, cfr. di recente A. RUGGERI, “Dialogue” between European and national courts, in the pursuit of the strongest protection of fundamental rights (with specific regard to criminal and procedural law), in S. Ruggeri (coord.), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case-Law after the Lisbon Treaty*, Heidelberg et al. (in corso di pubblicazione).

²⁰ A partire da *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano 2004.

²¹ Proprio muovendo dall'assunto che il *ne bis in idem* costituisca la più tipica (se non certo l'unica) manifestazione del giudicato penale, sono tuttora dell'opinione che esso – in considerazione degli interessi in gioco nella sfera penale e sul presupposto che ai fini della produzione di questa forma di efficacia ciò che conta è l'immutabilità del reato, nella sua ricostruzione fattuale, non del giudizio che su di esso venga espresso – andrebbe svincolato dall'irrevocabilità del provvedimento. Cfr., volendo, ancora il mio *Giudicato penale*, cit., p. 269 ss.

²² S. SATTA, *Efficacia e autorità della sentenza*, in *Riv. dir. comm.* 1935, p. 365.

della sostituzione dell'ergastolo con la pena di trent'anni di reclusione definita dalla stessa legge²³. Analoghe considerazioni valgono anche con riguardo alla vicenda che ha recentemente riguardato l'art. 61 c. 1-*bis* c.p.: pur qui, a ben vedere, l'intervento del giudice dell'esecuzione era guidato e semplice quanto alla sua attuazione, trattandosi di eliminare in fase esecutiva il *surplus* di pena determinato dall'applicazione dell'aggravante dichiarata incostituzionale.

Ma si può dire che lo stesso valga nella vicenda in esame ovvero, volendo generalizzare il problema, ogniquale volta venga dichiarata l'incostituzionalità di una norma penale che, nei termini suesposti, sia stata applicata ai fini della condanna dell'imputato o della commisurazione della pena? A quest'interrogativo non credo si possa rispondere con certezza in modo univoco. Così dal provvedimento che si commenta non risulta chiaramente se la disposta equivalenza tra l'aggravante dell'art. 99 c. 4 c.p. e l'attenuante dell'art. 73 c. 5 d.p.r. 309/1990 sia stata il risultato dell'applicazione della norma poi dichiarata incostituzionale, ovvero se questa abbia effettivamente determinato il risultato sanzionatorio disposto nella sentenza impugnata. Dalla sentenza in commento emerge solo un laconico riferimento alla circostanza che l'equivalenza sarebbe stata disposta "come previsto dalla legge"²⁴ – riferimento che vuol dire poco o nulla, e che anzi (se così stanno le cose) non assolve in alcun modo all'obbligo di esplicitare in motivazione non solo le ragioni per le quali nella fattispecie ricorresse la circostanza attenuante in questione ma soprattutto come essa dovesse essere bilanciata con la (anch'essa riscontrata) aggravante e perché il risultato di tale bilanciamento dovesse condurre alla neutralizzazione delle due circostanze. In effetti, allora (come oggi) l'equivalenza ben poteva essere disposta dal giudice, riguardando il divieto risultato incostituzionale solo la prevalenza dell'attenuante in parola. La circostanza che si sia pervenuti a questo risultato sanzionatorio è in sé ambigua e non sembra attestare una scelta forzata, ovvero l'impossibilità di valorizzare altrimenti l'attenuante dell'art. 73 c. 5 d.p.r. 309/1990. Ma il problema s'intreccia con la terza questione posta all'inizio di questo scritto, concernente il come procedere.

4. Le modalità d'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale.

4.1. *Obbligo motivazionale del giudice della cognizione e poteri del giudice dell'esecuzione nel ridefinire il bilanciamento tra circostanze.*

Le Sezioni Unite – movendo dall'assunto che, avendo il giudice della cognizione applicato la norma dichiarata incostituzionale, essa sia da disapplicare in fase esecutiva – passano rapidamente ad affrontare la questione del come si debba intervenire sul giudicato penale. Il principale argomento utilizzato è che le forme legalmente previste per interventi della giurisdizione esecutiva non compongano un catalogo esaustivo. Si tratta di un argomento fondato su un assunto che oggi ben può considerarsi pacifico nella letteratura processualistica come nell'applicazione giurisprudenziale. Così era anche sotto la vigenza della precedente codificazione: come si è notato, il dibattito circa la possibilità di applicare la disciplina sulla continuazione in sede esecutiva con conseguente intervento sul giudicato sorse all'epoca proprio per l'assenza di una previsione che legittimasse tale operazione. E così è ancora oggi: come sottolineano le Sezioni, nessuno dubita oggi che, pur in assenza di riferimenti all'ipotesi dell'art. 2 c. 3 c.p. nella disciplina sugli incidenti di esecuzione, trovi diretta applicazione tale previsione, che in sé reca implicita la propria disciplina processuale. Ancor meno si può poi ormai dubitare, dopo la conclusione della recente vicenda *Ercolano*, che non possa essere eseguita, perché coperta da giudicato, una pena illegittima, e che l'incidente di esecuzione costituisca lo strumento per rimediare a questa stortura.

Senonché questo riconoscimento costituisce solo il punto di partenza per la risoluzione

²³ In tal senso già Corte cost. sent. 210/2013.

²⁴ In base ai dati di cui disponiamo, sembra invece che sia da ascrivere al pubblico ministero che propose ricorso in cassazione il riferimento alla circostanza che l'equivalenza fosse stata disposta "sulla mera base del disposto normativo poi dichiarato costituzionalmente illegittimo", inciso che evidentemente non avrebbe potuto pronunciare il giudice della cognizione.

del problema affrontato nella fattispecie dalla sentenza in esame. Le Sezioni Unite mostrano piena consapevolezza della diversità tra le situazioni che hanno interessato le vicende considerate e la fattispecie sottoposta al loro esame nel caso ora in esame. E, per sostenere il fondamento giuridico del potere del giudice dell'esecuzione nell'operare un nuovo bilanciamento tra le circostanze e rideterminare la pena, anch'esse, sulla scia della sentenza *Ercolano*, significativamente invocano i consistenti poteri attribuiti dalla vigente codificazione al giudice dell'esecuzione che gli consentono non solo di verificare la validità ma anche d'incidere sul titolo esecutivo. Tra i riferimenti contenuti nella decisione in commento, spicca non casualmente il modello offerto dall'art. 671 c.p.p. sul presupposto che, come esso mira a rimediare al difetto di conoscenza che non consente al giudice della cognizione di valutare la sussistenza del medesimo disegno criminoso in relazione a reati separatamente giudicati, così è necessario che il giudice dell'esecuzione sia messo in condizione di rimediare all'impossibilità di pervenire a un giudizio di prevalenza dell'attenuante in parola in forza del divieto legale poi dichiarato costituzionalmente illegittimo²⁵. La Corte sottolinea trattarsi di un modello non esclusivo, che non costituisce se non una delle possibili manifestazioni di un potere valutativo ormai inerente alla giurisdizione esecutiva. Ma, a ben vedere, il richiamo all'art. 671 c.p.p. assume nel contesto dell'argomentazione adottata dalle Sezioni Unite un'importanza che va al di là del generico riferimento alla sussistenza di un potere valutativo tale da condurre alla rideterminazione della sanzione in fase esecutiva, mutuando anche i limiti entro cui tale intervento può essere operato: la soluzione sanzionatoria da adottare nella fase esecutiva non deve essere stata esplicitamente esclusa dal giudice della cognizione²⁶.

L'argomentazione e la conclusione cui perviene la Corte non appaiono convincenti sotto più di un riguardo. Metodologicamente non si vede come da singole ipotesi normativamente previste si possa ricavare un generale potere di ridefinizione dei termini di bilanciamento tra circostanze. Significativamente le Sezioni Unite si astengono dal definire i limiti entro cui tale operazione possa legittimamente essere effettuata, ovvero i criteri che il giudice di esecuzione dovrà seguire nel rideterminare la pena inflitta in sede di cognizione. Né sembra fornire alcun ausilio il ricorso a vicende quale quella che ha interessato la norma concernente l'aggravante dell'art. 61 c. 1-*bis* c.p.: l'applicazione prevalente di un'attenuante implica un nuovo complessivo bilanciamento tra le circostanze e dunque una riconsiderazione complessiva del peso della singola vicenda criminosa. Non si esclude che ciò possa avvenire, nell'ottica di una complessiva riorganizzazione dei poteri della magistratura di esecuzione, ma in una sana dialettica istituzionale compete al legislatore farlo e ciò non potrà non passare da considerazioni anche di ordine processuale, legate all'idoneità dell'incidente di esecuzione a operare una così complessa operazione che fisiologicamente appartiene al giudizio di cognizione non per un ossequio a distinzioni astratte ma anche e soprattutto per l'esigenza di rispetto del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio.

Volendo comunque accedere alla prospettiva di una soluzione pretoria e transitoria, essa non sembra possa fondarsi sull'invocato limite dell'art. 671 c.p.p. Proprio questo riferimento mette anzi in luce la diversità della fattispecie in esame da quella normativamente prevista: lì occorre verificare se il giudice della cognizione si sia pronunciato e abbia escluso il regime della continuazione, avendo il potere di affrontare la questione; qui una simile verifica appare paradossale, non avendo all'epoca il giudice della cognizione alcun potere di verificare la sussistenza di una situazione (il carattere prevalentemente attenuato del fatto) oggetto di un divieto legale. Esso precludeva al giudice della cognizione di affermare o negare alcunché sulla prevalenza dell'attenuante in parola. Quel che le Sezioni Unite prevedono come condizione ostativa al potere di rideterminare la pena in fase esecutiva applicando la prevalenza vietata all'epoca, in altri termini, non appare logicamente concepibile, almeno per come è stato espresso il concetto, in un sistema che vieta al giudice di escludere nel caso singolo ciò che la stessa legge ha escluso nella generalità delle situazioni. In ciò la profonda differenza rispetto alla fattispecie dell'art. 671 c.p.p., che rimanda a una situazione in cui il giudice della cognizione, se dotato delle dovute informazioni, aveva la possibilità di optare per una fra due soluzioni sanzionatorie differenziate, a seconda che riconoscesse o meno il comune disegno criminoso.

L'impostazione patrocinata dalle Sezioni Unite rivela peraltro una concezione alquanto

²⁵ Considerato in diritto, § 12.

²⁶ *Ibid.*

distorta dell'obbligo motivazionale che, in sede di commisurazione della pena, non deve concernere il perché si escludano soluzioni diverse da quella adottata. Quel che invece occorre verificare è se il giudice abbia motivato sulla raggiunta equivalenza, e in particolare se tale commisurazione sia stata il frutto di una soluzione imposta da un divieto che impediva qualunque altra forma di valorizzazione dell'attenuante in esame, ovvero rispecchi la soluzione ritenuta dal giudice comunque più adatta alla configurazione concreta del fatto di reato²⁷. È indubitabile che un divieto legale, quale quello introdotto dalla legge 251/2005, abbia condizionato l'operato valutativo della magistratura ma, finché non si dimostri che la soluzione decisoria adottata nella fattispecie sia il risultato dell'applicazione della norma incostituzionale, la soluzione escogitata dalle Sezioni Unite non credo sia praticabile.

La verifica del percorso motivazionale risulta dunque essenziale per una corretta risoluzione della questione. Nessuno dubiterebbe che in fase esecutiva il giudice dell'esecuzione non possa in alcun modo incidere sul giudicato nell'ipotesi in cui il giudice della cognizione abbia esplicitamente motivato sulla congruità della pena risultante dall'equivalenza tra gli elementi circostanziali in gioco. Contrariamente a quanto sostenuto dalla sentenza in commento, peraltro, anche laddove (come sembra nel caso di specie) non risulti una chiara motivazione (non sulla sussistenza dell'attenuante della lieve entità ma) sul perché della commisurazione raggiunta in sede di cognizione, l'intervento *in executivis* mi sembra non tanto impossibile quanto non dovuto.

Senonché quest'assetto, pur formalmente plausibile, presta il fianco a considerevoli obiezioni in una prospettiva attenta alle ricadute sui diritti individuali e, nella fattispecie, alla posizione del condannato. Se solo in presenza di elementi certi quanto all'applicazione della norma incostituzionale possiamo considerare legittima l'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale, ciò conduce a una conseguenza paradossale. Il giudice dell'esecuzione potrebbe intervenire solo quando il giudice della cognizione abbia motivato su ciò che la legge gli vietava di considerare prevalente, ovvero solo quando questi – violando la disposizione poi dichiarata incostituzionale – abbia esplicitato, sia pur solo in ipotesi, il giudizio di prevalenza; mentre l'ottemperanza al divieto stabilito all'epoca da parte del giudice della cognizione e la conseguente determinazione della pena all'interno delle alternative allora possibili non consentirebbero di considerare il risultato sanzionatorio come il prodotto necessario della norma poi dichiarata incostituzionale.

Ma è tollerabile che un intervento *in executivis* sia precluso dalla negligenza del giudice che ometta di motivare sull'esatta determinazione della sanzione? Ammettere questo significa amplificare, e far ricadere sull'imputato, le conseguenze di una condotta già in violazione di un preciso obbligo costituzionale. Tutto ciò mette a nudo le carenze dell'attuale sistema e soprattutto della diffusa prassi motivazionale quanto ai delicati profili della commisurazione della pena, ciò che evidenzia la necessità di una rapida e profonda riorganizzazione della materia. Nelle pagine che seguono esporrò quali prospettive si aprano a mio giudizio nelle due alternative prospettate e quali soluzioni possano essere adottate nell'immediato in via emergenziale, pur con tutte le difficoltà e le imprecisioni che questo comporta.

²⁷ Cfr. su *Dir. pen. cont.*, G. ROMEO, *Poteri del giudice dell'esecuzione*, cit., p. 5, secondo cui, “nel caso di specie il giudice di merito aveva riconosciuto tale attenuante, dichiarandola equivalente alla recidiva, ma non aveva potuto fare a meno di irrogare la pena, calibrata sul minimo edittale, di sei anni di reclusione e 26.000 euro di multa, stante la pratica inefficacia della circostanza attenuante, pur dinanzi a un fatto ritenuto lieve”. Ricostruire la vicenda non è compito semplice ed esigerebbe un attento esame degli atti processuali. In base a quanto emerge dal provvedimento giurisdizionale che si commenta, non sembra tuttavia si possa dire con certezza che “la pena inflitta [fosse] largamente sproporzionata al fatto commesso” (*Ibid.*, p. 11).

4.2. *Pena legittima e garanzie della persona in sede esecutiva.*

4.2.1. *Discrezionalità giudiziale della magistratura di esecuzione e ridefinizione della sanzione nell'ipotesi di sicura applicazione della norma incostituzionale in sede di cognizione.*

Si è osservato che l'applicazione prevalente dell'attenuante da parte del giudice dell'esecuzione appare plausibile solo nell'ipotesi in cui il giudice della cognizione abbia esplicitamente rappresentato l'equivalenza come soluzione coatta in forza del divieto legale esistente all'epoca. Anche allora, a ben guardare, non si può dire a rigore che il giudice abbia applicato la norma incostituzionale ma si ha comunque la certezza che essa ha influito sulla sua valutazione discrezionale e che essa sarebbe stata applicata se quel divieto non fosse esistito. Ovviamente la riesplorazione della discrezionalità giudiziaria, ovvero l'eccezionale riconoscimento di un analogo potere valutativo in capo alla magistratura di esecuzione, non conduce a soluzioni scontate. Non si tratta mai di un'operazione automatica: laddove il giudice della cognizione non abbia specificato l'esatto peso della circostanza all'interno del *range* legalmente previsto, il giudice dell'esecuzione avrà un consistente margine discrezionale nella rivalutazione dell'entità della sanzione. Ma è una soluzione inevitabile in una prospettiva emergenziale in cui bisogna rimuovere il risultato prodottosi per la sicura applicazione di una norma incostituzionale.

Peraltro, entro che *range* di pena potrà il giudice dell'esecuzione rideterminare il peso della prevalenza? A quale "norma" dovrà attenersi? La domanda sorge in conseguenza della vortice evolutiva giurisprudenziale e legislativa che ha coinvolto nell'ultimo anno la fattispecie dell'art. 73 d.p.r. 309/1990 e alla quale la vicenda in esame non può rimanere insensibile. Escludendo che gli interventi normativi successivi alla conclusione definitiva del processo in corso, che hanno condotto non solo alla significativa riconfigurazione della previsione in termini di fattispecie autonoma ma anche al progressivo abbassamento della cornice edittale²⁸, possano – in forza della previsione dell'art. 2 c. 4 c.p. – intaccare il giudicato formatosi²⁹, si tratta di verificare se e in che misura vi possa incidere la sentenza 32/2014 della Corte costituzionale, che ha dichiarato incostituzionale gli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* d.l. 272/2005 convertito dall'art. 1 c. 1 legge 49/2006, ripristinando il regime sanzionatorio differenziato tra droghe leggere e droghe pesanti.

L'ipotesi è stata scartata dai primi commentatori per il fatto che la stessa Corte costituzionale ha esplicitamente demandato al giudice il compito di individuare quali norme della disciplina del d.l. 272/2005, nella misura in cui presuppongono le previsioni dichiarate incostituzionali, non fossero più applicabili perché divenute prive del loro oggetto. Secondo questa linea interpretativa, la fattispecie del co. 5, così come configurata da quest'intervento normativo, non avrebbe perso la propria autonoma rilevanza pur a seguito della declaratoria d'incostituzionalità in questione: essa potrebbe essere censurata, quanto alla ragionevolezza del meccanismo previsto in un sistema che è tornato a fondarsi sulla distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti; tuttavia non rimanderebbe alle disposizioni censurate né potrebbe quindi considerarsi privata del proprio oggetto a seguito della declaratoria d'incostituzionalità della fattispecie generale³⁰. Nello stesso senso si è recentemente pronunciata la giurisprudenza di legittimità³¹.

Personalmente non condivido questa conclusione, che mi pare rifletta in buona misura l'idea che il giudizio di costituzionalità abbia quale oggetto singole norme anziché un complessivo sistema di regole. In effetti, se la disposizione del co. 5, atomisticamente considerata, può

²⁸ Il d.l. 146/2013, convertito in legge 10/2014, aveva previsto una cornice edittale compresa tra 1 e sei anni di reclusione e tra 3.000 a 26.000 euro. La disciplina è stata a distanza di pochi mesi ulteriormente riformata dal d.l. 36/2014, convertito in legge 79/2014, che ha modificato l'assetto sanzionatorio, prevedendo le pene della reclusione da 6 mesi a 4 anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329.

²⁹ In tal senso, con riferimento a ambedue i casi di *ius superveniens*, cfr. rispettivamente, in *Dir. pen. cont.*, A. DELLA BELLA-F. VIGANÒ, *Convertito il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup. § 6*, 24 febbraio 2014; F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73, § 3*, 19 maggio 2014.

³⁰ In tal senso cfr. A. DELLA BELLA-F. VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, § 4.

³¹ *Cass.*, sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 10514, *Verderamo*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014.

essere reputata indipendente da quelle censurate e ad esse non rimanda esplicitamente, il suo significato va comunque definito in funzione dei “fatti” previsti dalla complessiva disposizione nella quale è inserita e, mutando questi ovvero riassumendo essi un disvalore profondamente diverso a seconda del tipo di droghe, l'intero assetto normativo ne risente con la conseguenza che l'ipotesi attenuata non può conservare una portata calibrata in considerazione di un regime indifferenziato. Del resto la (ri)applicazione del regime del 1990 a fatti commessi tra il d.l. 272/2005 e il d.l. 146/2013, se non sposta significativamente i termini del problema, almeno con riguardo alle pene detentive, con riguardo a casi di lieve entità concernenti droghe pesanti³², assume grande rilievo quanto a fatti riguardanti droghe leggere, per le quali la diversa cornice prevista per l'attenuante della lieve entità corrispondeva, secondo la normativa del 1990, a un *range* che oscillava tra 6 mesi e 4 anni di reclusione, e tra 2 e 20 milioni di lire dell'epoca.

A ben vedere, peraltro, non sembra comunque corretto impostare il problema in termini di sopravvivenza, intesa come perdurante vigenza, della regola circostanziale, così come disciplinata dalla riforma del 2005, a séguito della sent. 32/2014. Se un punto è certo sull'illegittimità consequenziale³³ è che essa deve essere dichiarata dalla Corte costituzionale, non avendo il giudice alcun potere di inferire l'illegittimità costituzionale di una norma, quantunque intimamente legata a quella oggetto del sindacato di costituzionalità e nonostante essa espressamente rinvii a una norma dichiarata incostituzionale. Un così grave risultato non può essere demandato ai giudici comuni neppure dalla stessa Corte costituzionale, che non a caso nella sent. 32/2014 sollecita una verifica volta ad accertare la perdurante applicabilità di norme diverse da quelle dichiarate incostituzionali.

Non entra dunque in gioco per definizione l'invalidità consequenziale ma semmai l'inapplicabilità sopravvenuta³⁴, il che non fa che moltiplicare i problemi. Condividendo la prospettiva qui avanzata, non si potrebbe considerare applicabile la disciplina del d.l. 272/2005 sull'attenuante della lieve entità ma, non essendo essa stata annullata, paradossalmente neppure si potrebbe applicare la disciplina anteriore, la cui reviviscenza presuppone l'annullamento della normativa abrogante. Per fatti commessi dopo il 2005 l'inevitabile conclusione è a mio giudizio che venga investita la Corte costituzionale, la quale sarà chiamata a dare certezze quanto alla ragionevolezza del mantenimento di un elemento circostanziale all'interno di un contesto

³² Cfr. G. ROMEO, *op. cit.*, p. 13.

³³ In proposito cfr. A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezze delle regole ed effettività della tutela*. Soveria Mannelli (CZ) 2008.

³⁴ La dottrina costituzionalistica ha da tempo riconosciuto la possibile ricorrenza di questo fenomeno. Occorre tuttavia distinguere l'ipotesi in cui una norma differente da quella annullata risulti materialmente inapplicabile ma non incostituzionale dal diverso caso di una norma che, pur non essendo stata travolta dalla declaratoria d'incostituzionalità, agli occhi del giudice appaia inapplicabile in quanto divenuta irragionevole a séguito della declaratoria d'incostituzionalità della norma impugnata davanti alla Corte costituzionale. Diverse sono le implicazioni delle due ipotesi. Nel primo caso il giudice dovrà ricercare autonomamente la norma applicabile al caso. Il secondo caso appartiene invece alla sfera propria dell'illegittimità consequenziale, se non fosse che la Corte costituzionale non si è pronunciata sulla sua validità.

Ciò pone l'interprete di fronte a uno scoglio sia esegetico che operativo. A rigore, inapplicabilità sopravvenuta e illegittimità consequenziale costituiscono fenomeni eterogenei. In effetti, un'interpretazione letterale dell'art. 27 legge 87/1953, secondo cui la Corte “dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata”, porterebbe a escludere l'inapplicabilità sopravvenuta dall'ambito dell'illegittimità consequenziale, che sembrerebbe fare dell'annullamento della norma diversa da quella impugnata l'oggetto di un vero e proprio obbligo da parte della Corte costituzionale in quanto costituente il risultato diretto della modifica apportata all'ordine giuridico dalla decisione della Consulta. Sennonché il giudice delle leggi non si è mai rigorosamente attenuto a quest'impostazione e in innumerevoli occasioni si è avvalso della tecnica dell'illegittimità consequenziale (tra l'altro) per annullare norme a rigore non invalide ma solo divenute inapplicabili in conseguenza della declaratoria d'incostituzionalità della norma impugnata davanti alla Corte costituzionale. Cfr. in proposito A. MORELLI, *op. cit.*, p. 38 ss., nonché, per ampi riferimenti giurisprudenziali, p. 40 nt. 38. Un'ipotesi recente in cui la Corte è ricorsa all'illegittimità consequenziale per sanzionare una normativa affetta, a ben vedere, da inapplicabilità sopravvenuta è data dalla sent. 35/2012. In proposito cfr. A. MORELLI, *Le conseguenze dell'invalidità: l'incerto ambito di applicazione dell'art. 27, secondo periodo, della l. n. 87 del 1953*, in *Giur. cost.* 2012, p. 444 ss.

In definitiva, al ricorrere della seconda evenienza tra quelle sopra prospettate, laddove cioè una norma diversa da quella dichiarata incostituzionale sia divenuta non materialmente inapplicabile ma irragionevole per effetto della pronuncia della Corte, al giudice non rimane altra strada che quella d'investire la Consulta della specifica questione della costituzionalità di tale diversa norma. Nella fattispecie in esame, come si suggerirà nel testo, sembra ricorrere proprio tale situazione, sicché il giudice dovrebbe adire la Consulta della specifica questione concernente la costituzionalità della disciplina del 2005 sull'attenuante della lieve entità; ciò soprattutto in considerazione dell'impossibilità di applicare autonomamente la pregressa normativa del 1990, impossibilità determinata dall'assenza di una chiara determinazione da parte della Corte costituzionale sulle norme affette nella fattispecie da inapplicabilità sopravvenuta.

(nuovamente) caratterizzato da una distinzione fondata sulla diversa tipologia di droghe³⁵. Qualora la Corte dovesse pronunciarsi in senso positivo, occorrerà poi porsi il problema delle sorti del séguito legislativo. Occorrerà cioè chiedersi se e in che misura il legislatore – anche riconfigurando in termini di fattispecie autonoma una regola che nelle ultime versioni legislative rimane ancora intimamente legata ai “fatti” previsti dalle disposizioni anteriori – possa mantenere un assetto sanzionatorio unitario senza violare il giudicato costituzionale.

Forse questo significa spingersi troppo in là nelle valutazioni ma mi pare l'unica strada percorribile. Dichiarare senz'altro applicabile la disciplina del 2005 sulla lieve entità e portarla alle sue pratiche conseguenze significa non tanto accettare un'incoerenza legislativa quanto fare ricadere sull'individuo le incertezze rimaste a séguito della pronuncia della Corte costituzionale. Il che, per soggetti che abbiano commesso in forma attenuata le condotte previste dall'art. 73 d.p.r. 309/1990 con droghe leggere, significa esporli al rischio di un regime sanzionatorio ben superiore al massimo di garanzia previsto nel 1990.

Sia che ciò avvenga sia che la normativa di riferimento per fatti di lieve entità commessi dopo la riforma del 2005 rimanga il regime indifferenziato allora introdotto, la soluzione cui pervengono le Sezioni Unite lascia a mio giudizio un margine di discrezionalità eccessivamente ampio al giudice dell'esecuzione nel determinare il peso della prevalenza dell'attenuante. In effetti, il giudice dell'esecuzione, per quanto investito del potere di determinare la prevalenza dell'attenuante, non potrà certamente considerarsi obbligato a pervenire a questa soluzione. Se così fosse, la Suprema Corte avrebbe creato un'inammissibile regola di obbligatoria prevalenza dell'attenuante, ribaltando il divieto dichiarato incostituzionale. Quand'anche voglia nel concreto così orientarsi, il giudice dell'esecuzione, una volta investito del generale potere di rideterminare la pena, non potrà dunque astenersi da una riconsiderazione globale della dimensione dell'illecito, che non sembra autorizzare una netta elisione della recidiva. Come è noto, la disciplina dell'art. 69 c.p. ha da sempre ingenerato nella dottrina penalistica non poche difficoltà d'inquadramento dell'ipotesi del concorso eterogeneo tra circostanze ad effetto speciale³⁶. E anche all'indomani della riforma del 1974 si è sottolineata l'eterogeneità dell'ipotesi rispetto a quelle contemplate da tale disposizione e, più a fondo, l'illogicità di un sistema che volesse sottoporre circostanze espressive di una determinazione legale del disvalore penale del fatto autonoma rispetto alle scelte sanzionatorie inerenti al reato-base, a seconda della scelta operata nel concreto dal giudice, al rischio di vedere completamente azzerata la valutazione legislativa. Coerenza sistematica vorrebbe pertanto che anche tali elementi circostanziali, analogamente a quanto è riconosciuto per le circostanze ad effetto comune, conservassero una propria rilevanza, se dichiarati soccombenti, nella determinazione della pena applicabile, dalla quale si dovrà poi muovere, se consentito, nella definizione dei margini di variazione rispetto alla circostanza ritenuta prevalente³⁷. Nella fattispecie, escluso che il giudice dell'esecuzione possa optare per la prevalenza dell'aggravante, ciò implica lo specifico obbligo, prima di considerare il grado di prevalenza all'elemento attenuante, di riconsiderare il peso dell'aggravante – un obbligo cui del resto il giudice non può sottrarsi se si considera la misura qui predeterminata (se non anche il carattere obbligatorio³⁸) dell'aggravamento.

D'altra parte una simile preoccupazione, per quanto attenuata quanto ad ambito d'impatto, vale anche adottando l'impostazione qui proposta e cioè circoscrivendo la possibilità di attribuire alla magistratura di esecuzione il potere di rideterminare i termini del bilanciamento tra le circostanze a favore dell'attenuante alla sola ipotesi in cui sia certo che questa soluzione sarebbe stata adottata dal giudice della cognizione in assenza del divieto legale. Anche allora, in effetti, non si possono trascurare le implicazioni dell'attribuire al giudice dell'esecuzione un così ampio potere di commisurazione del peso dell'attenuante. Volendo prestare fede (se non alle scelte operate dal giudice della cognizione, che considero l'aggravante al fine di arrivare

³⁵ Riconosce di recente l'esistenza di un generale potere del giudice dell'esecuzione di sollevare questione di costituzionalità sulla norma incriminatrice applicata nel processo di cognizione F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in M. Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano 2013, p. 283 s. In senso critico cfr. E. LAMARQUE, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola. Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo (Nota a C. cost. n. 210/2013)*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014, p. 13.

³⁶ Cfr., già prima della riforma del 1974, A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli 1971, p. 157 ss.

³⁷ In proposito, per l'opportuna sottolineatura del peso che proprio nella fase del processo commisurativo della pena da applicare permane, nonostante la formulazione legislativa, in capo alle circostanze soccombenti, cfr. G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano 1983, p. 199 ss. Al riguardo v. anche T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino 1988, p. 214 ss.

³⁸ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., cap. VIII, § 8.2.

alla soluzione dell'equivalenza) alle scelte legislative, il giudice dell'esecuzione dovrebbe così dare applicazione all'attenuante considerando il disvalore dall'aggravante nella determinazione della pena nell'ambito della nuova cornice edittale³⁹, col risultato di un inevitabile contenimento dell'applicazione prevalente dell'attenuante.

Tuttavia il rischio non concerne solo la possibilità che la prospettiva dischiusa dalle Sezioni Unite venga nel concreto in buona parte vanificata ma tocca, più a fondo, la legittimità della pena da applicare. Sennonché l'individuazione di una soglia massima di pena eseguibile coinvolge una problematica che emerge in modo non meno grave con riguardo all'ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione, secondo l'approccio qui problematicamente prospettato, non abbia alcuna possibilità di manipolare la sanzione adottata in sede di cognizione.

4.2.2. *Vincolatività assiologica del giudicato e individuazione della pena legittima da eseguire nell'ipotesi di non certa applicazione della norma incostituzionale in sede di cognizione.*

Le preoccupazioni che in una prospettiva orientata ai diritti della persona la soluzione qui problematicamente avanzata solleva si estendono peraltro anche all'ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione sia chiamato a dare esecuzione alla sanzione coperta da giudicato, laddove non risultino sicuri indici del peso prevalente che, in assenza del divieto legale dichiarato incostituzionale, sarebbe stato assegnato all'attenuante in parola. A quale sanzione potrà legittimamente essere data, o data compiutamente, esecuzione? È ragionevole che chi abbia detenuto a fine di cessione a terzi droghe rientranti nella tabella I nei limiti dell'ipotesi di lieve entità sia oggi sottoposto all'esecuzione di una pena superiore al massimo previsto dalla disciplina attuale?

A quest'interrogativo si può dare pianamente una risposta positiva attraverso almeno due solidi argomenti, cui si può attingere sul piano del diritto penale processuale e sostanziale. Il primo, in linea con la funzione istituzionale della magistratura di esecuzione, è che la condanna irrevocabile concretizzi rispetto alla vicenda giudicata la norma applicabile e che solo ad essa, quale definita nel provvedimento da eseguire, debba orientarsi l'operato del giudice dell'esecuzione⁴⁰. Il secondo è ovviamente fornito dalla disciplina legale in materia di successione di leggi penali e dalla continuità nell'illecito che caratterizza l'evoluzione normativa di segno modificativo. In tal senso rispondono (nei limiti dell'evoluzione legislativa che hanno potuto consultare) le Sezioni Unite, invocando anzi proprio il limite del giudicato, previsto per ipotesi come queste, quale baluardo di una distinzione effettuale che deve rimanere netta tra evoluzione normativa e decisioni d'incostituzionalità. Ma si può dire che questo risultato sia accettabile in termini assoluti? La norma giudiziale risultante dal processo di cognizione è sempre per definizione il riflesso non solo delle modalità di svolgimento del fatto, quali giudizialmente accertate, bensì anche di un complessivo assetto normativo, caratterizzato da certi equilibri e determinati contrappesi valevoli in un determinato momento storico. Dobbiamo ritenere che nell'ipotesi considerata il giudice debba rigidamente ottemperare alla soglia minima dei 6 anni, fissata giudizialmente in base all'assetto normativo dell'epoca, laddove oggi, a séguito dell'evoluzione normativa segnalata e stando alla riforma della legge 79/2014, "fatti" di lieve entità possono essere sanzionati entro un *range* che, per un singolare gioco di travasi normativi, si muove tra i 6 mesi e i 4 anni quale che sia la tipologia delle droghe in questione? Si può invocare (nuovamente) l'immodificabilità del giudicato formale⁴¹ e tollerare un risultato così aberrante?

Sono interrogativi anzitutto di buon senso ma che coinvolgono, anche in un discorso rigorosamente giuridico, lo stesso significato di "pena legittima" in un sistema penale che voglia orientarsi a un *menschengerechtes Strafrecht*⁴². Del resto, verso una simile conclusione sospingo-

³⁹ Una simile alternativa si è del resto proposta in via ermeneutica con riguardo all'art. 7 c. 2 d.l. 152/1991. Cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, II ed., Torino 2012, cap. IX, § 9.2.

⁴⁰ In questi termini cfr., di recente, F. CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 271.

⁴¹ La problematicità della disciplina vigente dell'art. 2 c. 4 c.p. è sottolineata, tra gli altri, da G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I Fondamenti*, II ed., Torino 2011, cap. 19, § 18.

⁴² Cfr. J. ARNOLD, B. BURKHARDT, W. GROPP, G. HEINE, H.-G. KOCH, O. LAGODNY, W. PERRON, S. WALTHER (coord.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. München 2005.

no, a mio parere, alcuni degli stessi argomenti messi in campo dalle Sezioni Unite, a partire dal principio di legalità che in una prospettiva assiologica non può non guardare alla pena solo per come prevista al momento del fatto. Ciò pone a interrogarsi sul se la questione della legalità della pena, quando ad essa ancora non si è data o non si è data compiutamente esecuzione, possa essere messa in discussione in sede di esecuzione solo quando è giudizialmente risultata (convenzionalmente e/o costituzionalmente) illegittima. D'altra parte, anche altri valori costituzionali rendono ben poco ragionevole una rigida ottemperanza alla pena e alla norma giudiziale coperta da giudicato. In effetti, come si può seriamente pensare, senza voler giocare con le parole, che l'esecuzione di questa porzione di pena, per un omaggio alle forme e al giudicato formale, possa condurre il reo sulla strada della rieducazione?

Del resto, la stessa legge impone di rimuovere l'ostacolo del giudicato formale laddove la nuova legge sostituisce la pena detentiva con pena pecuniaria. Ma metodologicamente non diverso è il caso, come quello in questione, in cui la nuova legge, abbassando drasticamente la soglia massima di garanzia da 6 a 5 e quindi a 4 anni, esclude la sanzione detentiva per quella porzione superiore. Significativamente l'art. 5 della Bozza di articolato elaborata dalla *Commissione Pagliaro* contemplava la retroattività della legge più favorevole, nonostante l'avvenuto passaggio in giudicato della condanna, "quando essa preveda una pena pecuniaria in luogo della precedente pena detentiva, ovvero quando l'esecuzione di una pena detentiva sia destinata a protrarsi, in forza del giudicato, oltre il limite massimo stabilito dalla nuova legge"⁴³. Analogamente l'art. 5 c. 2 del *Progetto Grosso* prevedeva che anche a fronte di una condanna irrevocabile "la pena inflitta, non ancora eseguita o in corso di esecuzione, non può superare il limite massimo di durata stabilita dalla legge successiva"⁴⁴.

A mio parere, anche qui la strada più piana è che il giudice investa la Corte costituzionale della legittimità dell'art. 2 c. 4 c.p. con riferimento all'art. 1 legge 79/2014 in considerazione delle conseguenze di un assetto normativo che, per preservare il limite del giudicato che rende impermeabile il processo conclusosi prima della sent. 251/2014 a ogni modifica della legge penale, sottopone il soggetto condannato per una delle condotte dell'art. 73 c. 5 D.P.R. 309/1990 all'esecuzione a una sanzione minima inferiore al massimo della pena massima prevista dalla legge successiva. Questa prospettiva mi sembra anzi l'unica praticabile nella fattispecie in esame per il giudice dell'esecuzione che, pur vincolato alla pronuncia delle Sezioni Unite, non può avvalersi di un generale potere di rideterminazione della pena non previsto dalla legge.

La questione andrebbe sollevata almeno rispetto ai parametri degli artt. 3 e 27 c. 3 Cost. In effetti, le indubbie peculiarità della vicenda rendono necessario il riferimento a un complessivo assetto valoriale che va al di là dell'esclusivo inquadramento, come finora operato dalla giurisprudenza costituzionale⁴⁵, della problematica della successione delle leggi penali nel tempo nell'ambito del solo art. 3 Cost., coinvolgendo anche la funzione rieducativa della pena, destinata inevitabilmente a essere travolta in casi-limite, come il presente, dove il groviglio di successioni legislative comporta il rischio che il condannato di ieri sconti una pena di due anni superiore nel massimo alla sanzione che rischia il reo di oggi, quindi una pena non rientrante nell'ordine delle possibilità legittime previste dalla legge penale attuale (salvo aggravamenti possibili)⁴⁶. Ma in questo quadro assiologico si potrebbe ipotizzare anche il richiamo agli artt. 111 e 117 Cost., dato che ai requisiti assiologici di una legalità così concepita, e così configurata dalla giurisprudenza di Strasburgo, non può non dovere attenersi anche un processo che fino all'esecuzione della sanzione voglia configurarsi come *fair*. Ciò comporta un'altra frattura nel sistema, che tradizionalmente vincola il giudice dell'esecuzione al provvedimento giurisdizionale da eseguire, non (più) alla norma da applicare. Tuttavia è una frattura inevitabile in un diritto penale che aspiri a salvaguardare i diritti della persona: si può eseguire un comando che conduce all'esecuzione di una sanzione della cui legittimità è ragionevole dubitare?

Questo complessivo assetto di valori fa dunque sì che la questione non concerna genericamente l'applicabilità della legge successiva più favorevole a fatti definiti col giudicato, bensì direttamente la legittimità costituzionale della pena nella specifica ipotesi in cui la nuova

⁴³ Auspica una modifica in tal senso T. PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano 2012, cap. II, § 4.1.2.

⁴⁴ M. ROMANO, *op. cit.*, sub art. 2, § 17.

⁴⁵ Per tutte cfr. Corte cost. sent. 394/2006, *Considerato in dir.* § 6.4.

⁴⁶ Una decisa presa di posizione a favore della copertura costituzionale del principio di retroattività da parte dell'art. 27 c. 3 Cost. può leggersi in G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., cap. IV, § 3, il quale reputa peraltro ragionevole il limite del giudicato nell'ipotesi di successione di leggi penali (*Ibid.*, cap. IV, § 4).

pena, quale che sia l'esito nel concreto della commisurazione, si colloca al di fuori della cornice tracciata dalla legge anteriore. In vicende così delicate la questione dei limiti della retroattività della norma più favorevole andrebbe a mio avviso rivolta rispetto ai termini in cui l'ha posta la giurisprudenza costituzionale: non tanto occorre verificare quali "giustificazioni oggettivamente ragionevoli" sorreggano la prospettiva della retroattività della norma più favorevole⁴⁷, quanto bisognerebbe interrogarsi su quali valori sorreggano il rigido mantenimento del limite del giudicato. Più propriamente, converrebbe forse chiedersi non tanto cosa resti del giudicato quanto quale idea di giudicato meriti di essere salvaguardata, ovvero quali valori insiti nel giudicato debbano essere preservati. Abbiamo notato che il mantenimento del limite della cosa giudicata nel caso di successione modificativa di leggi penali non risponde all'esigenza di preservare un istituto giuridico millenario, ma risponde alla più specifica esigenza di preservare valutazioni raggiunte nel processo di cognizione con certe forme ed espressive di certi equilibri tra interessi confliggenti. Non dunque il limite dell'irrevocabilità e della forma deve essere salvaguardato, ma quelle valutazioni che in quanto tali non possono essere stravolte in fase esecutiva in nome di un preteso potere generale di rideterminazione della sanzione a seguito di un nuovo bilanciamento fra circostanze.

In questa prospettiva, a mio giudizio, la soluzione contemplata dalle summenzionate proposte di riforma fornirebbe una soluzione eccessivamente astratta e poco adeguata alle esigenze del caso in esame. Applicare la pena entro il limite dei 4 anni significherebbe a un tempo dare la massima rilevanza attuale alla (allora) attenuante e ignorare la rilevanza assegnata alla recidiva di cui all'art. 99 c. 4 c.p., stravolgendo così doppiamente le valutazioni del giudice della cognizione. Come dunque rincanalare la sanzione sui binari della legittimità costituzionale salvaguardando le istanze di garanzia e il bilanciamento tra opposti interessi raggiunti nel processo di cognizione, dei quali la cosa giudicata è portatrice?

Ciò può essere raggiunto, pur con un inevitabile margine di errore, aggiornando all'epoca ai parametri attuali le valutazioni raggiunte all'epoca, parametri che devono sì operare da limiti di garanzia, ma pur sempre nei limiti delle scelte valoriali effettuate nel processo di cognizione. Per ottenere questo risultato, la strada più semplice potrebbe essere quella di attribuire un'equivalenza numerica secca tra l'aumento prodotto dall'aggravante e l'attenuazione riconosciuta alla lieve entità del fatto, soluzione a primo acchito in linea con l'equivalenza riconosciuta dal giudice della cognizione tra le circostanze in parola. L'entità fissa dell'aumento, così come determinato dalla legge, porta, in questa prospettiva, a concludere che la diminuzione sia stata specularmente di 2/3 della pena risultante dalla commisurazione giudiziale; e poiché il margine di attenuazione previsto dalla normativa del 2005 era di 5 anni, calcolando dal minimo (6 anni) al massimo (1 anno) di attenuazione, da ciò ricaviamo che la pena di 2 anni, che è l'entità di pena che il giudice di cognizione ha riconosciuto al fatto di lieve entità, corrispondeva all'80% del massimo di attenuazione previsto all'epoca per l'attenuante della lieve entità.

Tuttavia proprio queste conclusioni mostrano l'erroneità del metodo usato, che muove dall'idea che l'equivalenza sia il risultato di una perfetta simmetria numerica tra le circostanze disomogenee entrate nel bilanciamento. Tale soluzione risulta però inadeguata sia per eccesso che per difetto. Per un verso, allo stesso risultato non si potrebbe giungere laddove l'equivalenza fosse instaurata tra l'aggravante in questione e un'attenuante a effetto comune. Per un altro, non si vede perché l'ipotetico risultato attenuante debba attestarsi alla (ed entro la) soglia dell'80% del *range* previsto per l'attenuazione della pena. Tale percentuale non può essere per definizione comparata con l'aumento stabilito per la recidiva dell'art. 99 c. 4 c.p., che è previsto dalla legge in una percentuale fissa e copre pertanto l'intero risultato di aggravamento della sanzione previsto dal legislatore. Ciò dimostra l'impraticabilità di soluzioni numeriche dove siano in gioco scelte valoriali che possono dare luogo alle soluzioni più diverse: quand'anche i *range* di pena previsti per attenuante e aggravante siano in astratto speculari e perfettamente simmetrici, il giudice può ritenere compensato l'intero effetto di aggravamento con una porzione del margine totale dell'attenuazione possibile in base alle caratteristiche del caso concreto. In questa direzione si muove del resto la soluzione legislativa adottata dall'art. 69 c.p., che richiede al giudice un bilanciamento globale delle circostanze riconosciute ricorrenti nel caso concreto, bilanciamento che, non essendo consentita l'applicazione cumulativa di circostanze eterogenee, deve preliminarmente condurre a determinare, per l'appunto, la com-

⁴⁷ Così ancora Corte cost. sent. 394/2006.

plexiva prevalenza di attenuanti o aggravanti, ovvero la complessiva equivalenza tra tutte le circostanze esistenti⁴⁸.

Senonché proprio questa conclusione fornisce forse una possibile via d'uscita al problema, anche in considerazione delle aporie legate all'obbligo motivazionale, sottolineate in precedenza. Se la discrezionalità giudiziale può condurre a variare e diversamente dosare, laddove consentito dalla legge, i margini di attenuazione e aggravamento, e quindi a operare un complessivo bilanciamento non tra fattispecie circostanziali astratte ma tra ipotesi circostanziali dotate di uno specifico peso concreto⁴⁹, ogni scelta deve essere motivatamente giustificata. Purtroppo è questo un piano nel quale considerazioni di ordine perlopiù pratico hanno portato gran parte della giurisprudenza di legittimità ad avallare soluzioni molto accomodanti, che evidenziano la sufficienza della semplice indicazione delle circostanze nel concreto più significative o più adeguate a giustificare la scelta sanzionatoria da adottare nel concreto⁵⁰, se non addirittura di una complessiva e quasi intuitiva valutazione delle circostanze ricorrenti nel concreto⁵¹, senza alcuna indicazione dei parametri valutativi adottati⁵², ovvero del peso assegnato ad ognuna e delle ragioni che giustificano il bilanciamento con le altre. Eppure proprio in questa delicatissima opera valutativa non possono essere in alcun modo tollerate scelte volte a graduare la sanzione a spanna⁵³.

Alla luce di ciò, possiamo dire che un complessivo assetto di valori costituzionali, ruotanti attorno alla funzione rieducativa della pena, impone al giudice di motivare, in relazione agli elementi circostanziali dei quali abbia accertato la sussistenza nel concreto, ogni attenuazione rispetto al limite massimo legalmente previsto e ogni aggravamento rispetto al limite minimo consentito dalla legge. In altri termini, a meno che la legge non imponga il riconoscimento di un elemento circostanziale o non ne predetermini il peso, il giudice potrà sì discrezionalmente riconoscere la sussistenza nella fattispecie sottoposta al suo esame, ma non potrà muoversi liberamente quanto alla determinazione della pena nei margini consentiti dalla legge. Potremmo dire che una basilare manifestazione del principio di *favor rei* richieda al giudice, lì dove accerti la sussistenza di un'attenuante, di riconoscere di regola il massimo di attenuazione previsto e, lì dove accerti un'aggravante, di riconoscere il minimo di aggravamento. Ambedue le soglie sono ovviamente superabili ma è necessario riconoscere questa sorta di presunzione, che impone al giudice un obbligo aggravato di motivazione, ad es., sul perché riconosca un valore modesto all'attenuante o sul perché assegni a un dato elemento aggravante un valore medio/alto.

A questo è deputato il processo di cognizione e la commisurazione ivi effettuata e, se ciò non è avvenuto, il giudicato fornisce una soglia di garanzia, a mio avviso, invalicabile; ma, per l'appunto, non sul piano formale bensì assiologico. Quand'anche si lasciasse (come richiedono le Sezioni Unite nella vicenda in esame) il giudice dell'esecuzione libero di rideterminare la prevalenza dell'attenuante della lieve entità, chi può dire su che soglia si attesterà la sanzione e cioè quanto del margine di attenuazione consentito sarà sfruttato? Senza contare, come si è notato, che l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di dichiarare la prevalenza non può non implicare anche l'obbligo di riconsiderare complessivamente i termini del bilanciamento, assegnando un valore all'aggravante in conformità a quanto avvenuto in sede di cognizione e a quanto richiede la stessa legge. Né occorre sottovalutare le implicazioni sotto il profilo processuale: se assumiamo che il giudizio di bilanciamento tra circostanze si sottragga di regola al sindacato di legittimità⁵⁴, la circostanza che l'ordinanza del giudice dell'esecuzione sia solo ricorribile in cassazione conduce a riconoscere in capo alla magistratura di esecuzione un potere valutativo pressoché insindacabile, a differenza di quello riconosciuto al giudice di prima istanza, quanto al controllo di difetti del percorso di determinazione della pena in caso di applicazione di elementi circostanziali.

⁴⁸ In proposito cfr. per tutti G. DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 199 ss.

⁴⁹ Sulla necessità di una verifica del grado e peso intrinseco della circostanza, da combinare con una disamina qualitativa del suo concreto grado d'incidenza, ai fini del giudizio di bilanciamento cfr. T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, cit., p. 214 s.

⁵⁰ Tra le molte cfr. Cass., sez. II, 15 giugno 2000, Pranteddu, in *Cass. pen.* 2001, p. 2058; Cass., sez. V, 6 marzo 1997, Brignola, *ivi* 1998, p. 1103.

⁵¹ Cass., sez. II, 9 dicembre 1988, Lana, in *Cass. pen.* 1991, p. 230.

⁵² Per un'opportuna sottolineatura della necessità d'indicazione dei criteri usati v. invece Cass., sez. II, 18 ottobre 1985, Cellamare, in *Cass. pen.* 1987, p. 278.

⁵³ La necessità di una congrua motivazione dei criteri che hanno guidato l'equivalenza o la prevalenza è puntualmente sottolineata dalla letteratura penalistica. Cfr., per tutti, M. ROMANO, *op. cit.*, sub art. 69, § 29 ss.

⁵⁴ M. ROMANO, *op. cit.*, sub art. 69, § 31.

Ciò posto, nella fattispecie in esame, per individuare il limite massimo di pena entro cui il condannato di ieri possa oggi scontare la pena non è più possibile operare un raffronto comparatistico tra la sanzione in concreto sotto la vecchia e la nuova legge, come previsto dall'art. 2 c. 4 c.p., ma è giocoforza attenersi alle valutazioni dell'epoca, delle quali sarebbe ragionevole – e in questo senso andrebbe orientata la questione di legittimità costituzionale qui prospettata – adattare i parametri all'assetto legislativo successivo, con le seguenti conseguenze. Laddove il giudice della cognizione abbia motivatamente specificato il peso assegnato all'attenuante nel dichiararla equivalente all'aggravante (e sarebbe opportuno che un valore percentuale fosse conseguentemente assegnato alla soglia raggiunta), si potrà riportare, sia pur con un inevitabile margine di errore⁵⁵, la proporzione alla nuova cornice e su questa si praticherà l'aumento fisso previsto per la recidiva. Laddove invece nessuna motivazione sia stata fornita in sede di cognizione, qualunque soluzione si adotti in sede di esecuzione rispecchierebbe non tanto il controllo della commisurazione di allora quanto l'esercizio di una nuova valutazione discrezionale, non autorizzata allo stato attuale dall'ordinamento. E, se si condivide la prospettiva qui segnalata, ogni discostamento da parte del giudice dell'esecuzione rispetto alla soglia massima prevista per l'attenuazione, una volta che il giudice abbia dichiarato un dato elemento circostanziale come esistente, sarebbe arbitrario.

Volendo rispettare l'equivalenza espressa dal giudice della cognizione (che, nell'ipotesi qui in esame, non consta sia stata il frutto di una scelta coatta), andrà quindi assunto, sul presupposto che questi avesse riconosciuto la ricorrenza di un fatto di lieve entità, come base di partenza il punto massimo di attenuazione previsto dalla legge vigente, e su questo andrà poi calcolato l'aumento determinato dall'aggravante della recidiva reiterata specifica.

Ciò consente di aggiornare i parametri al nuovo assetto normativo come segue:

- $n\%$ (valore percentuale dell'attenuazione, calcolato dal minimo al massimo in base al *range* previsto dalla legge anteriore, corrispondente al peso assegnato all'attenuante dal giudice della cognizione);
- x (*range* di pena previsto per l'attenuazione dalla nuova legge);
- y (valore aggiornato del fatto autonomo di lieve entità, calcolato applicando la percentuale assegnata dal giudice della cognizione);
- z (aumento fisso dovuto all'aggravante della recidiva reiterata specifica);
- p (limite massimo di pena che può legittimamente essere seguita in base alla legge successiva applicando i parametri concreti di commisurazione adottati dal giudice della cognizione in forza della legge anteriore).

Da ciò ricaviamo le due seguenti alternative:

A) Se il giudice della cognizione ha motivatamente indicato il peso concreto dell'attenuante:

$$p = (n\% \text{ di } x) + z$$

$$p = y + z$$

B) Se il giudice della cognizione ha ommesso di indicare il peso concreto dell'attenuante:

$$p = (100\% \text{ di } x) + z$$

Questa in definitiva l'entità massima di pena che, a mio parere, può oggi essere considerata legittima in una vicenda così complessa come quella in esame, che richiede una difficile opera di bilanciamento tra opposti interessi. Oltre questi limiti, si può invece ragionevolmente dubitare che finanche una pena che si mantenga entro i limiti massimi edittali previsti dalla nuova legge possa considerarsi compatibile con l'attuale assetto dei valori costituzionali e convenzionali, quali risultanti dall'evoluzione giurisprudenziale avvenuta finora. Questa soluzione sembra presentare il vantaggio di preservare, aggiornandole, le valutazioni e gli equilibri raggiunti nel corso dell'accertamento processuale, inevitabilmente destinati invece a essere

⁵⁵ In effetti, al variare il *range* di pena previsto per la circostanza, l'applicazione del peso concreto assegnatole in sede di cognizione presenta il rischio di un'inevitabile imprecisione; ma, a parte quanto già osservato, mi pare comunque una soluzione più tollerabile che assegnare al giudice di esecuzione una nuova valutazione discrezionale nel rideterminare i termini del bilanciamento tra circostanze e ricalcolare la pena.

stravolti qualora il giudice dell'esecuzione possa provvedere a un nuovo bilanciamento tra circostanze senza esservi facoltizzato dalla legge. È tale aggiornamento, lungi dal frustrare il processo con la prospettiva di nuovi giudizi o successive "revisioni" del giudicato, mira invece a valorizzare, senza eccedere l'attuale assetto delle attribuzioni della magistratura di esecuzione, la portata assiologica del giudizio di cognizione, ovvero i bilanciamenti tra interessi di cui il giudicato è e deve rimanere fedele espressione.

5.

Conclusioni.

La sentenza *Gatto* s'inserisce in un'intricata vicenda che mette l'interprete di fronte al difficile compito di ricostruire il sistema con le sue categorie strutturali, come tradizionalmente concepite. Istituti come il giudicato, ruoli e funzioni processuali, come quelli della magistratura di cognizione e di esecuzione, sono sottoposti a un'opera di difficile rivisitazione, del resto ormai inevitabile, specie a fronte dell'impatto di una prospettiva, coltivata a più diversi livelli, orientata ai diritti della persona. Questo scritto, con le sue imperfezioni e i suoi limiti, non mira a fornire risposte esaustive a una problematica così complessa, la cui piana risoluzione richiede una sana cooperazione fra tutti gli operatori istituzionali, ma solo a indicare un percorso metodologico, certamente perfettibile, affinché la decisione concreta di questa, come di altre questioni che potranno in futuro sorgere su tematiche così sensibili, possa riflettere una più adeguata ponderazione di tutti gli interessi in gioco.

IL DIRITTO PENALE FRAMMENTARIO NELLA STORIA E NELLA DOGMATICA*

Thomas Vormbaum

ABSTRACT

Lo studio analizza in primo luogo le diverse tipologie di frammentarietà: in senso ampio e stretto, e in particolare una frammentarietà descrittiva e una prescrittiva, una interna e una esterna al sistema. Sul piano operativo, tuttavia, tali frammentarietà si traducono nel concetto materiale del reato, e nei principi di accessorietà e di ultima ratio, non esistendo una autonoma dogmatica del diritto penale frammentario, anche se vanno promosse una teoria e una dogmatica che negli esiti sostengano la frammentarietà.

Sul piano della storia legislativa, diffusamente tratteggiata con numerosi esempi lungo tutto l'Otto-Novecento, il diritto penale conosce una crescente e accelerata espansione, e una informalizzazione, che ne riducono progressivamente il carattere frammentario. Le cause di questa espansione internazionale sono generalmente note: lo sviluppo tecnologico, l'uso della legge penale come strumento di governo; il dissolversi di stabili strutture sociali e l'indebolirsi dei meccanismi di controllo sociale primario, sostituiti malamente da nuovi imprenditori morali, anche di partito: i conservatori per il diritto penale a tutela dello Stato, i progressisti per il diritto penale economico, i verdi per il diritto penale dell'ambiente, le femministe nel diritto penale sessuale, i liberali contro l'abuso delle prestazioni sociali; una quarta causa, infine, risiede nella diffusa drammatizzazione della criminalità, a dispetto delle statistiche criminali, rafforzata dalla stampa e produttiva di ciò che la politica avverte come bisognevole di intervento. A fronte di tale rappresentazione l'A. prospetta un'attualizzata proposta del modello programmatico di una scienza dei limiti del punire (*Strafbegrenzungswissenschaft*).

SOMMARIO

Premessa – A. Parte prima: chiarimenti concettuali – 1. Frammentarietà in senso onnicomprensivo – 2. Frammentarietà in senso ampio – 3. Frammentarietà in senso stretto – 4. *Résumé* – B. Parte seconda: profili storici – 1. Origine della denominazione – 2. Teoria – 3. Legislazione – 4. Interpretazione – 5. *Résumé* – C. Parte terza: prospettive – 1. Legislazione – 2. Scienza e limiti del punire

*Trad. a cura di Massimo Donini della relazione "Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik" svolta da Thomas Vormbaum al convegno dei penalisti di lingua tedesca (Strafrechtslehrertagung) a Lipsia il 23 giugno 2011 (originale pubblicato in ZStW, Bd. 123, 2011, 660 ss.).

Zu fragmentarisch ist Welt und Leben! Ich will mich zum deutschen Professor begeben./Der weiß das Leben zusammenzusetzen./Und er macht ein verständlich System daraus./Mit seinen Nachtmützen und Schlafrockfetzen/Stopft er die Lücken des Weltenbaus.

Heinrich Heine, Buch der Lieder (Die Heimkehr), in Id., Sämtliche Werke. Düsseldorf Ausgabe. Bd. 1.1. Hamburg 1975, 271; v. pure T. Vormbaum, "Kraft meiner akademischen Befugniß als Doctor beider Rechte". Heinrich Heine als Jurist, in: Id. (Hrsg.), Recht, Rechtswissenschaft und Juristen im Werk Heinrich Heines (Juristische Zeitgeschichte Abt. 6 [Recht in der Kunst] Bd. 27), Berlin, 2006, 1 ss., 7; ora anche in Id., Diagonale – Beiträge zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Literatur, Münster, Berlin, 2011, 93 ss., 99.

*Troppo frammentari sono il mondo e la vita!
Chiederò allora al professore tedesco di risolvere la partita.
Lui dell'esistenza sa ben darci un unitario panorama
Un sistema comprensibile di essa fornire
Con le sue coppole da notte e stracci di pigiama
Le lacune del mondo si accinge a riempire*

[Heinrich Heine¹]

Premessa

La virtù e l'acqua chiara hanno in comune – così Georg Christoph Lichtenberg – che esse sono molto lodate, ma oggetto di scarsa attenzione¹. Lo stesso succede con il diritto penale frammentario, in ogni caso, almeno, quando si misuri l'attenzione sulla quantità delle pubblicazioni. Esso gode del privilegio di molti richiami elogiativi² e compare persino nel titolo di alcuni libri³; ciononostante, se non mi è sfuggito qualcosa di essenziale, sono soltanto pochi – per quanto certo ricchi di spunti – gli articoli⁴ o i passi dei manuali⁵, che si dedicano in misura sostanziosa alla sua analisi.

Appare perciò utile, nella prima parte di questa relazione, tentare di chiarire qualche concetto. Nella seconda parte tratterò taluni aspetti storici e nella terza parte cercherò di trarre qualche elemento di conoscenza e alcune proposte dal materiale concettuale e storico raccolto.

A.

A. Parte prima: chiarimenti concettuali

1.

Frammentarietà in senso onnicomprensivo.

Il termine “frammentario” in relazione al diritto e al diritto penale lo si impiega per contrassegnare fenomeni diversi che si intersecano talora solo in ambiti marginali.

1. Si parla del carattere “frammentario” della giurisprudenza nel senso che alla scienza giuridica che argomenta in modo sillogistico, sistematico e che mira alla piena dimostrazione,

¹ La citazione esatta suona: “Tra le varie somiglianze che l'acqua pura ha con la virtù, una delle più rilevanti è che viene lodata assai e poco considerata”, qui ripresa da W. KOLLATH (Hrsg.), *Georg Christoph Lichtenberg, 2 x 2 = 3 oder Vom fruchtbaren Zweifel. Ein Brevier*, Wiesbaden, 1952, 25. V. anche l'aforisma: “E' spiacevole che non sia un peccato bere l'acqua, gridò un italiano: che buon sapore che avrebbe!”, in G. C. LICHTENBERG, *Sudelbücher, Heft F, Aphorismus 674*, in Id., *Schriften und Briefe*, Band 1. 3. Aufl., München, 1994, 552.

² Una scelta: J. BAUMANN/U. WEBER /W. MITSCH, *Strafrecht*, AT, 11. Aufl., Bielefeld, 2003, 12; U. KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 3. Aufl., Baden-Baden, 2008, 37; R. RENGIER, *Strafrecht*, AT, München, 2009, 11; JOH. WESSELS / W. BEULKE, *Strafrecht*, AT, 40. Aufl., Heidelberg, 2010, 3, Rn. 9; v. quindi gli AA. cit. a nota 6. E. HILGENDORF, in G. ARZT/U. WEBER/B. HEINRICH/E. HILGENDORF, *Strafrecht*, BT, 2. Aufl., Bielefeld, 2009, 9; Nessun richiamo si rinviene, per es., in H. FRISTER, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., München, 2007; V. KREY / R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, AT, 4. Aufl., Stuttgart, 2011, come pure – qui c'è un vincolo sistematico, essendo il manuale costruito su un fondamento positivo dell'illecito e del reato – in M. KÖHLER, *Strafrecht*, AT, Heidelberg, 1997.

³ Esempi: C. MOMSEN, R. BLOY, P. RACKOW (Hrsg.) *Fragmentarisches Strafrecht. Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung. Für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung*, Frankfurt a. M. e altri, 2000; V. HAAS, *Der Tatbestand des räuberischen Diebstahls als Beispiel für die fragmentarische Natur des Strafrechts*, *ibidem*, 145 ss.; D. SCHILLING, *Fragmentarisch oder umfassend? Wege strafrechtlichen Zugriffs bei der Veruntreuung fremden Vermögens am Beispiel des deutschen und des italienischen Untreuestrafrechts* (Frankfurter kriminalwiss. Studien, 118), Frankfurt a. M. e a., 2009.

⁴ Sono da menzionare, soprattutto: M. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, 9 ss.; C. PRITTWITZ, *Funktionalisierung des Strafrechts*, in *Strafverteidiger*, 1991, 435 ss., 437 c. sin.; Id., *Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger Strafrechtsbeschränkungspostulate*, in INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A. M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts* (Frankfurter kriminalwiss. Studien 50), Frankfurt a.M., 1995, 387 ss.; da ultimo R. HEFENDEHL, *Der fragmentarische Charakter des Strafrechts*, in JA, 2011, 401 ss.

⁵ V. specialmente U. EBERT, *Strafrecht*, AT, 3. Aufl., Heidelberg, 2001, 3 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, AT 1, 4. Aufl., München, 2006, 8 ss.

viene contrapposto l'*entimema* della retorica giuridica⁶ che poggia su frammenti scelti di ciò che deve essere provato e si sottrae a una gerarchia dei valori assoluta. Questa problematica rimarrà estranea alla trattazione nel prosieguo⁷.

2. Di *frammentarietà* del diritto penale parla anche il penalista milanese Fabio Basile in relazione ai reati culturalmente motivati di persone migranti⁸. Il diritto penale quale fenomeno globale è parcellizzato in molti singoli diritti penali nazionali. Lo scambio di persone tra ordinamenti reca con sé noti problemi: omicidi per causa d'onore, matrimoni forzosi, mutilazioni agli organi genitali *etc.* Negli Stati Uniti è stato sviluppato al riguardo lo strumento processuale della *cultural defense*⁹. Anche questo modo di intendere una frammentarietà che io preferirei definire *frammentazione*, rimarrà estraneo alla trattazione seguente.

3. Di "frammentazione" si potrebbe parlare anche all'interno di un singolo ordinamento penale. Il diritto penale complementare segue in un certo senso - in ogni caso di fatto - regole distinte rispetto al corpo codicistico del diritto penale; lo stesso dicasi per il diritto penale minorile, e anche all'interno del codice penale già il "doppio binario" illustra l'esistenza di sottosistemi. Anche questo tipo di frammentazione non appartiene, quanto meno non direttamente, al mio tema.

Messe tra parentesi queste tre costellazioni di problemi, il tema di seguito sviluppato viene ridotto di un ambito la cui inclusione potrebbe consentirci di parlare di diritto penale frammentario in senso onnicomprensivo (v. l'immagine alla fine del saggio).

2.

Frammentarietà in senso ampio.

La tematica necessita tuttavia di un'ulteriore delimitazione rispetto a due altri settori la cui inclusione potrebbe essere adottata, ma che qui, per ragioni non solo di spazio, ma anche di sostanza, rimarranno estranei alla trattazione:

1) non saranno trattate quelle perdite di attrito (*Reibungsverluste*) dovute a *meccanismi di selezione* attraverso il processo penale, a cominciare dalla percezione selettiva e dalla creazione di sospetti, seguita dall'irraggiungibilità delle prove - che può dipendere anche da cause normative, per es. un divieto di mezzi di prova o un divieto di temi probatori - per concludere con il principio *in dubio pro reo*. Anche i meccanismi inversi di un *incremento* dell'intensità dell'esercizio dell'azione penale, per es. attraverso l'operare congiunto degli operatori della giustizia penale insieme con gli autori dei reati per il raggiungimento di dati bancari di rilevanza tributaria¹⁰, non saranno quindi inseriti nella seguente trattazione.

⁶ Sull'*entimema* si è svolto nella primavera del 2011 un convegno organizzato, fra gli altri, da Katharina v. Schlieffen presso la Facoltà di scienze giuridiche della FernUniversität in Hagen. Titolo del convegno: "L'*entimema*. Sull'ordine frammentario della giurisprudenza". Nel programma del convegno si commenta, tra l'altro, il fatto che la prassi giuridica e il suo tipo di argomentazione sarebbero stati assai poco presi in considerazione dalla teoria del metodo negli ultimi cent'anni. Al contrario, nella prassi è sì condivisa quell'autocomprensione di tipo logicizzante presente in dottrina, ma le costruzioni sistematiche di tipo accademico rimangono tuttavia prive di influenza. Pertanto rimane l'impressione che la prassi concettuale del diritto possa essere colta non già con l'ausilio della logica, ma più adeguatamente con quello della retorica. Per singoli aspetti occorre fare rinvio al volume degli Atti del convegno: K. GRÄFIN VON SCHLIEFFEN (a cura di), *Das Enthymem. Zur Rhetorik des juristischen Schließens*, Berlin, 2011.

⁷ Da una amplissima letteratura v. T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953, *passim*; C. PERELMANN, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, Freiburg und München (Alber), 1979; per il diritto penale v. il quadro e i richiami in K. LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden, 1967, 29 ss. - Sul piano storico si potrebbe trattare di un senso di disagio che emerge in modo ondeggiante rispetto all'astrattezza di una sistematica statico-meccanicistica e alla concettualità insita in essa, e che richiede invece una più forte attenzione al significato autonomamente normativo degli oggetti di disciplina e all'esigenza di risolvere il pensiero sistematico nel pensiero problematico; ciò si risolve nel forte bisogno di astrazione e sistematizzazione "per dominare un materiale giuridico fortemente accresciuto [...]" (*Op.cit.*, 36 nota 55). Sul ruolo importante del penalista italiano Tiberio Deciani (1509-1582) nella costruzione e sistematizzazione della parte generale v. i richiami in LÜDERSSEN, *Op. cit.*, 36, nota 56, e pure, più di recente, l'ampia trattazione di M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il "tractatus criminalis" di Tiberio Deciani e la "parte generale" del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁸ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.

⁹ Sul punto F. BASILE (n. 9), 262 ss.; C. DE MAGLIE, *Multikulturalismus und Strafrecht. Am Beispiel der USA*, in *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*, 7 (2005/2006), 265 ss.; EAD., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, Pisa, 2010, spec. 73 ss.

¹⁰ Sul tema B. SCHÜNEMANN, *Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats*, in *NStZ*, 2008, 305 ss.; H. OSTENDORF, *Gekaufte Straferfolgung. Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklaute" Steuerdaten und ihre Beweisverwertung*, in *ZIS*, 2010, 301 ss.

2) accanto a ciò non saranno considerati gli istituti che, cresciuti fortemente soprattutto nel XX secolo, realizzano le possibilità di una *esclusione della pena* e di una *riduzione della pena*¹¹ – quindi: diminuzione facoltativa della pena, rinuncia alla pena, obbligatoria o facoltativa, cause personali di esclusione o di estinzione della pena o del reato, messa in prova, c.d. “diversione”, flessibilizzazioni dell’esecuzione penale, affidamento in prova o sconti del residuo di pena con forme di *probation*, grazia e infine possibilità di fuga dal processo secondo le regole degli artt. 153 ss. del codice di procedura penale. A giustificazione di questa esclusione di materie propongo di distinguere tra i concetti di criminalizzazione e penalizzazione, e qui ancor meglio: tra quelli di non criminalizzazione e non penalizzazione. Il primo riguarda la definizione della punibilità in astratto, il secondo la concreta applicazione della pena.¹²

Nel termine frammentarietà del diritto penale, pertanto, si intenderà nel prosieguo solo la frammentarietà dell’area penalmente rilevante secondo la definizione legale, non invece la frammentarietà della punizione effettiva.

La distinzione tra non criminalizzazione e non penalizzazione è suggestiva anche per la ricerca dello storico del diritto, poiché il rapporto tra le linee evolutive dei due ambiti tra di loro schiude prospettive interessanti: dato che i primi due terzi del XIX secolo – con le limitazioni che più oltre verranno menzionate – sono caratterizzati da una riduzione della punibilità affiancata dal mantenimento di una prassi esecutiva conseguente, a partire dalla fine del XIX secolo si realizza un’inversione del rapporto: in termini generali, si registra una tendenza a un aumento della punibilità, ma nello stesso tempo una tendenza – invero attenuata durante il dominio nazionalsocialista, ma non del tutto interrotta – a una minore o più tenue applicazione della pena; la differenza tra le due tendenze non è dovuta al caso, perché un diritto penale che sia così esteso come quello del XX e dell’inizio del XXI secolo, non può essere così applicato in fase esecutiva come appare nel codice penale e nelle leggi complementari¹³. È discusso se la cennata doppia tendenza sia stata modificata negli ultimi anni da un coesistente orientamento all’estensione e all’aggravamento della punibilità¹⁴.

Sul piano *funzionale* l’ambito dei problemi della penalizzazione e della non penalizzazione può arricchire la tematica oggetto di trattazione, per es. se si fa riferimento a una soluzione secondo i Par. 153, 153a del codice processuale penale tedesco, anziché intraprendere una de-penalizzazione, e in tal modo rendere il diritto penale “più frammentario” – come per es. nella sentenza in materia di *cannabis* della Corte costituzionale tedesca¹⁵.

Con l’esclusione dei profili della “selezione” e della “non penalizzazione” l’ambito tematico è delimitato rispetto a due ulteriori campi la cui inclusione potrebbe far parlare di “diritto penale frammentario in senso lato” (v. l’immagine al termine di questo lavoro).

¹¹ Un quadro di sintesi in F.-C. SCHROEDER, *Das Strafgesetzbuch als Straffreistellungsgesetzbuch*, in *Fest. Eser*, München, 2005, 181 ss.

¹² Approfonditamente sulla distinzione tra decriminalizzazione e de-penalizzazione A. GABERLE, *Entkriminalisierung und Entpönalisierung in Polen – Illusion oder Wirklichkeit?*, in LÜDERSSEN/NESTLER-TREMEL/WEIGEND (Hrsg.), *Modernes Strafrecht und ultima ratio Prinzip*, Frankfurt e a., 1990, 39 ss., il quale individua nell’ambito della de-penalizzazione altre distinzioni ancora, soprattutto quella della attenuazione delle comminatorie legali della pena e dell’attenuazione delle sanzioni concretamente irrogate. L’A. tratta anche i rapporti fra decriminalizzazione e de-penalizzazione nel senso che ogni decriminalizzazione reca con sé una de-penalizzazione, ragion per cui in Polonia è stata sostenuta isolatamente la tesi – rifiutata dall’A. – che la decriminalizzazione sarebbe un caso di de-penalizzazione (*Op. cit.*, 41).

¹³ Questo passo in caratteri ridotti è stato tralasciato nel corso della relazione per ragioni di tempo. Sono grato che questo punto di vista sia stato sollevato nel corso della discussione (da Streng). Streng ha ampliato l’immagine delle isole del diritto penale nel mare dall’assenza di pena che verrà più oltre descritta, al punto che queste isole non solo possono essere di diversa grandezza, ma anche differenziarsi in altitudine orografica (nel senso dell’entità della pena).

¹⁴ In uno studio pubblicato di recente Heinz perviene a un risultato tendenzialmente negativo al riguardo: W. HEINZ, *Neue Straflust der Strafjustiz – Realität oder Mythos?*, in *NKrim*, 2011, 14 ss.

¹⁵ BVfG, sentenza del 9 marzo 1994, BVfGE 90, 145; al riguardo, tra gli altri, U. NELLES/P. VELTEN, *Einstellungsvorschriften als Korrektiv für unverhältnismäßige Strafgesetze? Anmerkungen zum Cannabis-Beschluß des BVfG*, in *NStZ*, 1994, 366 ss.; v. ulteriormente la critica radicale di B. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in: R. HEFENDEHL/A. v. HIRSCH /W. WOHLERS (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, 133 ss., e qui 145 ss.

3.

Frammentarietà in senso stretto.

Ciò che adesso rimane è il diritto penale frammentario in senso proprio, il diritto penale spezzettato, che intendo ora presentare sull'esempio di due coppie concettuali:

1. frammentarietà esterna e interna;
2. frammentarietà descrittiva e prescrittiva.

1. Frammentarietà esterna e interna

a) Cominciamo da considerazioni generali: frammentaria, quasi pezzo autonomo di un tutto, è naturalmente *ogni* norma giuridica, in quanto essa descrive già con la sua formulazione un ambito applicativo, cioè un ritaglio dalla realtà. Persino lo storico esempio paradigmatico dei tempi della Repubblica dei Consigli di Monaco: "ogni violazione dei principi della rivoluzione sarà punita"¹⁶, esclude proprio ogni condotta che *non* contrasti con i principi della rivoluzione. Un diritto penale che non sia frammentario in questo significato, che comprenda ogni comportamento umano, non può esistere neppure come sistema religioso, perché neppure gli stessi Agostino¹⁷ e Lutero¹⁸, che vedevano l'uomo come un'entità peccaminosa nella sua essenza, ritenevano che questi pecchi ad ogni piè sospinto.

Esiste perciò necessariamente una frammentarietà del diritto e del diritto penale che si può descrivere come *frammentarietà esterna*.

b) Accanto a questa c'è una *frammentarietà interna* del diritto penale. Con ciò intendo che la norma penale positiva non ricomprende, o non completamente, tutto quell'ambito rispetto al quale, considerata in modo sostanziale, vige la sua disciplina. Ritornerò sul punto per alcuni dettagli.

2. Frammentarietà descrittiva e prescrittiva

a) Frammentarietà descrittiva

Frammentarietà descrittiva significa la constatazione che il diritto penale – sia esso sul piano dei fatti, sia esso in quanto diritto o diritto penale secondo la propria natura – è frammentario, incompleto; in breve: che possiede una *natura frammentaria*.

aa) Che ciò si applichi alla frammentarietà *esterna*, lo abbiamo già commentato. Ma qualcosa di simile vale anche per la frammentarietà interna.

bb) Quando John Locke nel suo *Essay concerning human understanding* parla a ragione della "naturale incompletezza del linguaggio e della oscurità difficilmente evitabile delle parole e del disorientamento nel loro uso"¹⁹, ciò vale in certa misura anche per il linguaggio normativo.

Le norme giuridiche impiegano concetti, ma i concetti – a meno che si aderisca a un platonismo radicale – sono astrazioni dalla realtà; perciò ci saranno sempre costellazioni di casi che si sottraggono al processo di astrazione, e che quindi non sono raggiunte dal significato letterale della norma, benché lo scopo della regola, secondo la sua costante comprensione, esiga la loro inclusione.

cc) Sarebbe possibile superare questa frammentarietà, qualora in diritto penale non esistesse il principio *nullum crimen sine lege*; è tale principio a implicare che nel caso della frammentarietà interna condizionata dal linguaggio, questa non venga quindi violata dal *legislatore* mediante testi normativi indeterminati, né dall'*interprete* mediante costruzioni analogiche o mediante il richiamo a un diritto consuetudinario, e che non sia violata né dal legislatore, né dall'*interprete* attraverso normative o applicazioni retroattive.

¹⁶ Avviso del Consiglio rivoluzionario provvisorio rivoluzionario sulla costituzione del Tribunale rivoluzionario del 9 aprile 1919; v. al riguardo N. BARRENECHE, *Materialien zu einer Strafrechtsgeschichte der Münchener Räterepublik 1918/1919*, a cura di W. NAUCKE e A. SEIFERT, Berlin, 2004, 129, e qui pure l'Introduzione di W. NAUCKE, *ivi*, p. XI ss., XIII.

¹⁷ Sulla dottrina del peccato originale, A. AUGUSTINUS, *Vom Gottesstaat (De civitate Dei)*. trad. tedesca di W. Timme. Bd. 2 (libri dall'11 al 22). 4. Aufl., München, 1997, libro XIV, 154 ss.

¹⁸ M. LUTHER, *Das schöne Confitemini an der Zahl der 118. Psalm (1530)*, in K. ALAND (Hrsg.), *Luther deutsch. Die Werke Martin Luthers in neuer Auswahl für die Gegenwart*, Bd. 7 (Der Christ in der Welt), 4. Aufl., Göttingen, 1991, 308 ss. "Nessun uomo conosce mai i suoi veri peccati capitali, poiché qui si colloca la mancanza di fede, o il disprezzo di Dio, il fatto che egli non ha timor di Dio, che non ha la fiducia o l'amore che dovrebbe, o simili peccati del cuore, perché i veri problemi sono dentro di lui".

¹⁹ J. LOCKE, *Versuch über den menschlichen Verstand (Essay concerning human understanding)*, terzo libro: *Über die Worte. 10. Vom Missbrauch der Sprache*. Secondo la traduzione di Julius H. Kirchmann (1872/73), Berlin, 1962, 119.

Io inquadro tale aspetto nell'ambito della frammentarietà *descrittiva*. Al principio di legalità inerisce indubbiamente una componente normativa, però questa non si riferisce alla frammentarietà *in quanto tale*, ma a principi quali la prevedibilità, la tutela dell'affidamento, la divisione dei poteri²⁰ e la prevenzione generale²¹.

Sarebbe perfino sorprendente se addirittura accadesse al legislatore di produrre consapevolmente discipline lacunose che non corrispondano alla sua intenzione regolatrice²². La frammentarietà qui non è pertanto lo *scopo*, ma un *riflesso* del principio *nullum crimen sine lege*.

Certamente esistono anche i casi nei quali il testo di legge è stato formulato intenzionalmente in modo frammentario dal legislatore; tuttavia questa è un'ipotesi, secondo la distinzione qui tracciata, di frammentarietà prescrittiva, sulla quale pertanto dovremo ritornare.

b) Frammentarietà prescrittiva

Nel caso della frammentarietà prescrittiva (normativa, o deontica) non si tratta della *constatazione*: "il diritto penale è frammentario", ma della *pretesa*: "il diritto penale *deve* essere frammentario".

A questa pretesa oggi ci sarebbe poco da obiettare, piuttosto si dovrebbe – come ricordato al principio – assegnarle un valore positivo²³. E quando, al contrario, si critica la situazione "impossibile"²⁴ o "desolata"²⁵ del diritto penale attuale, questa critica si riferisce di regola all'assenza o alla carenza di frammentarietà del diritto penale e alla "follia della mancanza di lacune"²⁶ presente nel legislatore e nella giurisprudenza.

Ora non sarebbe certo sensato erigere a dovere essere ciò che rappresenta semplicemente la realtà effettuale. La frammentarietà prescrittiva deve quindi essere strutturata in modo differente dalla frammentarietà descrittiva. *Come* si debba costruire, ciò dipende dalle premesse normative che stanno alla base della pretesa. Di regola essa sarà più avanzata della frammentarietà descrittiva, vale a dire di quella che strutturalmente è del tutto inevitabile.

La delimitazione della frammentarietà descrittiva da quella prescrittiva viene talora oscurata dal fatto che c'è una forma linguistica, che vorrei definire l'"indicativo deontico"²⁷, vale a dire il travestimento di contenuti deontici in formulazioni indicative, come per es. nella formulazione: "la dignità umana è intoccabile". Così accade talora nella letteratura penalistica che il discorso riguarda la *natura* frammentaria del diritto penale, là dove si tratta del *postulato* che il diritto penale *debba* essere frammentario.

Il pensiero di base di questo postulato – quanto meno in uno stato di diritto – è illuminante: "il diritto penale" – così si esprime Kindhäuser – "è forza, e come ogni forza è a doppia direzione e perciò anche un nemico potenziale di quella libertà che esso intende proteggere"²⁸.

Osservando le cose da una prospettiva opposta, se nello stato di diritto vale il principio *in dubio pro libertate*, da ciò consegue che la punizione dei cittadini, quale forma più intensa di lesione della loro personalità compiuta dallo Stato, deve rimanere un'eccezione; la norma pe-

²⁰ Approfondita trattazione in G. GRÜNWALD, *Bedeutung und Begründung des Grundsatzes nulla poena sine lege*, in K. LÜDERSSEN/F. SACK (Hrsg.), *Seminar: Abweichendes Verhalten*, Band I, Frankfurt a.M., 1974, 232 ss.

²¹ E' noto che la formulazione attualmente corrente – in ogni caso solo nella dizione parziale "nulla poena sine lege" – trae origine da Paul Johann Anselm Feuerbach, che la sviluppò nella cornice della sua teoria della prevenzione generale (negativa): P. J. A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 2. Neudruck della 14. Aufl., Gießen, 1847, Aalen, 1986, 41.

²² In modo simile C. PRITZWITZ, *Das deutsche Strafrecht* (come nota 5), 405.

²³ Negli ultimi anni è particolarmente frequente nella forma che al legislatore (o alla giurisprudenza) viene rimproverato di prestare troppo poca attenzione a questa frammentarietà (v. per es. in tempi più recenti la critica di H.J. Hirsch, che la giurisprudenza superiore mostrerebbe la tensione a far sì che "che i comportamenti che al tribunale sembrano meritevoli di pena e che in qualche modo si lascino stropicciare sotto le parole di una disposizione di legge, vengano effettivamente sussunti sotto quella disposizione" (H.J. HIRSCH, *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht*, in *Fest. Tröndle* [1989], 19 ss., 26) e che "di una 'natura frammentaria' del diritto penale si possa [...] a stento ormai parlare" (Id., *Der Umgang des Gesetzgebers mit dem StGB und die Notwendigkeit der gesetzgeberischen Berichtigung unterlaufener gesetzestechnischer Fehler. Über den Niedergang der Strafgesetzgebung*, in *Fest. Puppe* [2011], 105 ss., 117).

²⁴ Così il titolo del volume edito a cura del Frankfurter Institut für Kriminalwissenschaften (*supra*, nota 5).

²⁵ U. HELLMANN, *Vom desolaten Zustand des deutschen (Wirtschafts-) Strafrechts*, in *Fest. Krey*, Stuttgart, 2010, 169 ss.

²⁶ H.J. HIRSCH (come nota 24).

²⁷ V. già TH. VORMBAUM, *Einführung: Das Feindstrafrecht und seine Kritik*, in Th. VORMBAUM/M. ASHOLT (Hrsg.), *Kritik des Feindstrafrechts*, Münster, Berlin, 2009, VII ss., spec. XXX.

²⁸ U. KINDHÄUSER, *Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*, in K. LÜDERSSEN, C. NESTLER-TREMEL, E. WEIGEND (come nota 13), 29 ss., 37.

nale deve restare un'isola nel mare della libertà – così suona la bella formulazione del penalista fiorentino Francesco Palazzo, che pertanto parla anche di carattere “insulare” del diritto penale²⁹. La traduzione operativa di questa esigenza può appoggiarsi a tutti e tre gli aspetti dell'idea del diritto, e quindi alla giustizia, alla certezza del diritto e all'utilità (conformità allo scopo).

aa) Nell'ambito della *giustizia* si tratta della ricerca del criterio per stabilire ciò che lo Stato può legittimamente punire, detto altrimenti: ciò che rappresenta l'essenza del reato. Lo si definisce notoriamente come il *concetto sostanziale del reato*. Questo viene attualmente inteso in prevalenza attraverso il concetto del bene giuridico tutelato. Non è stato sempre così, e per tale motivo ritornerò sul punto nella parte storica.

bb) I criteri di imputazione, in particolare il principio di colpevolezza, delimitano ulteriormente l'ambito già definito attraverso la concezione materiale del reato; quanto più si intende la colpevolezza in senso rigoroso, tanto più frammentario ne risulta il diritto penale (nel significato della frammentarietà esterna).

cc) Alla frammentarietà prescrittiva appartiene anche – in ogni modo secondo una concezione moderna del diritto – la delimitazione dall'ambito di pertinenza delle norme della morale, che *in quanto tali* non devono costituire oggetto di disciplina del diritto penale³⁰.

dd) E' a tale livello che occorre tenere in considerazione la soglia di rilevanza, vale a dire l'esclusione dei fatti bagatellari³¹.

ee) Dal punto di vista della *certezza del diritto* segue il principio di *accessorietà* o del *carattere secondario* del diritto penale, che indubbiamente si situa in un rapporto di complicato collegamento con il concetto materiale del reato³² ed è rimasto sino a oggi controverso. Il diritto penale, alla stregua di tale principio, non deve punire condotte che non siano già definite come illecite in altri rami giuridici “primari”, per es. in diritto civile o nel diritto pubblico. Esso recepisce pertanto l'oggetto della sua disciplina dal restante ordinamento.

Dall'*accessorietà* occorre tenere distinta la *sussidiarietà*³³.

Secondo quest'ultima, la disciplina extrapenale deve, in linea di principio, precedere quella penalistica³⁴. Mentre l'*accessorietà* (o natura secondaria del diritto penale³⁵), quando la si afferma, vale illimitatamente – in ogni caso a favore dell'accusato –, a proposito della *sussidiarietà* si può sollevare la questione se nel corrispondente ambito di disciplina, la minaccia pena-

²⁹ F. PALAZZO, *Strafgesetzhlichkeit. Transformation und Vielschichtigkeit eines „Fundamentalprinzips“* (Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen. Kleine Schriften. 23), Münster, Berlin, 2010, 37 e *passim*.

³⁰ M. MAIWALD, in *Fest. Maurach* (come nota 5) ravvisa nell'estromissione delle regole morali una delle forme di manifestazione della frammentarietà del diritto penale. Una questione diversa è se dovere di una politica penale intelligente sia di mirare a una congruenza la maggiore possibile tra norme morali e norme giuridico-penali.

³¹ E' stato a mio avviso un errore legislativo, anziché sostituire con un illecito amministrativo il reato autonomo di furto di generi di prima necessità alimentare di modesto valore, fondato su una saggia tradizione (*Mundraubtatbestand*: § 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB, vecchio testo), quello di integrarlo nella fattispecie di furto, si da assoggettare i fatti corrispondenti (accanto ad altri) alla disciplina del § 248a del codice penale.

³² Ciò che fra l'altro dipende dal fatto che il concetto del bene giuridico lo si registra anche al di fuori del diritto penale (v. i riferimenti in K. AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsgutes in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in R. HEFENDEHL/A. V. HIRSCH /W. WOHLERS [come nota 16], 155 nota 1); la questione è quindi, a seconda dei casi, se il concetto di “bene giuridico” che si commenta in ambito penalistico viene concepito come un concetto che appartiene all'intero ordinamento giuridico oppure come un concetto specificamente penalistico; diffusamente su tale problema J. L. GUZMÁN DALBORA, *Sul significato intrinseco e sul valore attuale della teoria del bene giuridico nell'opera di Birnbaum*, in *Diritto penale XXI secolo*, IX (2010), 371 ss. (trad. dallo spagnolo di G. Fornasari; è in corso la nostra traduzione tedesca dall'italiano). Il contributo di Guzmán Dalbora contiene numerosi nuovi spunti interpretativi dell'opera di Birnbaum che verranno richiamati in altri luoghi.

³³ I concetti di “accessorietà”, “sussidiarietà” e “ultima ratio” non sono sempre distinti chiaramente. Anch'io in *ZStW* 1995, 757 ho differenziato solo sussidiarietà e *ultima ratio*, equiparando di fatto la prima all'*accessorietà*. La distinzione ora accolta nel testo tra *accessorietà* e *sussidiarietà* e l'inquadramento della seconda come ipotesi speciale di applicazione del principio di *ultima ratio* mi pare che consenta una delimitazione dai contorni più precisi. – Una separazione tra principio di *sussidiarietà* e principio di *ultima ratio* è presente anche in C. PRITZWITZ, *Op. cit.*, 390 ss., ma in ogni modo riguarda altri aspetti concettuali.

³⁴ Sul principio di *sussidiarietà* v. anche, diffusamente, PRITZWITZ, *Op. cit.*, il quale accanto al significato nel senso di “in modo ausiliario” (“hilfsweise”), sottolinea anche l'altro nel senso di “venire in aiuto” (“zu Hilfe kommen”), che però a mio avviso non dovrebbe qui venire in considerazione.

³⁵ Forse per primo R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, AT, Karlsruhe, 1954, 21 ss., poi ripreso anche nelle edizioni successive: R. MAURACH/H. ZIPF, *Strafrecht*, AT, Teilband 1. 8. Aufl., Heidelberg, 1992, 24 ss.; v. quindi, approfonditamente, K. LÜDERSEN, *Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?*, in *Fest. für Albin Eser*, München, 2005, 163 ss.

le si riveli come una regolamentazione meno capace di controllo³⁶ o più liberale³⁷ a confronto con i meccanismi di controllo extrapenali; in generale ciò sarà da escludersi certo già a causa della “censura etico-sociale” legata alla punizione, e per effetto della pesantezza del processo penale. Osservata più esattamente, la sussidiarietà appare come un’espressione particolare del principio di *ultima ratio*.

ff) Ora questo principio è in primo luogo un postulato rivolto all’intelligenza del legislatore, e dunque in termini di *utilità*. Nel quadro di ciò che corrisponde o dovrebbe corrispondere al concetto materiale del reato e al principio di accessoriarietà, la politica, che è competente per le questioni di conformità allo scopo, deve scegliere quelle forme di condotta che – per esprimersi in termini neutrali dal punto di vista della teoria del reato – non possono trovare una risposta diversa da quella del ricorso alla minaccia punitiva e alla pena.

In uno Stato di diritto anche questa attività della politica è legata al principio di proporzionalità, salvo che addirittura si identifichi – ciò che è controverso – il principio di proporzione con quello di *ultima ratio*³⁸.

In tale contesto si inseriscono anche quelle limitazioni che lo *stesso* legislatore si propone nel quadro della tutela dei beni giuridici, sia che vengano contemplati solo alcune parti o aspetti del bene giuridico nella tutela, sia che si richiedano ulteriori elementi per l’integrazione della fattispecie – quale ad es. una determinata modalità di condotta³⁹ come accade per l’induzione in errore nella truffa o con l’inserimento di un elemento soggettivo particolare quale lo scopo di profitto, parimenti nella truffa, e in tal modo la frammentarietà interna venga consapevolmente incrementata.

Esistono sicuramente altri punti di vista che illustrano la frammentarietà descrittiva e ulteriori ragioni fondanti la frammentarietà prescrittiva. Per gli scopi del presente contributo, peraltro, sono sufficienti le considerazioni già svolte.

4.

Résumé.

Frammentarietà descrittiva è una constatazione relativa alla natura del diritto penale. Come frammentarietà esterna essa registra che le norme penali formano ritagli dalla realtà, che sono insulari; come frammentarietà interna essa registra che queste isole non sono disposte in cerchio, non sono forme chiuse, ma presentano numerose insenature e frastagliature, perfino lagune e laghi, che in forza del principio *nullum crimen sine lege* non possono, come tali, essere eliminate.

Frammentarietà prescrittiva, invece, è un *postulato*. Come frammentarietà *esterna* essa richiede che le isole non si moltiplichino sino a diventare arcipelaghi, né si ingrandiscano fino a essere continenti; come frammentarietà *interna* essa esige che il legislatore non abbia timore delle insenature delle isole e che chi applica la legge le rispetti. Sul piano *operativo* tuttavia – dato che possiede formalmente una esistenza di tipo negativo – essa viene tuttavia perseguita come obiettivo non in modo diretto, ma come traduzione negativa di leggi positive quali il concetto materiale del reato, il principio di accessoriarietà e quello di *ultima ratio*.

Ciò significa: non esiste – quanto meno sul piano sostanziale – una autonoma dogmatica del diritto penale frammentario. Tuttavia ben potrebbero esistere una teoria e una dogmatica

³⁶ Lüderssen discute l’ipotesi in cui la disciplina extrapenale conduce a una “tenuta di controllo” (“Kontrolldichte”) indesiderata, che “alla fine risulta di maggior peso di un diritto penale restrittivo che coltivi un effetto liberalizzante dato dalla non conoscenza”: K. LÜDERSSEN, *Autobiographie*, in E. HILGENDORF (Hrsg.), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Berlin, 2010, 351 ss., 381.

³⁷ Qui si potrebbe argomentare che il diritto penale lascia pur sempre al cittadino la scelta tra il lecito e l’illecito e che sarebbe pur sempre più liberale di un intervento immediato dello Stato; in tal senso già G. FILANGIERI, *La Scienza Della Legislazione*. Edizione seconda veneta. Tomo IV, Giacomo Storti, Venezia, 1796, Cap. XXVI, p. 14: “La sanzione penale è quella parte della legge, colla quale si offre al cittadino la scelta o del adempimento di un sociale dovere, o della perdita di un sociale diritto”; v. pure già VORMBAUM, „Politisches“ *Strafrecht*, in *ZStW*, 1995, 748.

³⁸ Ampiamente al riguardo i contributi di M. BÖSE, *Grundrechte und Strafrecht als „Zwangsrecht“* e di M. BUNZEL, *Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft*, in R. HEFENDEHL/A. v. HIRSCH/W. WOHLERS (come nota 16), rispettivamente 89 ss. e 96 ss.

³⁹ G. STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlin, 1998, S. 56 ss., distingue tra “bene giuridico” e “modalità lesive” (“Angriffswegen”).

che negli esiti promuovono la frammentarietà⁴⁰.

B.

Parte seconda: profili storici

1.

Origine della denominazione.

Nella seconda parte della mia relazione vorrei come prima cosa trattare brevemente dell'origine della denominazione "diritto penale frammentario".

L'inventore del termine è notoriamente Karl Binding, che parla del "carattere frammentario del diritto penale"⁴¹. Quando Binding critica il fatto che nessun altro ramo del potere legislativo si manifesta in egual misura mediante la promulgazione di leggi d'occasione (*Gelegenheitsgesetze*) come avviene nella legislazione penale, egli non rivolge una critica all'espansione sconsiderata del diritto penale dovuta al legislatore⁴²; Binding, piuttosto, rimprovera al legislatore di non lavorare mai in maniera sistematica. Sarebbe una grave carenza della sua opera il dato per cui accanto a fatti illeciti minacciati con la pena, quasi dovunque "ci sono al loro fianco altri illeciti affini, immediatamente confinanti, che egli trascura". Nessuna materia legislativa avrebbe bisogno, più di questi, di un "arrotondamento" grazie all'interpretazione, e in particolare grazie all'analogia, che sarebbe un comandamento della giustizia⁴³.

Binding in tal modo pone implicitamente due richieste:

1) al legislatore, di "arrotondare" gli ambiti di disciplina penale secondo criteri di giustizia sostanziale, e

2) all'interprete, di accettare la possibilità legislativa di recuperare questo arrotondamento, se necessario, mediante analogia. In altri termini, Binding prende atto (in modo *descrittivo*) che esiste la frammentarietà; e richiede (in modo *prescrittivo*) l'introduzione di misure per eliminarla⁴⁴.

Le prese di posizione di Binding mostrano che in aggiunta alla frammentarietà prescrittiva nel significato della proposizione "il diritto penale deve essere frammentario", c'è anche una proposizione opposta: "il diritto penale *non* deve essere frammentario"; e forse questa pretesa, storicamente, era persino la più forte. In ogni caso Binding si riferisce alla frammentarietà *interna* che non è stata assunta come fine dal legislatore, descrittiva, quindi, e per questo motivo egli in maniera conseguente rifiuta il divieto di analogia.

Quell'ambito, rispetto al quale egli viene per lo più citato, il grande settore della frammentarietà *esterna* e con ciò l'ambito principale della frammentarietà prescrittiva, non lo riguarda minimamente.

Se ora aggiungiamo altre considerazioni storiche, dopo quanto già trattato, ciò può solo riguardare strutture ed eventi che hanno avuto come conseguenza una estensione o una restrizione del diritto penale, e quindi – come riflesso – un diritto penale più o meno frammentario.

Prenderò in considerazione tre ambiti, quello della teoria del diritto penale, quello legislativo e quello dell'interpretazione della legge, ma in questo dovrò limitarmi ad aspetti importanti o illustrativi.

⁴⁰ Richiamo di complemento all'immagine grafica (riportata alla fine del presente contributo): il cerchio più interno (il n. 4) sta per una posizione (seguita più di fatto che esplicitamente) che circoscrive il problema della frammentarietà all'ambito della proposizione *nullum crimen sine lege*, come per es., tendenzialmente, W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 10. Aufl., Neuwied, 2002, 64, come pure C. PRITZWITZ, (*supra* nota 5), 405, che intende il concetto del "diritto penale frammentario" come descrizione del principio "*nullum crimen sine lege*", e quindi lo delimita a ciò che qui viene indicata come "frammentarietà interna" mentre ciò che qui significa la "frammentarietà esterna" viene visto come un problema di "un diritto penale strettamente limitato".

⁴¹ K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Besonderer Teil, Band 1, rist. della 2. Auflage, Leipzig, 1902, Aalen (Scientia), 1969, 20.

⁴² Ciò è già stato variamente osservato, v. per es. M. MAIWALD (*supra*, n. 5), 9; C. PRITZWITZ (*supra*, n. 5), 388; LASSAK, *Begründungsdefizite in der aktuellen Strafgesetzgebung*, in INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT (Hrsg.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Frankfurt e a., 1999, 75 ss.; S. BRAUM, *Europäische Strafgesetzlichkeit*, Frankfurt a.M., 2003, 431; KÖLBEL, in *GA*, 2002, 404.

⁴³ K. BINDING, *Op. cit.*, S. 21. Ad ogni modo Binding si oppone, a fronte della disciplina legislativa esistente, contro chi, avvalendosi dell'analogia "in modo naturalmente biasimevole cela sotto la maschera dell'interpretazione estensiva il tentativo di ricondurre sotto la pena condotte non previste dalla legge" (*Op. cit.*, 22).

⁴⁴ Anche KÖLBEL, in *GA*, 2002, 404, si richiama al carattere in primo luogo descrittivo (e censorio) delle considerazioni di Binding.

2.

Teoria

1. Concetto sostanziale del reato.

Quanto all'ambito della teoria del reato, sono qui importanti soprattutto gli sforzi di formulare una definizione sostanziale del reato. Comincio le mie considerazioni con la parte iniziale della nostra epoca giuridica, e quindi con la seconda metà del XVIII secolo e la prima parte del XIX secolo. Lì ci imbattiamo in tre punti di partenza sul concetto materiale del bene giuridico:

1) la teoria del contratto sociale: definire e delimitare lo spazio legittimo della pena statale era proprio uno degli obiettivi centrali delle teorie contrattualistiche. Secondo Beccaria il diritto di punire è tanto esteso quanto la somma delle più piccole libertà di ogni singolo dedotte nel contratto sociale⁴⁵. Libertà alle quali i singoli hanno rinunciato al fine di "garantire l'attenzione ai diritti degli altri e dello Stato in qualità di garante di questi diritti"⁴⁶.

2) la teoria della lesione del diritto di Kant e di Feuerbach che, partendo dalla premessa della concezione kantiana del diritto, dove il diritto è equiparato alla compossibile libertà di tutti, delimita il concetto materiale del reato alla lesione di diritti soggettivi⁴⁷;

3) la teoria del "bene" leso sviluppata nel 1834 da Johann Michael Franz Birnbaum, secondo la quale il reato è "la lesione o messa in pericolo di un bene che deve essere egualmente assicurato a tutti dalla forza dello Stato, quando una sua garanzia generale non può essere raggiunta altrimenti che attraverso [la minaccia o l'esecuzione di una pena determinata]"⁴⁸.

E' controverso se queste tre prospettive debbano essere considerate come rami del medesimo ceppo d'origine, cioè quello dell'età dei Lumi⁴⁹, o come tre autonome produzioni aventi connotazioni storico-spirituali e politiche differenti. La loro autonomia è stata sostenuta particolarmente da Amelung⁵⁰, ha obiettato Schünemann che le differenze non possono essere sovrastimate, ma dal canto suo tende – in modo dialettico – a ridurle⁵¹.

La questione cruciale rimane quella della valutazione del passaggio dalla teoria della lesione del diritto a quella della lesione del bene. Se si concepisce questo passaggio come irrilevante per il tema dell'estensione del diritto penale, allora la teoria della lesione del bene si colloca dappprincipio in una tradizione della limitazione del diritto penale, svolge perciò quella funzione liberale che le viene assegnata oggi dal *main stream* della scienza penalistica. Se però si valuta come rilevante quel passaggio, allora ci sono molte ragioni per ritenere – come analizzato anche da Silva Sánchez nel suo libro su "L'espansione del diritto penale"⁵² – che presso la culla della teoria del bene giuridico non ci fosse il pensiero della limitazione del diritto penale, ma quello della sua flessibilizzazione e della sua estensione.

In ogni caso Birnbaum, col suo richiamo – indubbiamente centrato – al fatto che non si possono ledere i diritti in quanto tali, quanto piuttosto i sostrati di questi diritti, e per l'appunto i "beni" corrispondenti, aprì obiettivamente la porta all'estensione del diritto penale oltre la cerchia della lesione dei diritti soggettivi: nel XIX secolo si trattò soprattutto dei delitti di religione e dei reati carnali⁵³.

La valutazione storica è per questo difficile, perché noi abbiamo ben presente l'evoluzione della teoria della lesione del bene, che da Binding in poi è definita teoria della lesione del bene giuridico, ma nessuno sa come si sarebbe sviluppata la teoria della lesione del diritto, se non fosse stata abbandonata nel corso del XIX secolo. Può essere che anch'essa avrebbe elaborato una sorta di lesione del diritto collettivo. Non lo sappiamo e non possiamo saperlo. Con ogni riserva contro le ricostruzioni ipotetiche della storia, mi pare peraltro che il concetto di lesione

⁴⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), in ID., *Opere*, a cura di S. ROMAGNOLI, Sansoni, Firenze, 1958, vol. I, p. 37 ss. e qui p. 49.

⁴⁶ K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1972, 20.

⁴⁷ *Ivi*, 28; v. pure (criticamente) B. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in R. HEFENDEHL/A. V. HIRSCH / W. WOHLERS (supra, n. 16), 133 ss.

⁴⁸ Scelta del brano dalla silloge a cura di T. VORMBAUM, *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, cit. Heidelberg etc. 2011, 148 ss., in partic. 152.

⁴⁹ B. SCHÜNEMANN (supra, n. 48), 139.

⁵⁰ K. AMELUNG (supra, n. 47), 38 ss., che ricava la teoria della tutela "di beni" dalla critica della teoria della lesione del diritto.

⁵¹ B. SCHÜNEMANN (supra, n. 48).

⁵² J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts*, Frankfurt a.M., 2003, 62 ss.

⁵³ V. su ciò M. FROMMEL, *Strafjustiz und Polizei*, in *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*, Frankfurt a.M., 1987, 169 ss., spec. 191 ss.

del diritto sia complessivamente più resistente rispetto alle tendenze espansionistiche rispetto al concetto di lesione *del bene*.

Lo stesso Birnbaum non era in primo luogo interessato a un'espansione di ciò che è legittimamente punibile. La cerchia dei reati viene nella sua opera ampliata solo moderatamente rispetto alla teoria della lesione del diritto. Tuttavia, dopo un periodo di latenza di alcuni decenni, la teoria della tutela dei beni cadde sotto il dominio di Karl Binding, che conì la definizione rimasta corrente sino a oggi di "bene giuridico"; con Binding il bene giuridico perde il suo carattere pregiuridico e si trasforma da uno strumento critico in uno quanto meno ambivalente, se non addirittura prevalentemente affermativo. Binding definisce beni giuridici quelle "condizioni effettive di un salutare bene comune che risultino tali alla luce di un approccio realistico"⁵⁴, affida al legislatore la determinazione più precisa di queste condizioni e lascia alla sua discrezionalità la creazione di nuovi beni giuridici; quando Franz v. Liszt⁵⁵ caratterizza il reato come il comportamento antisociale che "offende gli interessi della vita protetti da norma giuridiche", la differenza rispetto a Binding appare marginale. La successiva spiritualizzazione che il concetto di bene giuridico subì in seguito, non da ultimo grazie al neokantismo⁵⁶, ridusse la distanza dalla teoria della violazione del dovere che gli fu contrapposta durante il dominio nazionalsocialista; la polemica dei teorici nazionalsocialisti – come osserva giustamente Amelung⁵⁷ – fu in definitiva frutto di un'incomprensione, dato che anche durante il nazismo c'erano non pochi sostenitori dell'idea della tutela del bene giuridico.

Dopo il 1945 questo equivoco giovò al concetto del bene giuridico, sebbene esso abbia avuto bisogno di un po' di tempo per ritornare a essere un concetto dominante in contrapposizione al diritto naturale conservatore, se non anche reazionario, della vecchia Repubblica federale. Una breve riviviscenza la sperimentò il bene giuridico negli anni Sessanta e Settanta, quando sotto la sua bandiera furono cancellate alcune fattispecie residuali soprattutto in materia di reati sessuali: una interessante curiosità della storia del diritto penale, dato che una ragione per il rifiuto della teoria della lesione del diritto nel XIX secolo – per es. secondo la lettura di Carl Joseph Anton Mittermaier⁵⁸ – era stata che questa teoria non fosse in grado di legittimare le fattispecie dei c.d. delitti carnali.

Con il meritevole volume collettaneo di Hefendehl e altri⁵⁹ abbiamo oggi a disposizione

⁵⁴ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig, 1890, 339 ss.

⁵⁵ Rispetto al quale, come ha dimostrato Frommel, occorre distinguere a seconda del tempo della presa di posizione, nonché se egli argomenta come politico del diritto o come dogmatico del diritto e penale: Monika FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion*, Berlin, 1987, 76 ss.

⁵⁶ In rapporto al dibattito sul neokantismo è stata sostenuta (da Frommel) l'idea che, per quanto ci sarebbe stata una possibilità alternativa all'effettivo sviluppo della teoria di Liszt, nondimeno si affermò la linea sostenuta da Kohlrausch (poi completata attraverso la linea di Eb. Schmidt). Ciò può anche essere, purtuttavia la storia è in tal senso conclusa, e la possibilità alternativa non si è realizzata, sì che anche in questo caso considerazioni storiche ipotetiche risultano di scarso aiuto. Né pare poi del tutto convincente che il nome di Radbruch si collochi a favore di una linea alternativa potenziale. Il progetto di riforma del 1922, che prese il suo nome, si appoggiò a progetti precedenti (1909, 1911, 1913, 1919), ma introdusse anche autonome nuove intensificazioni ed espansioni del diritto penale. La previsione dell'abolizione della pena di morte nel progetto del 1922 ha il suo fondamento quanto meno *anche* nel fatto per cui l'Austria, insieme alla quale si intendeva concordare la riforma, aveva abolito tale pena già nella Costituzione; approfondimenti in F. GOLTSCHKE, *Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch)*, Berlin, 2010; TH. VORMBAUM, *Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 28. Mai 1943*, 2010, S. 60 s.; v. anche *infra* III 2 b).

⁵⁷ AMELUNG (n. 33), 160.

⁵⁸ C. J. A. MITTERMAIER, *Über die Grundfehler der Behandlung des Kriminalrechts* (1819), brano antologico in TH. VORMBAUM (Hrsg.), *Strafrechtsdenker* (cit. n. 49), 122; contro la dottrina della lesione del diritto Mittermaier si è espresso anche nella nona edizione del manuale di Feuerbach da lui curata; sul punto T. VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. Aufl., Heidelberg e a., 2011, 60 n. 27. Merita di essere attestato che l'A., che passa per liberale, annotando la constatazione liberale di Feuerbach, che sarebbero esclusi [solo] "quei soddisfacimenti illeciti dell'istinto sessuale [...] che contengono già nel loro concetto la lesione di veri diritti di una persona" (*Lehrbuch*, cit., 719), così si esprime: "anche qui l'erroneo punto di vista che ravvisa in ogni crimine la lesione di un diritto ha condotto l'A. alla falsa opinione di ricondurre tutti i delitti [non i crimini] carnali alle contravvenzioni di polizia. Se si considera l'importanza della moralità dei costumi per lo Stato, in quanto senza di essa manca una solida base della legalità, si dimostra il dovere dello Stato di proteggere i suoi cittadini contro gli attacchi alla moralità, di vigilare ottimamente sulla pubblica decenza di punire le sue violazioni, di tutelare dalle seduzioni sessuali minori e persone incapaci, si giustifica allora la punizione di determinate forme di delitti sessuali anche con pene più severe di quelle che potrebbe riconoscere il diritto di polizia" (*Op. cit.*, 719); v. pure p. 738 s. sui "soddisfacimenti contro natura dell'istinto sessuale" (da Feuerbach pure ricondotti alle contravvenzioni di polizia): "Il punto di vista infelice che vuole vedere una lesione del diritto in ogni reato ha prodotto il risultato che in varie nuove leggi è stata esclusa la sodomia dal novero dei reati".

⁵⁹ R. HEFENDEHL / A. v. HIRSCH / W. WOHLERS (Hrsg.) (n. 16); e per completare v. R. HEFENDEHL, *Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts. Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah*, in GA, 2001, 1 ss.; buona e perspicua descrizione dell'evoluzione e delle posizioni attuali anche in S. SWOBODA, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in ZStW, 2010, 24 ss., 33 ss.

un inventario dell'intero ventaglio dei problemi della teoria del bene giuridico, delle sue limitazioni, delle sue estensioni e delle sue integrazioni. Le posizioni spaziano dalla concezione che il bene giuridico centrale sia l'effettiva vigenza del diritto⁶⁰, sino al concetto personale del bene giuridico⁶¹, dai diversi tentativi di individuare nuovi criteri per dare un profilo al concetto di bene giuridico⁶², sino alla concezione che una definizione *generale* del bene giuridico sia condannata al fallimento⁶³, sino alla sostituzione o all'integrazione della teoria del bene giuridico mediante l'*harm principle* e l'*offense principle*⁶⁴, all'orientamento costituzionalistico (con diversa intensità)⁶⁵ e alle tesi che ritengono sufficiente la sola vigenza del principio di proporzione⁶⁶.

E' controverso se il concetto di bene giuridico abbia una funzione limitativa della pena, una potenzialità frammentaria, o se se quanto meno gli si possano assegnare tali funzioni, oppure se si tratti soltanto di uno strumento metodologico ausiliario immanente al sistema.

In ogni modo in letteratura, grazie al richiamo a un assente o erroneo collegamento con il bene giuridico, viene ripudiata la legittimità di un piccolo novero di incriminazioni⁶⁷, come pure la legittimità di una serie di c.d. beni giuridici apparenti, come la "salute del popolo"⁶⁸, o l'utilità pratica dell'economia delle assicurazioni⁶⁹, della pace pubblica⁷⁰, della sicurezza del traffico⁷¹, dei sentimenti⁷², della fiducia e della sicurezza⁷³.

3. Legislazione

1. Fattori strutturali di influenza

Sotto l'influsso liberale prosegue nel XIX secolo – quantunque non in tutti i settori⁷⁴ e nemmeno in maniera lineare – la moderata riduzione del diritto penale iniziata sul finire del XVIII secolo. Nell'epoca della nascita e del consolidamento dello Stato interventista, al più tardi dagli inizi degli anni '70 del XIX secolo, il diritto penale riprende poi a crescere in ampiezza – un processo che, con occasionali interruzioni, prosegue sino ad oggi. Per questa crescita vi sono numerose ragioni: socioeconomiche, tecniche, storico-filosofiche e politiche. Mi debbo limitare qui ai fattori giuridici. Mi sembra significativo che questi fattori – seguendo quasi una legge della teoria dell'evoluzione – si siano sviluppati dapprima in nicchie esterne

⁶⁰ Così G. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., Berlin, 1993, 35; in modo simile U. KINDHÄUSER (come a nota 29); largamente conosciuta è la sentenza che Jakobs ha formulato al Convegno dei professori di diritto penale del 1985: "In caso di conseguente attuazione della premessa della tutela dei beni giuridici si dovrebbe perfino lottare penalmente contro i pensieri pericolosi di autori potenziali e altresì contro le radici di questi pensieri pericolosi": G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 1985, 751 ss., 753.

⁶¹ W. HASSEMER/U. NEUMANN, *NK StGB*, 3. Aufl., Baden-Baden, 2010, Vor § 1 Rn. 131 ss.; C. ROXIN, (nota 6) 16 ss.

⁶² Richiami alle diverse premesse in ROXIN, AT/1 (nota 6), 47 ss.

⁶³ Così per es. B. SCHÜNEMANN, (nota 48), 135 s.

⁶⁴ Al riguardo A. VON HIRSCH, *Der Rechtsgutsbegriff und das Harm Principle*, in *GA*, 2002, 2 ss. (rinnovato in: R. HEFENDEHL/A. VON HIRSCH /W. WOHLERS [come n. 16], 13 ss.); P. WITTIG, *Rechtsgutstheorie, „Harm Principle“ und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen*, *ibidem*, 239 s.; K. SEELMANN, *Rechtsgutskonzept, „Harm Principle“ und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien*, *ivi*, 261 ss.

⁶⁵ Cfr. soprattutto W. HASSEMER, *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?*, in R. HEFENDEHL/A. VON HIRSCH /W. WOHLERS (nota 16), 57 ss.; O. LAGODNY, *Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik*, *ibidem*, 83 ss.

⁶⁶ V. i riferimenti a n. 39; appartiene a tale orientamento da ultimo anche la giurisprudenza della Corte costituzionale; sulla problematica della "doppia" prova della proporzionalità della Corte cost., v. S. SWOBODA, (come nota 60), 44 ss.

⁶⁷ Vengono citati tra gli altri i reati di cui ai §§ 86a, 129a, 130 Abs. 3, 168a, 183, 261, 264, 265 del codice penale e (quantomeno in parte) il § 31 della legge sugli stupefacenti (BtmG).

⁶⁸ C. ROXIN, AT/1 (nota 6), 17.

⁶⁹ *Ibidem*, e altresì SCHÜNEMANN (nota 48), 151.

⁷⁰ S. SWOBODA, in *ZStW*, 2010, 39.

⁷¹ B. SCHÜNEMANN (nota 48), 152; K. AMELUNG, *Rechtsgut* (nota 33), 175.

⁷² C. ROXIN, AT/1 (nota 6), 22 s. (con l'eccezione dei sentimenti di minaccia).

⁷³ K. AMELUNG, *Rechtsgut* (nota 33), 177.

⁷⁴ Un'eccezione, accanto al diritto penale politico (i decreti di Karlsbad!) e ai delitti di religione, fu soprattutto la materia del diritto penale sessuale (che anche nell'evoluzione del concetto materiale del reato svolse un ruolo importante); v. al riguardo Andreas ROTH, *Die Sittlichkeitsdelikte zwischen Religion und Rationalität. Strafrechtspraxis und Kriminalpolitik im 18./19. Jahrhundert*, in Reiner SCHULZE / Thomas VORMBAUM / Christine D. SCHMIDT / Nicola WILLENBERG (Hrsg.), *Strafzweck und Strafnorm zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung*, Münster, 2008, 195 ss.

alle codificazioni e da lì – direttamente o indirettamente – si siano spinti sino al centro del diritto penale. Quali principali fattori di influenza ravviso – nell'ordine cronologico secondo il quale hanno iniziato ad esercitare la loro efficacia:

a) il *diritto penale complementare*⁷⁵, che tende alla protezione di beni giuridici superindividuali, che nella sua tecnica di regolamentazione non è sovente compatibile con il principio di determinatezza, che ha costituito anche il punto di partenza per l'espansione della punibilità della colpa, dell'omissione e delle forme di anticipazione e che ha conosciuto nella e dalla prima guerra mondiale⁷⁶ una espansione a valanga;

b) dal 1923 il *diritto penale minorile*, che spinge nella direzione della flessibilità e secondo la sua struttura tende a superare l'efficacia limitante del principio di colpevolezza;

c) il *diritto delle misure di sicurezza* – disciplinato per legge dal novembre 1933⁷⁷ – che ha sostituito la colpevolezza per il fatto del diritto penale classico con il punto di vista della pericolosità, che ha così provocato un'espansione dell'ambito sanzionatorio e che con l'attuale § 2 co. 6 StGB ha coerentemente infranto il divieto di retroattività⁷⁸;

d) il *diritto penale dell'economia* all'interno ed all'esterno del codice penale, che è nato per scopi eterogenei sotto il profilo della politica del diritto - da un lato per stabilire una sorta di simmetria sociale del diritto penale nei confronti del *white collar crime*, dall'altro lato però per evitare, nei confronti dell'economia, meccanismi sanzionatori e di controllo extrapenalistici più rigorosi e troppo vincolanti per l'economia⁷⁹, - e che, con le sue mire di orientamento a largo raggio, tende sistematicamente a fattispecie penali troppo ampie ed indeterminate;

e) ampiamente connesso con il diritto penale dell'economia, il *diritto penale europeo*, che, in base al suo carattere interventista conduce regolarmente ad una maggiore criminalizzazione⁸⁰ e costituisce con ciò il programma di contrasto a quella evoluzione, che aveva portato nel XIX secolo in Germania alla codificazione unitaria del *Reich* e che, quantomeno in vasti settori, aveva rappresentato la sintesi di una evoluzione liberale del diritto penale.

f) ed infine dobbiamo al cd. *diritto penale internazionale* – nato dalla comprensibile esigenza di porre fine all'immunità dei criminali di Stato – l'allentamento di una serie di istituti giuridici, non ultima la rimozione della prescrizione per omicidio e genocidio, vale a dire la perseguibilità penale per tutta la vita, che non è compatibile con un diritto penale umano. A ciò appartiene infine anche la punibilità della "menzogna sull'olocausto" (negazionismo)⁸¹.

⁷⁵ Sul diritto penale complementare fino al 1914, cfr. Robert WEBER, *Die Entwicklung des Nebenstrafrechts 1871 bis 1914* (Juristische Zeitgeschichte. Abt. 3 Bd. 5), Baden-Baden, 1999; sul diritto penale economico durante il dominio nazionalsocialista, v. Stefan WERNER, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus*, Frankfurt a.M. e a., 1991; v. quindi Johanna Gertrude SCHMITZBERGER, *Das nationalsozialistische Nebenstrafrecht 1933 bis 1945*, Frankfurt a.M., 2008.

⁷⁶ Sul punto v. Wolfgang NAUCKE, *Über das Strafrecht des I. Weltkriegs*, in Id., *Die Zerschlagung des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden, 2000, 287 ss.; Christine RICHSTEIN, *Das „belagerte“ Strafrecht. Kriegsstrafrecht im Deutschen Reich während des Ersten Weltkrieges*, Münster e a., 2000; in sintesi VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2. Auflage, Heidelberg e a., 2011, 153 ss.

⁷⁷ Approfondimenti in Christian MÜLLER, *Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933. Kriminalpolitik als Rassenpolitik*, Baden-Baden, 1997; v. pure Id., *Verbrechensbekämpfung im Anstaltsstaat. Psychiatrie, Kriminologie und Strafrechtsreform in Deutschland 1871-1933*, Göttingen, 2004.

⁷⁸ Per la critica al § 2 Abs. 6 StGB, v. i riferimenti in Gerhard DANNECKER, *LK*, 12. Aufl., Bd. 1, Berlin, 2006, § 2 Rn. 135; Winfried HASSEMER/Walter KARGL, *NK StGB*, 3. Aufl., Baden-Baden, 2010, § 2 Rn. 57 ss., spec. Rn. 60.

⁷⁹ Chiaramente per es. Klaus TIEDEMANN, *Strafrecht in der Marktwirtschaft*, in *Fest. Stree/Wessels*, Heidelberg, 1993, 527 ss.

⁸⁰ Da una letteratura a stento dominabile v. i contributi puntali di Wolfgang NAUCKE, *Europäische Gemeinsamkeiten in der neuen Strafrechtsgeschichte und Folgerungen für die aktuelle Debatte*, in *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte* 2 (2000/2001), 1 ss.; Klaus LÜDERSEN, *Europäisierung des Strafrechts und gubernative Rechtsetzung*, in *GA*, 2003, 71 ss., con altri richiami alle note 90 ss.; Massimo DONINI, *Subsidiarität des Strafrechts und Subsidiarität des Gemeinschaftsrechts*, in Id., *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform. Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa*, Berlin, 2006, 151 ss.; Id., *Ein neues strafrechtliches Mittelalter? Altes und Neues in der Expansion des Wirtschaftsstrafrechts*, *ibidem*, 203 ss.

⁸¹ Più in dettaglio Th. VORMBAUM, *Vergangenheitsbewältigung im Rechtsstaat*, in *Fest. Amelung* (Berlin, 2009), 783 ss.; sugli elementi di diritto penale del nemico nel diritto penale internazionale v. Emanuela FRONZA, *Feindstrafrecht und Internationale Strafgerichtsbarkeit*, in VORMBAUM/ASHOLT, *Kritik* (cit. a nota 28), 413 ss.; sulla negazione dell'Olocausto v. (anche in prospettiva comparata) Id., *Der strafrechtliche Schutz des Gedenkens. Bemerkungen zum Tatbestand der Holocaust-Leugnung*, in *Jb. d. juristischen Zeitgeschichte* 11 (2010), 243 ss.

2. Esempi

La ricaduta di questi fattori di influenza sul nucleo del diritto penale si è verificata a volte con immediatezza, altre volte con gradualità. Vado rapidamente a due novelle del codice penale, che hanno portato ad una sensibile espansione del diritto penale nel suo nucleo classico.

a) La novella del 1876

Una prima ampia novella, che modificò o introdusse *ex novo* non meno di 50 precetti del codice penale – prevalentemente nel senso di un'espansione della punibilità o di un maggior rigore sanzionatorio – fu la legge di modifica ed integrazione del codice penale del 1876⁸². Ne traggio ad esempio due punti:

aa) la non punibilità in linea di principio del tentativo di partecipazione venne per la prima volta intaccata – e poi più volte in seguito progressivamente erosa – da parte del nuovo § 49a, la cd. *Lex Duchesne*. Anche circoscritte forme di ulteriori condotte di anticipazione dell'attuale § 30 co. 2 vennero per la prima volta assoggettate a pena⁸³. Come si sa, non si è rimasti fermi a questi casi circoscritti⁸⁴.

bb) Venne introdotta *ex novo* la fattispecie delle lesioni personali pericolose; anche qui la novella segnò l'inizio di una tendenza espansiva: nel 1912 l'estensione agli abusi nei confronti di soggetti protetti⁸⁵, che nel 1933, a seguito di ripetute espansioni, divenne fattispecie autonoma⁸⁶; a partire dal 1940 fu possibile per il pubblico ministero far venir meno il requisito della querela per le lesioni personali semplici⁸⁷; nel 1969 venne penalizzato il tentativo di lesioni personali pericolose⁸⁸; e il culmine dell'evoluzione – il punto più basso nella prospettiva del diritto penale frammentario – venne raggiunto con la criminalizzazione del tentativo di lesioni personali semplici, attraverso la cd. 6. Legge di riforma del diritto penale⁸⁹.

b) Regolamento di assimilazione del 1943

Il mio secondo esempio è il c.d. Regolamento di assimilazione del diritto penale del 1943⁹⁰. Questo implementò fra l'altro nel codice penale la diminuzione di pena meramente facoltativa per il tentativo, proseguì nell'espansione della punibilità nell'area antecedente alla partecipazione ed introdusse inoltre la fattispecie della simulazione di reato, l'attuale struttura della fattispecie della violenza privata, la punibilità delle false dichiarazioni non sotto giuramento e l'espansione della fattispecie del falso documentale allo stadio degli atti preparatori. Fino ad un punto marginale – punibilità della complicità tentata⁹¹ (*versuchte Beihilfe*) – tutti gli istituti

⁸² La legge riguardante la modifica delle disposizioni del codice penale per il Reich tedesco del 15 maggio 1871 e la sua integrazione del 26 febbraio 1876. RGBl. 1976, 25, trovati in: VORMBAUM/WELP, *Das StGB. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen*, Bd. 1., Berlin, 1999, 92 ss.

⁸³ Sugli antefatti v. la sintesi di Martin ASHOLT, in VORMBAUM/WELP, *Das StGB*, Supplementband 3, Berlin, 2006, 100. Attraverso il nuovo § 49a venne punita l'intimazione a un crimine o la partecipazione a un crimine e l'accettazione dell'istigazione, e quindi la disponibilità e l'accoglimento della disponibilità a commettere un crimine: tutte forme di condotta previste nondimeno o se realizzate per iscritto, oppure se l'ingiunzione o la disponibilità erano collegate "alla dazione di vantaggi di qualche tipo". Più in dettaglio Jost-Dieter BUSCH, *Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49a StGB*, jur. Diss., Marburg, 1964; per l'inquadramento generale v. Thomas VORMBAUM, *Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 28. Mai 1943*, Münster, Berlin, 2010, 22 ss.

⁸⁴ Sul punto v. da presso.

⁸⁵ Legge, concernente modifiche del codice penale, 19 giugno 1912 (RGBl. 1912, p. 395), n. 3 (in relazione al § 223a Abs. 2).

⁸⁶ Legge, concernente modifiche del codice penale, del 26 maggio 1933 (RGBl. 1933, S. 295), n. 15 (in relazione al § 223b).

⁸⁷ Decreto del 2 aprile 1940, n. 3, per la modifica dei reati di omicidio colposo, omicidio, lesione personale e fuga in caso di incidente stradale (RGBl. 1940, p. 606).

⁸⁸ Art. 19 Nr. 94b della legge introduttiva al codice penale del 2 marzo 1974 (BGBl. I 1974, 469).

⁸⁹ Sesta legge di riforma del diritto penale, del 26 gennaio 1998, n. 37 (BGBl. I 1998, 164).

⁹⁰ Su tale disposizione VORMBAUM (cit. a nota 85).

⁹¹ Fu abolita per effetto dell'art. 2 n. 8 della terza legge di modifica del diritto penale del 4 agosto 1953 (BGBl. I 1953, 735).

qui richiamati sono rimasti nel codice penale dopo il 1945 e sino ad oggi⁹².

Vi furono ancora ulteriori spinte particolari nella medesima direzione; penso prima di tutto alla novella del 1935, che circoscrisse il divieto di analogia e permise l'accertamento facoltativo. Su questa ritornerò in seguito, in rapporto alla *interpretazione* della legge penale.

3. Accelerazione

Dopo una breve fase liberale verso la fine degli anni '60 ed all'inizio dei '70, nella quale persino la parola "depenalizzazione" fu all'ordine del giorno, si accelera nell'ultimo terzo del XX secolo e sino ad oggi l'espansione del diritto penale. Un indicatore di questa espansione e con ciò della calante frammentarietà del diritto penale è la crescita del puro e semplice numero delle riforme del codice penale. Delle circa 240 riforme del codice penale dal 1871, 59 ricadono nei circa 80 anni dal 1871 al 1949; per contro, ricadono nei circa 60 anni dal 1949 ad oggi non meno di 180 riforme⁹³.

Vi sono senza dubbio fattori che relativizzano questi numeri. La cifra delle leggi di riforma non è identica con la cifra delle nuove fattispecie penali, e la cifra delle nuove fattispecie penali non coincide del tutto con l'espansione dell'ambito della punibilità; vi sono stati anche meri spostamenti dal diritto penale complementare al codice penale. Ad un secondo sguardo si rivela però che queste relativizzazioni in ogni caso affievoliscono solo in piccola parte la tendenza. La massa delle leggi di riforma contiene, infatti, nuove fattispecie penali, espansioni della punibilità ed aumenti di pena – ricordo solo che la cd. *Sesta Legge di riforma del diritto penale* ha risolto la controversia fra piccola o grande "interpretazione di rettifica" della fattispecie di appropriazione indebita in termini tali che la nuova versione si spinge ancora più in là della grande interpretazione di rettifica. La novella del 1998 ha anche dato impulso a una tecnica legislativa, che è fatale per un diritto penale frammentario, i cd. *esempi di regola (Regelbeispiele)*, una tecnica che deve purtroppo la sua nascita alla legislazione di riforma degli anni '60. Al "peccato originale del § 243"⁹⁴ ne hanno fatto seguito altri⁹⁵, e si possono accettare scommesse su quando verrà completata la sostituzione – che nel Ministero federale della giustizia è già stata effettivamente presa in considerazione – di tutte le fattispecie di qualificazione nell'ambito dei reati meno gravi (*Vergehen*) con esempi di regola.

4. Interpretazione.

Annotazioni storiche sull'interpretazione potrebbero essere formulate con riferimento a molte fattispecie penali. Mi devo però qui limitare in particolare ad alcuni singoli aspetti storici⁹⁶.

Mi soffermo su tre punti, la cui comunanza è segnata dal loro ruolo nel tempo del dominio nazista.

⁹² Sulla trasformazione nel § 240 Abs. 2 StGB del requisito del "sano sentimento del popolo" ("gesunden Volksempfinden") in quello della "riprovevolezza" ("Verwerflichkeit") e sulla giurisprudenza della Cassazione sul "sano sentimento del popolo" (BGHSt 1, 84 ss.; BGHSt 5, 256) v. Friedrich DENCKER, *NS-Justiz vor Gericht*, in Jörg REQUATE (Hrsg.), *Recht und Justiz im gesellschaftlichen Aufbruch (1960-1975)*, Baden-Baden, 2003, 93 ss.

⁹³ Le cifre sono analizzate in Th. VORMBAUM, *130 Jahre Strafgeseztgebung – Markierungspunkte und Tendenzen*, in Id./Jürgen WELP, *Das Strafgeseztbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, Supplementband 1*, Berlin, 2003, 456 ss., e qui a p. 481 s., anche in merito all'aumento delle c.d. leggi di lotta [o di contrasto: *Bekämpfungsgesetze n.d.t.*]; v. pure Roland HEFENDEHL, *Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität*, in *ZStW*, 2007, 816 ss., 817 nota.

⁹⁴ Uwe SCHEFFLER, *Strafgeseztgebungstechnik in Deutschland und Europa*, Berlin, 2006, 36.

⁹⁵ Mediante la sesta legge di riforma del diritto penale la tecnica delle regole per esempi fu integrata attraverso durch indicazioni e condotta a discipline "palesemente irragionevoli"; cfr. SCHEFFLER, *Op. cit.*; Bernd SCHÜNEMANN, in: *LK*, 11. Aufl., § 266, Rn. 177. In senso critico, da ultimo, H.J. HIRSCH (come a nota 24).

⁹⁶ Da un punto di osservazione più vasto non sono soltanto le dottrine e le decisioni spettacolari, che meritano interesse, ma anche i sottili spostamenti, che spesso si prolungano per vari decenni. Naucke, stimolato dal libriccino di Friedrich Christian Schröders sul caso del temporale, ha dimostrato sull'esempio dei delitti contro la vita, come dal XIX secolo problemi dogmatici di parte speciale siano stati spostati nella parte generale, ciò che sulla base dell'astrazione connessa a tale procedimento ha condotto a un'estensione della punibilità. Così il concetto di "letalità", ritagliato sul modello dei delitti di omicidio, è caduto in oblio per cedere al dominio della descrizione dell'evento guidata dalla parte generale in termini di "causazione della morte"; Wolfgang NAUCKE, *Rezension Schroeder, Der Blitz als Mordinstrument*, in *Journal der jur. Zeitgeschichte* 5 (2011), 24 ss.

1. Divieto di analogia

Il principio “*nullum crimen sine lege*”, che si era affermato nel corso del XIX secolo nella legislazione penale sino al codice penale imperiale, rimase sì precario in alcuni aspetti⁹⁷, ma il divieto di analogia venne in linea di principio riconosciuto. Il *Reichsgericht*, come è noto, respinse alla fine del XIX secolo la sussunzione della sottrazione di energia elettrica all'interno della fattispecie del furto⁹⁸; e lo stesso *Binding* criticò l'applicazione analogica della legge sotto la copertura dell'interpretazione estensiva prima di una modifica del codice penale.⁹⁹ Questa modifica intervenne poi, tuttavia, nel 1935, per opera del legislatore nazionalsocialista. Se si considera che numerose leggi penali nazionalsocialiste – dalla legge sui delinquenti abituali sino al regolamento sul diritto penale per la Polonia – a causa della loro indeterminatezza non avevano pressoché alcun bisogno di questo strumento, l'evento appare certo meno spettacolare di quanto viene rappresentato abitualmente¹⁰⁰.

Come la giurisprudenza si sia comportata con l'ampliata possibilità di fondare la punibilità, è un aspetto che, per quanto ne so, non è stato ancora indagato a fondo. Singole ricerche indicano comunque che la giurisprudenza applicò con una certa ritrosia il nuovo strumento. Ritrosia che potrebbe essere scaturita dal timore di rompere formalmente con un principio che contava già su una storia di decenni; non per questo, però, si debbono intrecciare ghirlande in onore della giurisprudenza. Osserviamo una delle più famose imprese di sussunzione del *Reichsgericht*. Penso alla rielaborazione – appoggiata anche da voci della letteratura, per esempio da Richard Lange¹⁰¹ – del § 11 del regolamento di esecuzione della c.d. legge per la protezione del sangue¹⁰². Secondo tale norma era “rapporto illecito” fra tedeschi ed ebrei ai sensi del § 2 della legge per la protezione del sangue “solo il rapporto sessuale”. All'interno di questo elemento di fattispecie il *Reichsgericht* sussunse anche “tutte le pratiche sessuali con un appartenente dell'altro sesso, che, secondo i modi della loro attuazione, sono dirette in luogo del rapporto vero e proprio a servire alla soddisfazione sessuale quanto meno di una delle due parti”¹⁰³, e giunse a richiedere per la consumazione del reato che non fosse necessario neppure un contatto fisico¹⁰⁴. Questo modo di intendere il reato non venne affatto giustificato con la nuova possibilità di un'applicazione analogica – al contrario: il Tribunale rigettò espressamente una sollecitazione della Procura del *Reich* in questo senso, e si richiamò, tra l'altro, alla intitolazione della legge, che indicava una doppia finalità della disposizione: tutela del sangue tedesco e tutela dell'onore tedesco. Grazie a un tale modo di concepire l'interpretazione era ovviamente possibile rinunciare all'impiego del § 2 del codice penale (in seguito § 2).

La tiepidezza del Tribunale del *Reich* (*Reichsgericht*) rispetto all'analogia esplicita appare manifesta anche in settori meno contaminati da preoccupazioni politiche. C'era una serie di casi nei quali il Tribunale del *Reich* riteneva possibile la punizione solo attraverso l'analogia, mentre più tardi La Corte di Cassazione (BGH) raggiunse questo risultato attraverso una semplice interpretazione¹⁰⁵, e c'erano addirittura alcuni casi, per quanto marginali, dove il Tribunale del *Reich* non riteneva possibile punire neppure mediante il procedimento analogico, mentre la Cassazione affermò in seguito la punibilità per effetto dell'*interpretazione*¹⁰⁶.

⁹⁷ Al riguardo v. Gerhard DANNECKER, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots und des Milderungsgebots in Deutschland*, in *Jahrbuch der jur. Zeitgeschichte* 3 (2001/2002), 125 ss.; Manfred SEEBODE, *Streitfragen des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots im Zeitenwandel. Das Rechtsgutachten für den Reichstagsbrandprozess*, *ibidem*, 203 ss.

⁹⁸ RGSt 29, 111; RGSt 32, 165.

⁹⁹ V. già la nota 44.

¹⁰⁰ NAUCKE, *Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935*, in *Id.*, *Zerbrechlichkeit* (come a nota 77), 301 ss.

¹⁰¹ Richard LANGE, in KOHLRAUSCH/LANGE, *StGB mit Nebengesetzen und Erläuterungen*. 36. Aufl., 1941, Anm. I al § 2 della legge sulla tutela del sangue (BlutschutzG).

¹⁰² Su quanto segue ampiamente – anche in prospettiva storico-giuridica e contemporanea – Regina OGOREK, „*Rassenschande*“ und *juristische Methode. Die argumentative Grammatik des Reichsgerichts bei der Anwendung des Blutschutzgesetzes von 1935*, in *KritV*, 2003, 280 ss.

¹⁰³ Sentenza del 9 dicembre 1936; Leitsatz RGSt (Gr. Senat) 70, 375. Una veduta d'insieme in Thomas Vormbaum, *Die Rassegesetzgebung im nationalsozialistischen Deutschland*, in Loredana GARLATI/Tiziana VETTOR (Hrsg.), *Das Recht und die Rechtsschändung. 70 Jahre nach dem Erlass der italienischen Rassegesetze*, Münster, Berlin 2010, 167 ss., 177; *Id.*, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2. Aufl., Heidelberg, Berlin, 2011, 198 s.

¹⁰⁴ Così per es. in RGSt 73, 94 ss., 96.

¹⁰⁵ Approfondimenti in Jens-Michael PRIESTER, *Zum Analogieverbot im Strafrecht*, in: Hans-Joachim KOCH (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Frankfurt a.M., 1976, 155 ss., spec. 175 ss.

¹⁰⁶ PRIESTER, *Op. cit.*, 178 ss.

Ciò rende palese, per esprimersi in termini prudenziali, che dopo il 1945 si è conservato un modo sprovveduto di intendere l'“interpretazione”. Forse sarebbe stato persino meglio se il Tribunale del *Reich* si fosse richiamato più spesso all'analogia allora permessa, perché in seguito, con la restaurazione del divieto di analogia dopo il 1945, sarebbero stati introdotti parametri probabilmente più rigorosi nella distinzione tra interpretazione e analogia. Tra la decisione del Tribunale del *Reich* sul “furto di energia elettrica” e la disponibilità della Cassazione, nel 1957, a considerare un camion a rimorchio come un “carro a traino” (*bespanntes Fuhrwerk*)¹⁰⁷, non c'è una distanza di sessant'anni, ma ci sono anche gli anni del regime nazionalsocialista e della vigenza della novella sull'analogia¹⁰⁸.

2. Accertamento alternativo.

Sempre con la novella del 1935 – con la motivazione ufficiale di “impedire ingiuste assoluzioni” – fu ammesso indiscriminatamente l'accertamento alternativo¹⁰⁹. Anche questo nuovo § 2b del codice penale si appoggiava a una disponibilità in parte latente e in parte esplicita nella dottrina e nella giurisprudenza. Il Tribunale del *Reich*, nonostante le critiche alla sua giurisprudenza “liberale”, “razionalistica” e “formalistica”¹¹⁰, era rimasto ancorato alla possibilità di ammettere l'accertamento alternativo solo nell'ambito del medesimo delitto, e ancora nel 1934 aveva ritenuto possibile una sua estensione *solo* nel rapporto tra furto e ricettazione. Dopo la novella del 1935 si pervenne, fra le altre, alle famose decisioni che dichiararono possibile l'accertamento alternativo tra aborto tentato e truffa¹¹¹. Dopo il 1945, la giurisprudenza non ritornò sulle posizioni del Tribunale del *Reich* antecedenti al 1935, ma recepì da Kohlrausch la nota formula della “equipollenza etico-giuridica e psicologica”; in questa maniera la disposizione del 1935 poté essere tranquillamente cancellata¹¹².

3. Il modo di considerare fattuale (*faktische Betrachtungsweise*)

La terza indicazione attiene al principio dell'accessorietà del diritto penale, che delimita il diritto penale a quegli ambiti dove l'ordinamento giuridico extrapenale abbia già espresso un giudizio di disvalore. Anche la vigenza di tale principio, nella storia giuridica più recente, era apparsa per lo più precaria e tutt'oggi è ancora controversa. Il giudice penale che si imbatte in un reato nella cui costruzione il principio di accessorietà non è stato tenuto in considerazione dal legislatore, certamente non può disapplicare questa fattispecie. Ciò che tuttavia si può esigere è che quanto meno là dove il legislatore penale stesso abbia adottato una disciplina accessoria, il giudice non si distacchi dal carattere secondario del diritto penale per ragioni politico-criminali vere o presunte. E' quanto accade appunto con il cd. *modo di considerare fattuale*.

Questa posizione fu formulata in forma programmatica nel 1938 in uno studio di

¹⁰⁷ BGHSt 10, 375.

¹⁰⁸ In questo contesto si colloca anche la questione della *continuità delle persone* dell'amministrazione della giustizia prima e dopo il 1945; su ciò ora ampiamente Hubert ROTTLEUTHNER, *Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945*, Berlin, 2010. – Nel dibattito durante il convegno la rappresentazione di cui al testo è stata criticata come unilaterale (da Kuhlén) facendo riferimento al fatto che spesso nella prassi giudiziaria quotidiana è accaduto che i giudici si sono inchinati al principio di legalità, superando le loro istanze punitive. Ciò non è messo in discussione da chi scrive, anche se non sono in grado di saggiare la portata dell'obiezione. Il punto centrale per me rimane, tuttavia, dove corre questa “linea di confine” (*Schmerzgrenze*). La mia impressione è che essa sia stata spostata in fuori – ciò non significa necessariamente che vi siano violazioni del divieto di analogia la cui differenza dall'interpretazione è certamente fluttuante –. Pare questo il luogo adatto per fare cenno al fatto che non si dovrebbe dimenticare, nell'esercizio di ogni giustificata critica a singole decisioni della giurisprudenza e alla loro fatale tendenza a colmare “lacune nella punibilità”, che la situazione della legislazione penale del tempo le avrebbe offerto ancora altre possibilità di interpretazione estensiva. Se quindi le si attesta nel complesso ancora un uso prudente dello strumentario ad essa affidato, in tal modo la critica è parimenti rivolta al diverso indirizzo, cioè quello del legislatore, perché il diritto penale di uno stato democratico di diritto *non* vive di *fiducia*, come si potrebbe accogliere secondo un approccio ingenuo, ma di *sospetto* nei confronti del potere, anche di quello dei giudici.

¹⁰⁹ Quanto segue si richiama a Helmut FRISTER, *NK StGB*, 3. Aufl., Nach § 2.

¹¹⁰ FRISTER, *Op. cit.*, Rn. 3, con richiami.

¹¹¹ RGSt 69, 369; 71, 44; v. quindi FRISTER, *Op. cit.*, Rn. 5.

¹¹² Ciò avvenne per effetto dell'art. 1 della l. n. 1 del Consiglio di controllo (eliminazione di singole previsioni del diritto penale tedesco) del 30 gennaio 1946 (Gazzetta ufficiale del Consiglio di controllo n. 3, p. 55).

Hans-Jürgen Bruns, dedicato alla “liberazione del diritto penale dal pensiero civilistico”¹¹³.

Il libro si rese strumento di una politica nazionalsocialista ben al di là dei limiti temporali della sua fioritura. Bruns richiedeva che l’interpretazione si orientasse al sano sentimento popolare e a un pensiero ancorato a “concreti ordinamenti” e criticava i “lacci concettuali positivistici, figli prediletti dello stato di diritto liberale”. Oggi il modo di considerare fattuale si può riscontrare soprattutto nella foggia del “modo di considerare economico” rispettivamente nel coinvolgimento dell’amministratore di fatto di una società a responsabilità limitata per azioni nella disciplina del § 14 co. 1 del codice penale¹¹⁴ e nell’infedeltà ai danni di una società a responsabilità limitata e di una Compagnia con società in accomandita¹¹⁵.

I tre ambiti commentati fanno comprendere in modo diverso come siano sopravvissuti dopo il 1945, nella giurisprudenza, ma anche nella letteratura, modi che esprimono una tendenza a colmare le lacune, atteggiamenti che si erano sviluppati o rafforzati durante l’egemonia nazionalsocialista.

Anche qui si dimostra la validità della tesi di Vogel che in quel tempo la legislazione penale, ma anche la scienza penalistica, in prevalenza non sono state qualcosa di diverso rispetto al tempo precedente e a quello successivo, quanto piuttosto hanno conosciuto la radicalizzazione di uno sviluppo che si è esteso lungo tutto il corso del XX secolo¹¹⁶.

4. Giurisprudenza costituzionale

Si sarebbe potuto sperare che dopo la fondazione della Repubblica federale la Corte costituzionale diventasse custode del diritto penale frammentario.

Questa speranza è andata delusa sotto ogni punto di vista:

1) La Corte, che in caso di tassazione del patrimonio osserva le mosse del legislatore sin nei dettagli di un principio di divisione della metà (*Halbteilungsgrundsatzes*)¹¹⁷, in caso di emanazione di norme penali, secondo una giurisprudenza costante permette un’ampia discrezionalità legislativa. Essa rifiuta di ricavare dalla Costituzione un concetto materiale del reato¹¹⁸ – in concreto: la tutela di beni giuridici – e in tal modo ripudia uno strumento della *fragmentarität esterna*.

2) Le cose non stanno meglio rispetto alla *fragmentarität interna*, dove la Corte tratta il principio di tassatività come la moneta più minuscola, in particolare affermando la possibilità che una norma penale che non è conforme a quel principio venga sanata attraverso una giurisprudenza di lunga durata: così in particolare nel classico esempio della molestia grossolana [*grober Unfug*] (§ 360 Nr. 11 del codice penale tedesco nel testo vigente)¹¹⁹.

3) Questo *horror nullitatis* della Corte costituzionale viene significativamente interrotto là dove si tratti della incostituzionalità di una carenza dell’intervento penale. Per es. la Corte, con l’ausilio della costruzione che sostiene che i diritti fondamentali sarebbero espressione di un ordine di valori oggettivi, afferma la possibilità di un *obbligato* costituzionale di introdurre

¹¹³ Hans-Jürgen BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denkens*, Berlin, 1938.

¹¹⁴ V. sul tema, per es., Marc BÜNING, *Die strafrechtliche Verantwortung faktischer Geschäftsführer einer GmbH*, Münster, 2004, con ulteriori richiami.

¹¹⁵ [orig. GmbH & Co. KG: cioè, Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft n.d.t.]. In merito K. LÜDERSSEN, in *Fest. Eser* (come a n. 36), 175. Per la critica al concetto economico di patrimonio seguito dalla giurisprudenza, v. H.J. HIRSCH, *Fest. Tröndle* (come a n. 24), 32 ss.

¹¹⁶ Joachim VOGEL, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, in *ZStW*, 2003, 638 ss.; nell’edizione accresciuta nel libro con il medesimo titolo, Berlin, 2004, 43 ss.

¹¹⁷ BVerfGE 93, 121, 136 ss.

¹¹⁸ Da ultimo nella decisione sulla costituzionalità della punizione dell’incesto tra fratelli (BVerfGE 120, 224).

¹¹⁹ BVerfGE 26, 41 [il *grober Unfug* era una contravvenzione punita con pena alternativa, e vigente sino alla riforma del 1975, che l’ha trasformata nell’illecito amministrativo del § 118 OWiG, di molestia del pubblico: vi rientravano condotte come: scrivere graffiti, imbrattare edifici, defecare per strada, toccare con scopi impudichi, il procurato allarme etc. n.d.t.]; ciò che la Corte qui permette che sia sufficiente ai danni del cittadino, ritiene irrilevante là dove quel medesimo principio fondante dovrebbe esplicitarsi a favore del cittadino: v. sulla (in principio vietata) riduzione dei vizi [Rügeverkümmern] del processo verbale [resa possibile dal BGH tedesco nel 2007 reinterpretando il divieto di tale revisione previsto dal § 274 StPO. n.d.t.] BVerfGE 122, 248; in merito, tra gli altri, Camilla BERTHEAU, *NJW*, 2010, 973 ss.

o mantenere norme penali: per es. nella prima sentenza sull'interruzione della gravidanza¹²⁰.

5.

Résumé

La sintesi di questa seconda parte suona così: tanto nella teoria quanto nella legislazione come anche nell'interpretazione della legge penale, il diritto penale è caratterizzato – al più tardi dal principio del XIX secolo – da una crescente espansione, e in particolare da una espansione accelerata e da una informalizzazione; nella stessa misura diminuisce il suo carattere frammentario; le isole del diritto penale nel mare della libertà, di cui parla Francesco Palazzo, si sono moltiplicate diventando arcipelaghi, e molte di esse non hanno più l'aspetto di una Samoa o delle Hawaii, ma hanno assunto quello del Madagascar, del Borneo o di Cuba.

Le cause che vengono indicate per questa espansione – che non è circoscritta al diritto penale tedesco – sono generalmente note; accenno solo alle più importanti, che ovviamente sono tra di loro intrecciate:

1) Lo sviluppo tecnologico, che in caso di errore umano o tecnico è fonte di grandi rischi, dalla motorizzazione del traffico alla tecnologia atomica.

2) Lo sviluppo dello stato moderno delle istituzioni, dell'intervento e della protezione¹²¹, che si avvale della legge penale come di uno dei suoi strumenti di governo.

3) Il dissolversi di stabili strutture sociali e condizioni sociali, dalla famiglia sino agli ambiti – in particolare sociali e religiosi –, subculturali e l'indebolirsi conseguente dei meccanismi di controllo sociale primario. Nuovi imprenditori morali, compresi i partiti politici, si sono avvicendati per colmare le lacune. Ciascuno desidera avere una parte nell'impiego della risorsa non più esigua del diritto penale: i conservatori per il diritto penale a tutela dello Stato, i socialdemocratici e i socialisti nel diritto penale economico, i verdi nel diritto penale dell'ambiente, le femministe nel diritto penale sessuale, i liberali nell'abuso delle prestazioni sociali.

4) Questi fattori vengono quindi accentuati da una drammatizzazione della criminalità, che contraddice tutte le conoscenze delle statistiche criminali, viene rafforzata dalla stampa e alla fine produce di regola ciò che la politica avverte come bisognevole di intervento¹²².

C.

Parte terza: prospettive

Per concludere un pensiero frammentario sulle possibili conseguenze per la legislazione e l'applicazione della legge.

1.

Legislazione

Quando si parla di legislazione, non va dimenticato che proprio nel processo legislativo democratico molti vettori danno infine una risultante alla cui formazione svolgono legittimamente un ruolo importante il compromesso politico e infine la decisione della maggioranza. Questo è un lato del problema. L'altro lato è costituito dalla peculiare intensità dell'intervento penale nei diritti dei cittadini, ciò che richiama la riflessione in favore di una delimitazione

¹²⁰ Nella discussione durante il convegno mi sono richiamato, a completamento del discorso, alla decisione della Corte sulla legge di sicurezza aerea (BVerfGE 115, 118), che in effetti, per quanto la si possa salutare con favore, ha dichiarato costituzionalmente illegittima una causa di giustificazione. Il collega Zopfs mi ha fatto rilevare nel dibattito che qui sussiste quanto meno la peculiarità che la scriminante cancellata giustificasse il comportamento *statale* (di fatto omicida) contro singole persone. Ciò svela in effetti un aspetto della problematica che avrebbe meritato di essere richiamato nella relazione, cioè che la minaccia penale qui si dirige contro lo stesso soggetto al quale si rivolge la pretesa della frammentarietà del diritto penale. Ma occorrerà pure fare una differenza: rifiutare allo Stato il diritto di "sparare" su un gruppo di persone nell'esercizio dei poteri autoritativi, ha una qualità differente, per es., dalla dubbia riduzione della frammentarietà che negli ultimi anni – per influsso anche europeo – si è realizzata nell'ambito dei reati di corruzione e che va a colpire, nella massa dei casi, anche gli errori dei soggetti pubblici di piccola o media rilevanza che assumono decisioni sbagliate.

¹²¹ V. al riguardo i riferimenti in VORMBAUM, in ZStW, 1995, 740 ss., come pure Christian MÜLLER, *Verbrechensbekämpfung* (come nota 78); ulteriormente, Felix HERZOG, *Nullum Crimen Sine Periculo Sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln*, in LÜDERSSEN/NESTLER-TREMEL/WEIGEND (come nota 13), 105 ss.

¹²² HERZOG (come nota 122), 114.

dell'arbitrio politico in questo ambito. Non sarà possibile sottrarre del tutto al libero volere di una maggioranza parlamentare l'ambito della penalità, così come per l'arte o la religione, già solo per il motivo che i criteri delle strutture di base di questo ambito sono controversi nella stessa scienza penalistica¹²³.

Si potrebbe pensare a una costruzione formale. Si può ricordare al riguardo la proposta che Amelung ha formulato in adesione al penalista russo Jalinski¹²⁴, cioè che si esiga per l'introduzione di norme penali il requisito di una maggioranza parlamentare corrispondente a quella che modifica la costituzione. In Italia, per es., Giuseppe Losappio si è espresso in tal senso¹²⁵. E' in effetti discutibile che i rappresentanti già del 50,1% degli elettori possano dichiarare con forza di legge come riprovevole sul piano etico-sociale un comportamento che il 49,9% non ritiene tale: e ciò con effetti per la libertà e l'onore dei cittadini coinvolti.

Ognuno comprende che una tale disciplina solleverebbe numerose questioni connesse di natura teorica e pratica. Sul piano procedurale si dovrebbe modificare espressamente l'art. 79, co. 3, della Costituzione tedesca; il codice penale dovrebbe essere formalmente redatto sul modello della Costituzione. Una questione connessa sarebbe se anche gli atti contrari alla penalizzazione, e dunque le depenalizzazioni o le mitigazioni delle norme penali debbano essere introdotte con la maggioranza richiesta per la revisione della Costituzione.

Sarebbe quindi da evitare che ogni ambito che non cada sotto questa disciplina diventi un settore di diritto minore, soprattutto con riferimento alle garanzie processuali. Tutto ciò è un vasto territorio; il mio obiettivo era solo quello di estrapolare almeno una volta questa proposta dal perimetro, per così dire, delle note a piè di pagina, e valorizzarlo nel testo.

2.

Scienza dei limiti del punire

Quale ultimo punto desidero riprendere – un po' meglio precisata – una proposta¹²⁶, che io, in adesione a Wolfgang Naucke¹²⁷, preferisco chiamare scienza dei limiti del punire (*Strafbegrenzungs-wissenschaft*).

Questa proposta trae origine dalla distinzione tra pena e *diritto* penale, e assegna al diritto penale il compito di delimitare l'anelito della società e della politica a mettere in gioco le pene (e le misure di sicurezza) quali strumenti di governo ovvi e apparentemente a buon mercato.

Mentre Naucke sostiene questo compito basandolo su argomenti di diritto naturale, o rispettivamente lo radica sul concetto kantiano di libertà e di lì fa appello al diritto penale nucleare dal suo punto di vista irrinunciabile, io intendo piuttosto questo approccio come una indicazione operativa nel senso di un modello di verifica. Per la sua concretizzazione o strutturazione suggerisco la triade di Rabdruch: giustizia, certezza giuridica, utilità (conformità allo scopo). Le incriminazioni e la loro interpretazione non devono produrre né risultati ingiusti, né dannosi, né tali da non soddisfare le esigenze della certezza giuridica.

Il controllo deve svolgersi nel senso di un "favoreggiamento di massima": se uno dei tre compiti non può essere soddisfatto, la criminalizzazione legislativa o interpretativa deve segnare il passo.

¹²³ Il rapporto tra la democrazia e un'autocomprensione aristocratica della scienza penale è problematizzata da Massimo DONINI, *Demokratische und wissenschaftliche Methode einer Verbindung von Strafrecht und Politik*, in *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte* 3 (2001/2002), 408 ss., poi anche in Ulfried NEUMANN/Cornelius PRITTWITZ (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a.M., 2005, S. 13 ss.

¹²⁴ Knut AMELUNG, *Rechtsgut* (come nota 33), 164.

¹²⁵ Giuseppe LOSAPPPIO, *Feindstrafrecht, Freundstrafrecht, Feinde des Strafrechts*, in VORMBAUM/ASHOLT (come nota 28), 127 ss., 139; anche Kindhäuser nel contesto di una discussione sul podio della *Strafrechtslehrertagung* ad Amburgo, nel 2009, si è pronunciato a favore di questa proposta; pure Zaczyk si è richiamato a essa nella sua relazione (v. Rainer ZACZYK, *Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts – zugleich zum Begriff „fragmentarisches Strafrecht“*, in *ZStW*, 2011, 691 ss.). – Karl LACKNER, *Die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs*, in *NJW*, 1976, 1233 ss., 1234 s. ha fatto rilevare che in ogni caso corrispondeva alla prassi ricevuta licenziare le leggi penali con un'ampia maggioranza; si dovrebbe verificare se ciò valga ancora anche dopo il 1976. In caso affermativo si dovrebbe pronosticare solo una modesta efficacia pratica della proposta – ancor più in un'epoca nella quale nessun partito vuole alla fine essere da meno degli altri nella lotta alla criminalità. Potrebbe accadere, tuttavia, che la consapevolezza della decisività della propria adesione spieghi una diversa presa di posizione nei partiti di minoranza.

¹²⁶ Così già Th. VORMBAUM, in *ZStW*, 1995, 746 ss.

¹²⁷ Così per es. Wolfgang NAUCKE, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, in *KritV.*, 1993, 137; Id., *Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht*, in *GA*, 1998 263 ss., 271; Id., *Autobiographie*, in Eric HILGENDORF (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Berlin, 2010, 417 ss., 442 s.

Dei tre elementi indicati, la giustizia e l'utilità – in termini operativi – contengono ognuna per sé sia un potenziale espansivo e sia restrittivo, mentre la certezza giuridica si esprime di regola solo in chiave restrittiva. Nell'attuale momento storico l'idea dello scopo, cioè la politicizzazione del diritto penale, mi appare l'elemento dal quale deriva il pericolo maggiore per un diritto penale restrittivo e quindi frammentario; ma ci sono stati periodi, come per esempio al principio del XVIII secolo, e per brevi momenti anche negli anni Sessanta e Settanta del XX secolo, nei quali l'argomentazione mediante la conformità allo scopo ha avuto prevalenti effetti nella direzione di un diritto penale frammentario.

Concepire in modo operativo l'approccio a una scienza dei limiti del punire significa comprenderlo dialetticamente, o meglio: dialogicamente, vale a dire come un dialogo con i desideri punitivi nel corso del quale l'onere della prova grava sulla parte avversa, secondo il principio *in dubio pro libertate*¹²⁸. Il punto di fuga di questo approccio – ma appunto solo il punto di fuga – è la depenalizzazione e con ciò esso costituisce la linea di confine del diritto penale frammentario.

Sui dettagli dell'attuazione di questo programma, per ragioni di tempo devo rinviare a quanto già sviluppato nell'intervento a un precedente convegno dei professori di diritto penale¹²⁹.

Per quanto attiene all'interpretazione, accenno solo a titolo di esempio ad alcune parole-chiave o riflessioni:

1) Sul tema del “concetto sostanziale del reato”, attualmente non è possibile acquisire nulla di meglio nel senso di un diritto penale frammentario, di quanto offerto dalla teoria del bene giuridico¹³⁰. La speranza nel diritto costituzionale può avere buone ragioni; tuttavia, di fronte all'atteggiamento della Corte costituzionale, è oggi purtroppo possibile solo l'alternativa tra la rassegnazione e un controfattuale “bisogna dunque alzare le spade contro l'ora del mondo”. E' in ogni caso importante che il coinvolgimento dell'argomento del bene giuridico – per riprendere le parole di Lüderssen¹³¹ – avvenga in modo asimmetrico, cioè non col fine di un'interpretazione estensiva.

2) Lo stesso vale in relazione all'accessorietà o rispettivamente al carattere secondario del diritto penale rispetto all'ordinamento giuridico primario.

3) Nella ricostruzione del bene giuridico immanente al sistema, l'interpretazione dovrebbe mirare all'individuazione di una direzione di tutela, e quindi non consentire nessuna moltiplicazione di quelle direzioni, come ad esempio accade nel caso del § 164¹³²;

4) In caso di più possibilità interpretative si dovrebbe verificare innanzitutto l'applicazione del principio *in dubio mitius*.

5) E' necessario evitare l'argomentazione basata sul concetto di lacune nella punibilità; esistono appunto solo lacune nella *non* punibilità¹³³.

6) Nell'analisi sistematica delle incriminazioni è consigliabile un atteggiamento di moderazione, perché tale analisi conduce facilmente alla tentazione degli “arrotondamenti” di

¹²⁸ Anche Naucke ha preso in considerazione questa dialettica in un contributo del 1988 (Wolfgang NAUCKE, *Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria*, in ID., *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Baden-Baden, 2000, 13 ss., 27), ma in seguito, a quanto ho potuto vedere, non è più tornato sul punto.

¹²⁹ Th. VORMBAUM, in *ZStW*, 1995, 734 ss., 744 ss.

¹³⁰ Durante la discussione al Convegno è stato consigliato (da Köhler), di non identificare la concezione materiale del reato con il tema del bene giuridico, ma di inserire al suo interno ulteriori delimitazioni (così, *supra*, sub A III 2 b). Nella misura in cui in tal modo si intenda organizzare una nuova disposizione dell'arsenale dei concetti, non vedo nessun problema. Una questione diversa è se il concetto di bene giuridico sia in grado di soddisfare le pretese positive di un concetto sostanziale del reato, nel significato, ad es., in cui questo possa render possibile la lesione del diritto dal punto di vista della dottrina giuridica kantiana; questa è una discussione ancora da sviluppare.

¹³¹ Klaus LÜDERSSEN, in *Fest. Eser* (come a nota 36), 170.

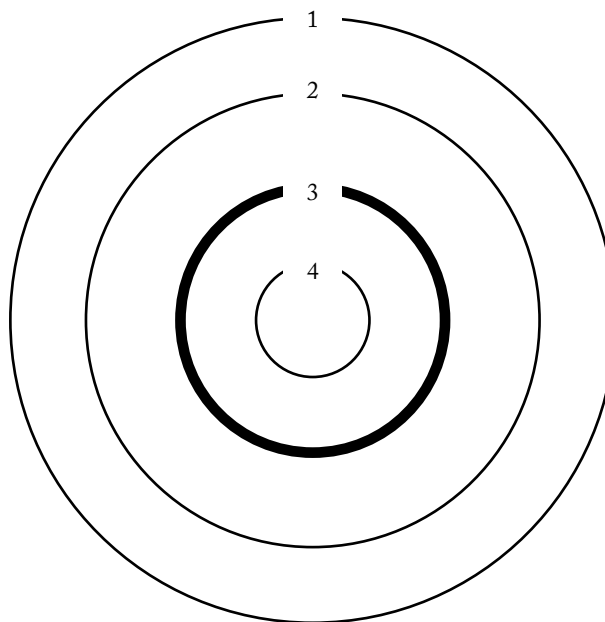
¹³² V. al riguardo già VORMBAUM, in *ZStW*, 1995, 754; in particolare sul § 164 Winrich LANGER, *Die falsche Verdächtigung*, Berlin, 1973, 44 ss. (per una tutela esclusiva dell'amministrazione della Giustizia); H.J. HIRSCH, *Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung*, in *Ged. Schröder* (1978), 307 ss., e VORMBAUM, *Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils*, Berlin, 1987, 455 ss. (per una esclusiva tutela dell'individuo).

¹³³ L'obiezione sollevata durante il dibattito (da Kühlen) che un diritto penale frammentario presupponga proprio (solo mere) lacune di tutela, mi ha in un primo momento stupito, devo ammettere. In effetti l'obiezione (forse intesa in modo scherzoso) si fonda sull'inversione del rapporto regola-eccezione per come inteso qui nel testo: se la punibilità rappresenta l'eccezione, e l'assenza di pena la regola, allora non ci possono essere lacune nella punibilità, ma solo lacune nella non punibilità: sul punto, v. già il mio commento “Strafbarkeitslücken” in *JZ*, 1999, 613. A prescindere da tale problema “strutturale”, la critica svolta nel testo si rivolge non già contro le “lacune nella punibilità” in quanto tali (una volta che uno le abbia ravvisate), ma contro la tendenza a colmare queste lacune.

Binding¹³⁴.

7) Lo stesso dicasi per l'argomentazione della sistematica legislativa – non nell'ambito della parte generale, dove essa introduce un elemento di garanzia per la libertà in quanto sia una sistematica *del diritto*¹³⁵ –, ma nell'ambito della parte speciale, soprattutto là dove si opera con un "sistema della tutela di beni giuridici"; infatti, tale prospettiva ha la tendenza a colmare presunte lacune¹³⁶.

In conclusione desidero relativizzare un po' il *résumé* della prima parte. Avevo detto che, in ogni caso sul piano sostanziale, non esisterebbe nessuna dogmatica propria di un diritto penale frammentario. Con l'approccio proposto, come io lo intendo, esiste pur sempre una dogmatica propria del diritto penale frammentario, anche se non sul terreno sostanziale, ma operativo.



- 1 Diritto penale frammentario, e rispettivamente giurisprudenza frammentaria, **in senso complessivo** (compreso l'*Entimema* come la frammentazione *esterna* e *interna*).
- 2 Diritto penale frammentario **in senso ampio** (compresi i meccanismi di selezione fattuale e processuale, come anche la non penalizzazione).
- 3 Diritto penale frammentario **in senso stretto**: frammentarietà esterna e interna nel senso della non criminalizzazione.
- 4 Diritto penale frammentario **in senso strettissimo** = solo la frammentarietà interna (dove è collocato il problema del principio *nullum crimen sine lege*).

¹³⁴ Già per questo, perché la giurisprudenza in tal modo corre il rischio di violare il vincolo della soggezione alla legge e al diritto che le è imposto dall'art. 20 Abs. 3 della Costituzione tedesca e con ciò di soggiacere a "un intendimento dei propri compiti troppo allargato": H.J. HIRSCH, in *Fest. Tröndle* (come a nota 24), 19 ss., 38; Krey ha parlato, alla *Strafrechtslehrertagung* del 1989 a Treviri, citando Gunter Arzt, di un "pensiero sistematico scientifico", "che non vuole adattarsi alla legge": Volker KREY, *Gesetzestreue und Strafrecht*, in *ZStW*, 101 (1989), 838 ss., 872; con accenno a un passo introvabile di G. Arzt). Occorre per esempio pensare agli sforzi sistematici per costruire, dall'alternativa tra violenza e minaccia nel § 240 una "sistematica" in modo tale che la "violenza" viene intesa come l' "aggiunta di un male sensibile" (così la metà che ha sostenuto la Corte costituzionale nella decisione "patta" BVfGE 73, 206, 242 s.); v. in merito la critica di H.J. HIRSCH, in *Fest. Tröndle* (come nota 24), 21. Qui – nella parte speciale – la regola deve suonare: "la legge precede il sistema".

¹³⁵ Sul punto Rainer ZACZYK, *Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts*, cit., 691 ss.

¹³⁶ Qui potrebbe agganciarsi anche una critica dell'osservazione di Binding sopra citata. Si può censurare come un metodo di lavoro poco razionale che il legislatore "si lasci scorrere davanti ai piedi i casi della vita quotidiana che egli poi raccoglie con noncuranza"; là tuttavia, dove la critica di Binding si rivolge contro il modo di procedere "asistematico" del legislatore, essa stessa diviene problematica. Il legislatore del codice penale merita di essere in ogni modo decisamente lodato dove egli – diversamente per esempio dall'autore del progetto preliminare del 1909 – non ha assegnato alla parte speciale nessuna costruzione sistematica, ma ha piuttosto realizzato una successione di gruppi di fattispecie che, se anche non arbitraria, è nondimeno elastica.

SUL CASO ETERNIT

74

Il diritto non giusto non è diritto, ma il suo contrario.
Appunti brevissimi sulla sentenza di Cassazione sul caso Eternit
Luca Santa Maria

77

Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto:
riflettendo sull'epilogo del caso Eternit
Gian Luigi Gatta

IL DIRITTO NON GIUSTO NON È DIRITTO, MA IL SUO CONTRARIO. APPUNTI BREVISSIMI SULLA SENTENZA DI CASSAZIONE SUL CASO ETERNIT

Luca Santa Maria

Il procuratore generale presso la Cassazione, dott. Francesco Iacoviello, nel chiedere ai giudici del Supremo Collegio, chiamati a decidere in ultima istanza sul caso Eternit, di prosciogliere l'imputato per intervenuta prescrizione del reato di disastro innominato contestato dall'Accusa, ha concluso la sua articolata e appassionata requisitoria sostenendo che "ci sono dei momenti in cui diritto e giustizia vanno da parti opposte, è naturale che le parti offese scelgano la strada della giustizia, ma quando il giudice è posto di fronte alla scelta drammatica tra diritto e giustizia non ha alternativa. È un giudice sottoposto alla legge; tra diritto e giustizia deve scegliere il diritto".

Chiaro il messaggio del procuratore Iacoviello: il senso di giustizia reclamava la condanna dell'imputato per un grave fatto di reato effettivamente commesso e che aveva provocato e continuava ancora a provocare la morte di centinaia di persone, ma la necessaria applicazione delle fredde norme sulla prescrizione impediva l'affermazione della giustizia all'interno del processo.

Effettivamente la Cassazione ha condiviso la posizione del procuratore generale e ha pronunciato sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del disastro doloso, reato che si sarebbe addirittura prescritto anni prima dell'avvio del procedimento penale nei confronti dei due ex titolari della multinazionale svizzero-belga, vanificando così gli sforzi non solo della procura della repubblica presso il tribunale di Torino, ma anche quelli delle migliaia di parti civili costituite per ottenere il risarcimento dei danni sofferti.

Per dirla col procuratore Iacoviello, ingiustizia è stata fatta. Ma davvero il diritto non lasciava spazio per una decisione diversa e "più giusta", che non suonasse come una resa di fronte all'inesorabile decorso del tempo?

Io penso di no.

Sgomberiamo subito il campo dall'idea che la posizione assunta dalla Corte circa la prescrizione del reato fosse l'esito scontato e necessitato dell'applicazione meccanicistica delle norme che regolano la prescrizione, ovvero di orientamenti dottrinali o giurisprudenziali consolidati.

È vero piuttosto il contrario.

Sul tema del momento consumativo del delitto di disastro innominato e, in particolare, proprio del disastro ambientale, infatti, in questi anni, in giurisprudenza e dottrina, sono state proposte diverse soluzioni interpretative, anche in contrasto le une con le altre. La decisione della Cassazione nel caso Eternit si inserisce in questo variegato panorama, proponendo, a sua volta, una soluzione interpretativa innovativa, alla quale i giudici del Supremo Collegio pervengono sulla scorta di premesse giuridiche originali e dunque, in quanto tali, tutt'altro che scontate.

Andiamo con ordine.

La Corte, seguendo l'insegnamento dominante in giurisprudenza ma in contrasto con la dottrina prevalente, sulla natura della fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 434 c.p.

accoglie la tesi secondo cui il legislatore avrebbe qui introdotto una fattispecie circostanziata e non una figura autonoma di reato, esauendosi pertanto il fatto tipico della fattispecie nella realizzazione della condotta diretta a cagionare il disastro. Sulla base di tale presupposto ci si sarebbe attesi, allora, che la Corte, in linea con le indicazioni della manualistica – secondo cui il reato si consuma col realizzarsi di tutti e solo gli elementi costitutivi del fatto tipico –, individuasse il momento consumativo del reato nel momento di realizzazione della condotta e che non attribuisse, invece, alcun rilievo, a tal fine, alla verifica dell'evento aggravatore di disastro.

Viceversa la Corte afferma che “nell'ipotesi di cui all'art. 434, secondo comma, cod. pen. la realizzazione dell'evento disastro funge da elemento aggravatore ma la data di consumazione del reato comunque coincide con il momento in cui l'evento si è realizzato”. Pare comprendersi, dall'articolato percorso argomentativo sviluppato sul punto nella sentenza, che il Collegio sia pervenuto a tale conclusione muovendo dalla distinzione – di origine puramente dottrinale – tra “perfezione” e “consumazione” del reato, dove la consumazione coinciderebbe con il momento in cui “si chiude l'*iter criminis* e il reato perfetto raggiunge la massima gravità concreta riferibile alla fattispecie astratta”. Massima gravità che – secondo la personale rilettura che di tale teoria fornisce la Corte –, nei reati aggravati dall'evento, si avrebbe al verificarsi dell'evento, anzi, più precisamente, nel momento in cui l'evento raggiunge l'apice della sua gravità.

Già questo primo passaggio argomentativo è tutt'altro che scontato e tanto meno necessitato, poggiando a ben vedere su una teoria dottrinale peraltro assai poco battuta dalla giurisprudenza.

Allo stesso modo, tutt'altro che scontato e necessitato è il modo in cui la Corte di Cassazione applica la sua stessa teoria per individuare il momento consumativo del disastro nel caso di specie. La Corte, infatti, considera pacifico che nel caso di specie l'evento di disastro abbia raggiunto il suo apice di gravità in occasione dell'ultima condotta di immissione di amianto nelle aree attorno ai quattro stabilimenti Eternit, e dunque non oltre il 1986, anno di chiusura degli impianti per dichiarato fallimento della società.

A tutto voler concedere, però, quella che la Corte indica come conclusione logica del proprio ragionamento è una mera congettura, che avrebbe richiesto di essere verificata in un eventuale giudizio di rinvio.

Ma il vero punto debole del ragionamento della Corte sta nell'aver considerato come evento di disastro l'abbancamento di materiali contenenti amianto nelle aree esterne degli stabilimenti e non, invece, la dispersione di fibre di amianto nell'aria per interi decenni. Ciò, peraltro, sebbene la stessa Corte, in un precedente passo della sentenza, avesse correttamente riconosciuto l'evento di disastro proprio nella *immutatio loci* consistita nella contaminazione dell'aria per effetto della dispersione di fibre di amianto provenienti dai materiali abbancati quando gli impianti erano in produzione. Ebbene, è del tutto evidente che, se la Corte avesse tenuto fede a tale sua prima interpretazione dell'evento di disastro, non avrebbe certamente potuto dare per scontato che l'evento avesse raggiunto la sua massima gravità quando è cessata l'attività di abbancamento.

Insomma, la Corte di Cassazione per poter presentare come necessitata la decisione di prosciogliere per intervenuta prescrizione è stata costretta a modificare in corsa l'interpretazione di evento di disastro che lei stessa si era data, finendo per sposare, all'interno della stessa sentenza, due diverse concezioni di evento di disastro: una concezione valida per definire il momento consumativo, tutta focalizzata sul fatto di abbancare amianto nei terreni; un'altra concezione, elaborata per dimostrare la sussumibilità dei fatti di disastro ambientale all'interno della fattispecie di cui all'art. 434 c.p., che sposta, invece, il fuoco sull'*immutatio loci* data dalla compromissione della matrice ambientale aria per effetto della dispersione delle fibre di amianto provenienti dai materiali abbancati. Un espediente argomentativo ovviamente inaccettabile, che mina alla base l'intera struttura logica della sentenza, rendendo inevitabilmente altrettanto inaccettabili, proprio sul piano logico prima ancora che giuridico, le conclusioni della Corte in punto di prescrizione del reato di disastro.

Tanto basterebbe a dimostrare che la soluzione che è stata presentata come necessitata tutto era fuorché necessitata.

C'era, al contrario, la possibilità per la Corte di pervenire a conclusioni diametralmente opposte sulla scorta di un percorso logico-argomentativo sicuramente più rigoroso.

Innanzitutto, proprio muovendo dalla concezione dell'evento di disastro ambientale accolta dai giudici nella prima parte della sentenza (quale fatto di grave compromissione della qualità dell'aria in conseguenza del rilascio di fibre di amianto provenienti dai materiali abbancati nel tempo) e prendendo per buona la tesi secondo cui il momento consumativo del disastro coinciderebbe col momento di massima gravità dell'evento, si sarebbe dovuto fissare il *dies a quo* per il calcolo della prescrizione molti anni *dopo* la chiusura degli stabilimenti, dal momento che lo stato di abbandono degli impianti e il progressivo deterioramento dei materiali abbancati nel tempo avevano senz'altro determinato un progressivo aumento della quantità di fibre di amianto disperse nell'aria.

Ma non è tutto.

La stessa tesi, proposta dalla Corte recuperando un orientamento dottrinale risalente, secondo cui il momento consumativo dei reati di evento sarebbe segnato dal massimo aggravamento dell'evento stesso, è priva di riscontri normativi e, a ben vedere, del tutto immotivata.

Si potrebbe, allora, sostenere che, nelle fattispecie di evento, il reato non può dirsi *consumato* fintantoché l'evento è *in divenire* e, dunque, nel caso degli stabilimenti Eternit, fintantoché il materiale abbancato ha continuato a compromettere la qualità dell'aria respirata dalle persone disperdendo grandi quantità di fibre di amianto.

Si badi che ciò non significa affatto agganciare il momento consumativo del delitto di disastro ambientale alla cessazione degli *effetti* dell'inquinamento. Nel caso del disastro ambientale, infatti, ha senso parlare di effetti dell'evento solo in relazione alle conseguenze sanitarie, ossia alle morti e alle lesioni provocate nella popolazione esposta, che sono effettivamente elementi estranei al fatto tipico del reato. Mentre la perdurante e massiccia dispersione di fibre di amianto nell'aria costituisce, all'evidenza, quell'*immutatio loci* nella quale è la stessa Corte di Cassazione a identificare l'evento del delitto.

Naturalmente sono perfettamente consapevole che nemmeno questa soluzione interpretativa possa essere presentata come necessitata in quanto imposta dal diritto vigente. Anzi, qualcuno potrebbe, per esempio, ricordare che la giurisprudenza in materia di lesioni personali (tipico reato di evento) è costante nell'affermare che il reato si consuma nel momento di *insorgenza* della malattia e non nel momento della guarigione (ma, a dire il vero, neanche nel momento di massima gravità della malattia...), e che, quindi, anche nel caso del disastro ambientale, la prescrizione andrebbe calcolata a partire dal giorno di *prima verifica* dell'evento di disastro.

Sarebbe senz'altro interessante vagliare la tenuta logico-giuridica anche di questa soluzione interpretativa. Ma quello che ci interessa davvero far emergere in questa sede è che rispetto a fatti di disastro ambientale come quelli del "caso Eternit", caratterizzati da fenomeni di inquinamento che continuano a produrre nuova contaminazione delle matrici ambientali anche a distanza di anni dalle condotte che hanno innescato la fonte di pericolo, il diritto non indica all'interprete soluzioni univoche (peraltro non solo in materia di prescrizione), né tanto meno lo fanno le categorie dogmatiche classiche.

Ecco allora che, in un simile contesto, dove possono essere validamente sostenute tesi anche diametralmente opposte rispetto a quella fatta propria dalla Cassazione, il proscioglimento per prescrizione del reato non può in alcun modo essere spacciato come il risultato di un insanabile e drammatico dilemma fra diritto e giustizia.

IL DIRITTO E LA GIUSTIZIA PENALE DAVANTI AL DRAMMA DELL'AMIANTO: RIFLETTENDO SULL'EPILOGO DEL CASO ETERNIT

Gian Luigi Gatta

1.

Con un'attesa decisione della Corte di cassazione, giunta giovedì scorso (18 novembre 2014), è calato il sipario sul processo Eternit, travolto sulla linea del traguardo dalla **declaratoria di prescrizione del reato di disastro doloso (art. 434 c.p.)**, oggetto di contestazione. Per quel reato, come è noto, nel giugno del 2013 la Corte d'Appello di Torino aveva condannato a diciotto anni di reclusione Stephan Schmidheiny, amministratore (tra il 1974 e il 1986) di Eternit S.p.A., che già il Tribunale di Torino aveva ritenuto responsabile di un disastro ambientale dal quale sono conseguite **malattie professionali e morti per asbestosi o tumore polmonare di migliaia di persone**, a lungo esposte a polveri di **amianto** negli ambienti di lavoro e in quelli circostanti: a Casale Monferrato (AL), a Cavagnolo (TO), a Rubiera (RE), e a Napoli (Bagnoli).

La decisione della Cassazione ha suscitato **molto clamore**, e ha occupato le prime pagine dei media. Non poteva che essere così: in un colpo quella decisione ha fatto esplodere come una bolla di sapone – anche agli effetti civili – **il più importante processo penale celebrato nel nostro Paese per morti e malattie amianto-correlate**; un processo gravato dal peso del dolore di migliaia di persone, che dopo due condanne nei giudizi di merito hanno inaspettatamente visto sfumare al fotofinish l'esito atteso. Ed è un dolore ancor più acuto perché i tempi di latenza del terribile e incurabile male (il mesotelioma pleurico) fanno sì che ancora oggi a morte si assommi morte, impedendo al trascorrere del tempo di rimarginare ferite che resteranno indelebili, per chi le ha subite.

L'**opinione pubblica** si è per lo più indignata per la decisione della Cassazione, certamente impopolare. E la **politica**, sempre più incline alla raccolta del facile consenso, si è per lo più associata all'indignazione e allo sconcerto per tante morti rimaste senza condanna, preannunciando subito **una riforma dell'istituto della prescrizione del reato**. Tutto questo – *ça va sans dire* – senza l'ombra di alcuna autocritica per non aver riformato *prima* un quadro normativo che, a torto o a ragione, ha consentito ai giudici della Cassazione di dichiarare la prescrizione del reato.

Al **giurista** compete naturalmente valutare la decisione e la vicenda che ne è seguita sulla base dei principi e delle norme che reggono il sistema. E' evidente che una simile valutazione non può prescindere dalle *motivazioni* della sentenza, che allo stato non si conoscono. Alcune riflessioni a margine della vicenda sono però possibili sin d'ora, a caldo.

2.

Anticiperò subito **alcune riflessioni suscitate dall'epilogo della vicenda Eternit, al netto della sua rappresentazione mediatica**. Dedicherò poi alcune considerazioni al problema tecnico-giuridico – centrale ai fini dell'individuazione del *dies a quo* del termine di prescrizione del reato – relativo all'individuazione del *momento consumativo* del disastro in ipotesi di dispersione di polveri di amianto.

2.1.

Credibilità della giustizia penale. La vicenda Eternit segna indubbiamente *una frattura tra la giustizia pubblica, amministrata in nome del popolo, e la sete di giustizia delle vittime dell'amianto e dei loro familiari, rimasta inappagata*. Una sentenza della Suprema Corte che in nome del popolo italiano dichiara prescritto il reato contestato a chi, nei due precedenti gradi del giudizio, è stato invece ritenuto responsabile di fatti gravissimi, che hanno comportato la morte di migliaia di persone e altrettante malattie incurabili, ha inevitabilmente nella percezione sociale **il sapore dell'ingiustizia**. Può ben darsi – ed è questa la mia personale impressione – che vi siano forti ragioni per argomentare la correttezza, in punto di diritto, della decisione della Suprema Corte. Ed è fuor di dubbio, in un diritto penale retto dai principi di legalità dei reati e delle pene, che la sete di giustizia dei cittadini non deve essere soddisfatta sempre e comunque, facendola prevalere sulla forma.

Se ciò è vero, è anche vero che **non è affatto facile assicurare credibilità al sistema evitando il disorientamento dell'opinione pubblica** di fronte a una sentenza pronunciata da giudici di legittimità – fisiologicamente lontani dalle vittime e dai fatti –, che pone nel nulla due condanne consecutive pur sempre pronunciate in nome del popolo italiano nei giudizi *di merito*, da parte di giudici invece immersi nei fatti *evicini allo sguardo delle vittime e dei loro familiari*. **Quando nell'ultimo grado del giudizio si afferma la prescrizione del reato, decorsa già all'epoca dell'avvio del procedimento penale, si certifica in sostanza l'inutilità del procedimento stesso**. Delle due l'una: o la declaratoria di prescrizione del reato da parte dei giudici della Cassazione non è giuridicamente corretta, oppure è stata infelice la scelta, da parte della Procura di Torino, di contestare ai responsabili di Eternit un reato già prescritto. In ogni caso, **agli occhi dell'opinione pubblica e delle vittime l'apparato giudiziario ha prodotto una in-giustizia**.

2.2.

Fedeltà alle legge e decisioni impopolari. La decisione della Cassazione, come si diceva, ha avuto larghissima eco su tutti i principali mezzi di informazione. Le cronache e i commenti, pur diversi tra loro, hanno per lo più veicolato il messaggio dell'**indignazione per l'impunità di migliaia di morti da amianto**. Voci fortemente critiche si sono levate da più parti (opinionisti, politici, sindacalisti, e così via). Non sono mancate prese di posizione da parte di esponenti delle istituzioni e di autorevoli magistrati.

Non è certo la prima volta che una decisione giudiziaria suscita reazioni, anche forti, in ampi settori dell'opinione pubblica: basti pensare, tra le molte, alla recente sentenza di assoluzione pronunciata dalla Corte d'Appello di Roma nel processo per la morte di Stefano Cucchi, o alla sentenza di assoluzione di Silvio Berlusconi pronunciata dalla Corte d'Appello di Milano nel processo Ruby. In un paese come il nostro, sempre più dominato dai mezzi di comunicazione di massa e da un'informazione non di rado di qualità scadente, è tuttavia **preoccupante la tendenza a trasferire sotto le luci dei riflettori la complessità del diritto e del processo penale**. Si tratta infatti di materie che mal si prestano alla semplificazione mediatica e sulle quali tuttavia, come ha ben detto Winfried Hassemer¹, tutti ritengono di poter dire la loro (un po' come nel calcio), nonostante pochi ne abbiano in realtà una conoscenza anche solo elementare (se non altro perché il diritto e la procedura penale sono estranei ai programmi di insegnamento delle scuole primarie e secondarie).

Quando la critica delle sentenze si trasforma in pressione mediatica sui magistrati, il rischio è di metterne a repentaglio l'autonomia e la soggezione "soltanto" alla legge, che è poi un fondamentale principio costituzionale (art. 101, co. 2 Cost.). Può ben darsi che la sentenza della Cassazione sul caso Eternit non sia corretta (il diritto non è una scienza esatta, e l'infallibilità non appartiene al genere umano); come può ben darsi che non lo siano quelle della Corte d'Appello di Roma sul caso Cucchi, e quella della Corte d'Appello di Milano sul caso Ruby. E' però certo che i giudici che hanno pronunciato quelle sentenze hanno avuto **il coraggio di scelte impopolari**, che rappresentano **un dovere** nella misura in cui i giudici stessi si convincono, a ragione o a torto, che a imporle è la legge. **Non bisogna dimenticare, neanche davanti al dramma delle morti da amianto, che nel diritto penale la fedeltà alla legge non ha prezzo: da essa dipende la garanzia della libertà di ciascuno**. Il diritto non può essere piegato alla giustizia sostanziale, perché ciò che è o sembra giusto oggi, può non

¹ W. Hassemer, *Perché punire è necessario?*, Bologna, Il Mulino, 2012.

esserlo domani, e non è comunque afferrabile con certezza, come deve esserlo il diritto. Sta al legislatore far coincidere diritto e giustizia; e sta anche al giudice farlo, ma solo nel limite in cui ciò non significhi operare *contra* o *praeter legem* (in tema segnalò un recentissimo intervento del prof. **Glaucio Giostra**, pubblicato ieri nell'inserito domenicale del Corriere della Sera). Per questo condividiamo le parole con le quali il **Procuratore Generale Iacoviello** ha concluso la requisitoria davanti alla Cassazione, nel processo Eternit: "ci sono dei momenti in cui diritto e giustizia vanno da parti opposte; è naturale che le parti offese scelgano la strada della giustizia, ma quando il giudice è posto di fronte alla scelta drammatica tra diritto e giustizia non ha alternativa. **Un giudice sottoposto alla legge tra diritto e giustizia deve scegliere il diritto**". E' una fondamentale garanzia messa a rischio in occasione di pressioni mediatiche intense come quelle registrate in questi giorni a margine del caso Eternit; pressioni che certo saranno avvertite dai magistrati che, nelle diverse sedi giudiziarie, si stanno occupando e si occuperanno di casi analoghi, più o meno noti.

E' vero, come hanno ricordato a commento della vicenda autorevoli magistrati e giuristi come **Vladimiro Zagrebelsky** (su *La Stampa*) e **Gian Carlo Caselli** (a *Radio 24*), che è imperitura la massima *'summum ius, summa iniuria'*, e che – lo ha sostenuto anche il prof. **Carlo Federico Grosso** (su *La Stampa*) – **ragioni di giustizia sostanziale** avrebbero potuto spingere la Corte di Cassazione a un'interpretazione diversa sul momento consumativo del disastro (ad es., proprio quella fatta propria dalla Corte d'Appello di Torino), evitando la prescrizione del reato; analogamente si è espresso anche **Alberto Oggè** (su *La Stampa*), già Presidente del collegio della Corte d'Appello nel giudizio di secondo grado conclusosi con la sentenza di condanna annullata dalla Cassazione. E' però anche vero quanto ha osservato la pur autorevole voce di **Cesare Mirabelli** (su *Il Messaggero* e *Il Mattino*), Presidente emerito della Corte costituzionale: "si può comprendere che sconcerti una così differente valutazione nei diversi gradi di giudizio. Come pure si può comprendere la delusione dei familiari di chi ha perso la vita per le infermità provocate dall'amianto ed il loro legittimo desiderio che se ne accertino le responsabilità. *Non si possono invece condividere le manifestazioni dirette ad esercitare una qualche pressione sui giudici, reclamando la soddisfazione di una pretesa 'giustizia sostanziale' che forzi le regole del sistema penale e le garanzie del processo*". E ciò è ancor più vero – ci permettiamo di aggiungere – se si considera che esisteva (e forse esiste ancora) una strada diversa, lungo la quale corre la possibilità di conciliare la giustizia formale con quella sostanziale, evitando le strettoie della prescrizione del reato: la contestazione da parte della pubblica accusa dei delitti di lesioni personali e di omicidio.

2.3.

Un equivoco da sfatare: l'epilogo del processo Eternit non dipende dalla disciplina della prescrizione del reato, ma dal momento consumativo del contestato disastro. – All'indomani della sentenza della Cassazione autorevoli esponenti delle istituzioni e della politica hanno puntato il dito sulla disciplina dell'istituto della prescrizione del reato, preannunciandone la riforma. Senonché, come ha subito notato un attento osservatore come **Luigi Ferrarella** (su *Il Corriere della Sera*), non si deve "illudere la gente che la prescrizione sia dipesa dalla lentezza della giustizia (tre gradi di giudizio in appena 4 anni?) o dai guasti della per molto altro nefanda legge ex Cirielli". Sia chiaro: **ben venga una riforma della prescrizione**, che il Governo aveva peraltro annunciato già nell'agosto di quest'anno, e che la dottrina invoca da dieci anni (tanto è passato, ormai, dalla citata riforma del 2005, che come tutti sanno ha generalmente ridotto i termini di prescrizione dei reati più gravi, falcidiando un enorme numero di procedimenti penali). **E' però ben difficile che un novellato assetto della prescrizione del reato** – compreso un eventuale raddoppio dei termini per il disastro doloso, come già l'art. 157, co. 5 c.p. stabilisce per il disastro colposo – **possa mettere al sicuro le sorti dei procedimenti per morti da malattie amianto-correlate**, che normalmente si verificano a distanza di decenni dalla cessazione delle attività produttive implicanti la dispersione delle polveri di amianto, e talora anche dalla intervenuta opera di bonifica dei siti inquinati (in senso analogo, nel commentare la vicenda Eternit, si è espresso anche il prof. **Mauro Catenacci** su *Il Messaggero*). Come dimostra la vicenda Eternit – al giurista è ben chiaro; non anche, purtroppo, all'opinione pubblica – **la prescrizione dipende in quei procedimenti dal momento consumativo del reato** oggetto di contestazione. Se si contestano l'omicidio o le lesioni personali, *nulla quaestio*: i tragici eventi, purtroppo ancora attuali, segneranno il *dies a quo* del termine prescrizione,

sicché l'ultima morte o malattia professionale terrà in piedi il processo, evitandone la prescrizione. Se però, come nel caso di Eternit, si contesta il **disastro** (il macro-evento che ha messo in pericolo la vita e l'incolumità fisica di un numero indeterminato di persone, poi effettivamente colpite da malattia e morte per patologie correlate all'esposizione all'amianto) quel termine sarà verosimilmente decorso – *quale che sia il futuro assetto della disciplina della prescrizione del reato* – nella misura in cui si affermi il principio, evidentemente seguito dalla Cassazione, secondo cui **il disastro si consuma con la cessazione della condotta (venti, trenta o quaranta anni fa), e non finché si producono gli effetti**(malattie/morti).

E' chiaro che *la politica cerca oggi di sfruttare l'occasione della sentenza Eternit per vincere le difficoltà (interne alla politica stessa) a riformare l'istituto della prescrizione del reato* (uno dei temi più scottanti tra quelli all'ordine del giorno nell'ambito della riforma della giustizia penale). Sarebbe però un errore concentrare le attenzioni su quel solo versante, dimenticando che è attualmente all'esame del Senato un **disegno di legge (S. 1345, Realacci e altri: "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente")** già approvato dalla Camera nel febbraio del 2014, che **per la prima volta introduce in un nuovo art. 452 ter del codice penale un delitto di disastro ambientale**, ad oggi figura di creazione giurisprudenziale ricondotta al c.d. disastro innominato previsto dall'art. 434 c.p. (la cui versione, come tutti sanno, risale al 1930). La nuova incriminazione (che non brilla per precisione e sufficiente tipizzazione del fatto incriminato) è accompagnata da una **definizione legale del concetto di disastro**, comprensiva della "offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza oggettiva del fatto per l'estensione della compromissione ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo". Quale migliore occasione per riflettere su come implementare la prevenzione e la repressione dei fenomeni di più grave inquinamento da sostanze tossiche?

3.

Come si diceva, **il vero nodo problematico al quale è legata la ghigliottina della prescrizione caduta sul processo Eternit è rappresentato dal momento consumativo del contestato delitto di disastro innominato**. A quanto pare – stando a un comunicato stampa della S.C., riportato dai quotidiani all'indomani della sentenza – la Cassazione avrebbe fissato il *dies a quo* del termine di prescrizione del reato nel 1986, data della chiusura degli stabilimenti *Eternit*.

Solo dalla motivazione della sentenza sapremo se ciò dipende dalla qualificazione della fattispecie di cui all'art. 434, co. 2 c.p. come circostanza aggravante, piuttosto che dalla configurazione del disastro come reato (eventualmente) permanente, nel quale la permanenza del reato cessa al cessare della condotta (l'attività industriale), ovvero da altro ancora.

Nell'attesa delle motivazioni possiamo solo limitarci a qualche breve riflessione, utile anche in considerazione del fatto che il problema ha portata generale: coinvolge, oggi più che mai, tutti i procedimenti per morti o malattie legate all'amianto o ad altre sostanze tossiche, nei quali siano stati contestati i delitti di disastro innominato doloso (art. 434 c.p., come nei noti casi Ilva e Tirreno Power) o colposo (artt. 434, 449 c.p.).

3.1.

Una prima riflessione è improntata a sano realismo: la tesi accolta dalla Cassazione fa evidentemente cadere **una mannaia sulla strategia processuale dell'accusa**, che nel processo Eternit, al pari di altri processi più o meno noti e relativi a vicende analoghe, ha scelto di contestare ai responsabili delle attività industriali correlate all'amianto non già (anche o solo) i singoli omicidi/lesioni personali, bensì (solo) un macro-evento di disastro. E' una **scelta che semplifica l'onere probatorio**: l'accusa non deve infatti dimostrare in relazione ai singoli eventi il **nesso di causalità** con l'esposizione alle fibre di amianto. E' però una strategia processuale ad alto rischio suicida, come conferma la sentenza Eternit della Cassazione, non priva peraltro di precedenti, anche recentissimi, nella giurisprudenza di legittimità (mi riferisco alla **sentenza Sacelit**, depositata a maggio di quest'anno – *clicca qui per il testo* – con la quale, dopo aver anche in quel caso fissato il momento consumativo del reato in quello della *cessazione dell'attività industriale*, è stato dichiarato prescritto il disastro *colposo* da dispersione nell'ambiente di polveri di amianto). **Se si dovesse consolidare il principio della cessazione dell'attività industriale come momento consumativo del reato, la gran parte dei processi in corso per malattie professionali correlate ad attività industriali cessate da oltre un decennio è destinata allo stesso epilogo di Eternit**. E lo è perché la Cassazione non ha stravolto

la propria giurisprudenza sul momento consumativo del disastro, accogliendo le diverse tesi sostenute nei giudizi di merito dal Tribunale e dalla Corte d'Appello di Torino. E' questa, nella sostanza, la novità da segnalare: una novità che verosimilmente porterà i rappresentanti della pubblica accusa a **modificare, dove possibile, le contestazioni di disastro (doloso o colposo)**, a favore della contestazione (sola o congiunta) dei singoli eventi di morte o lesioni personali (nell'ambito della stessa vicenda Eternit, d'altra parte, si è avuto notizia nei giorni scorsi di nuove contestazioni per 256 omicidi)².

3.2.

Una seconda riflessione è correlata alla prima: l'epilogo della vicenda Eternit mostra quanto – *de jure condito* – sia **irta di difficoltà la strada che porta a inquadrare la dispersione di polveri di amianto nella fattispecie del disastro** (doloso o colposo che sia). E' infatti difficile individuare il momento consumativo di un simile disastro – che pacificamente, nella struttura di una fattispecie di evento, segna il momento consumativo del reato – perché già a livello normativo – a causa dell'imprecisione della legge penale – **non sono chiari i confini del disastro innominato**, cioè dell'accadimento che pone in pericolo la pubblica incolumità.

E' noto come la **Corte costituzionale**, con la **sentenza n. 327 del 2008**, abbia fornito attraverso una sentenza interpretativa di rigetto la *sola* interpretazione dell'espressione "altro disastro" (art. 434 c.p.) conforme al principio di precisione (o determinatezza) della legge penale (art. 25, comma 2 Cost.). Il disastro innominato, secondo l'interpretazione conforme a Costituzione, scolpita nella citata pronuncia della Corte costituzionale, deve essere concepito come **species del genus disastro, delineato dalle figure delittuose comprese nel capo I del titolo VI del codice penale**: si tratta di "*un accadimento sì diverso, ma comunque omogeneo, sul piano delle caratteristiche strutturali, rispetto ai disastri*" contemplati nelle suddette figure di reato. Dal contesto dei delitti contro l'incolumità pubblica, e in particolare dall'analisi delle caratteristiche delle diverse figure delittuose collocate nel titolo VI del codice penale, emergerebbe dunque una *nozione unitaria di disastro*, che si caratterizzerebbe per un duplice concorrente profilo: "*da un lato, sul piano dimensionale, si deve essere al cospetto di un evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi. Dall'altro lato, sul piano della proiezione offensiva, l'evento deve provocare – in accordo con l'oggettività giuridica delle fattispecie in questione (la 'pubblica incolumità') – un pericolo per la vita o per l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone; senza che peraltro sia richiesta l'effettiva verifica della morte o delle lesioni di uno o più soggetti*".

Alla luce di una siffatta nozione, il reato di disastro innominato si realizza *se, e nel momento* in cui, in conseguenza di una condotta (dolosa o colposa) si produce un evento che possiede i menzionati tratti distintivi (dimensionale e offensivo). Senonché, **con riferimento alla dispersione nell'ambiente di polveri di amianto o di sostanze tossiche e inquinanti, correlata a processi produttivi protrattisi per un lungo arco temporale, la riconducibilità alla nozione di 'disastro', come sopra delineata, è ancor più problematica**. La Corte, che si è pronunciata in un giudizio incidentale relativo a un caso di 'disastro ambientale', ha sottolineato la necessità di ricostruire il 'disastro innominato' come *species del genus* ricavabile dalle figure 'nominate', alle quali deve risultare omogeneo. E proprio con riguardo al 'disastro ambientale', talora ricondotto "*con soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici al paradigma punitivo del disastro innominato*", la Corte stessa ha auspicato un intervento del legislatore, volto a introdurre "*specifiche figure criminose*" a tutela della salute e dell'integrità fisica, come quella oggi all'esame del Parlamento, e di cui si è detto. Proprio in considerazione del monito rivolto dalla Corte al legislatore è quantomeno problematico ricondurre al tipo legale del 'disastro innominato' la dispersione nell'ambiente di polveri di amianto o di sostanze tossiche o inquinanti, realizzata in un lungo arco temporale nell'ambito dell'attività d'impresa.

E' vero – e lo conferma la sentenza della Cassazione nella vicenda Eternit – che **il c.d. diritto vivente è consolidato nel ritenere configurabile il disastro innominato, sub specie di disastro ambientale, a fronte di gravi fatti d'inquinamento ambientale connessi all'attività d'impresa, comportanti l'insorgere di malattie professionali e/o la morte di numerose per-**

² Cfr. l'articolo pubblicato in prima pagina sul *Corriere della Sera* del 21 novembre 2014: *Eternit, si apre il caso prescrizione. L'accusa ora contesta 256 omicidi*.

sonne. Senonché – come la dottrina non ha mancato di osservare³ – nel ‘disastro’ che si assume realizzato dalla dispersione nell’ambiente di sostanze tossiche e nocive per la salute assumono profili meno definiti almeno due requisiti strutturali che caratterizzano i disastri nominati:

a) una **causa violenta** che inneschi il verificarsi dell’evento, da ravvisarsi in una condotta violenta, comportante cioè impiego di energia fisica (non si dimentichi l’intitolazione del capo I, titolo VI del codice penale: “delitti di comune pericolo mediante violenza”);

b) **un accadimento naturalistico a carattere istantaneo, o comunque con un inizio e una fine determinati**, il cui manifestarsi – come nel caso dell’incendio, della frana, della valanga, dell’inondazione, ecc. – fa *immediatamente* sorgere il pericolo per l’incolumità pubblica.

3.2.1.

Amnesso dunque che sia possibile individuare una condotta *violenta* quale causa della dispersione delle polveri di amianto nell’ambito dell’attività d’impresa, occorre comunque identificare – il che ha primario rilievo nella prospettiva del *tempus commissi delicti* – **un evento, originato da quella condotta, che abbia il carattere subitaneo proprio dei disastri nominati**, che complessivamente considerati delineano la figura generale del ‘disastro’.

In linea teorica, una soluzione rispettosa del canone della *legalità/precisione* della legge penale è quella di ricostruire il **disastro innominato come evento di natura istantanea** e, pertanto, omogeneo rispetto al *genus* desumibile dalle figure di disastro nominato. Al di là delle difficoltà di ordine probatorio, ci sembra infatti in via di principio individuabile un **momento nel quale la concentrazione di polvere di amianto in un determinato ambiente assume dimensioni tali da esporre a pericolo la pubblica incolumità**: in quel momento si realizza un disastro; *si innesca una fonte di pericolo* per la vita e l’integrità fisica di un numero indeterminato di persone, realizzando il tipo di fatto penalmente rilevante. Il *momento iniziale e finale dell’evento* è proprio quello dell’**innesco della fonte di pericolo**, che in ipotesi di attività produttiva cessata non può che essere *anteriore* alla data di cessazione dell’attività stessa.

E’ chiaro, d’altra parte, che una simile ricostruzione, sostenuta e anzi forse imposta da un’interpretazione conforme a Costituzione, condanna a morte i processi per esposizione a sostanze tossiche relativi, come nel caso di Eternit, ad attività industriali cessate da decenni.

3.2.2.

Una diversa tesi, seguita dalla giurisprudenza, mette tra parentesi le indicazioni della Corte costituzionale e configura il disastro da polveri di amianto prescindendo dall’individuazione di un evento a carattere subitaneo. Il disastro, così configurato, avrebbe natura di **reato permanente** – una natura eterogenea rispetto ai disastri nominati – e il termine prescrizionale decorrerebbe, ai sensi dell’art. 158 c.p., dal giorno in cui è cessata la permanenza.

Le soluzioni variano, a questo punto, a seconda di cosa si intenda per ‘cessazione della permanenza’ e, ancor prima, per **‘disastro permanente’**.

a) Secondo una prima impostazione – accolta ad esempio nella citata vicenda Sacelit dal G.U.P. di Barcellona Pozzo (clicca qui per il testo della sentenza, datata 11 marzo 2013) – nell’ipotesi di dispersione nell’ambiente di sostanze tossiche *il disastro può dirsi permanente a condizione che l’evento-disastro perduri nel tempo per effetto di una persistente condotta del reo*. Si tratta – corretta o meno che sia – di un’impostazione fedele alla tradizionale e più generale nozione di reato permanente, accolta dalla dottrina⁴ e dalla giurisprudenza, della Corte di Cassazione⁵ e della Corte costituzionale⁶. Ciò che caratterizza il reato permanente è, infatti, la volontaria e *ininterrotta protrazione della condotta tipica oltre il momento di perfezione del reato*,

3 V. ad es. S. Corbetta, *Il disastro provocato dall’Ilva di Taranto, tra forzature giurisprudenziali e inerzie del legislatore*, in *Corr. Merito*, 2012, n. 10.

⁴ Cfr. ad es. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Padova, 2013, p. 438.

⁵ Cfr. Cass. S.U. 14 luglio 1999, n. 18, Lauriola, RV. 213932: “secondo la dottrina più moderna e la giurisprudenza più aggiornata, confortata dalla Corte Costituzionale (sent. 26 novembre 1987 n. 520), il reato permanente trova caratterizzazione nel tipo di condotta e nella correlazione di questa con l’offesa all’interesse protetto; cioè la durata dell’offesa è espressa da una contestuale duratura condotta colpevole dell’agente”. V. anche la sentenza di legittimità relativa al caso del *Petrochimico di Porto Marghera*, nella quale si legge, nella parte della motivazione relativa alle contravvenzioni in materia ambientale (sezione III, capitolo III) la seguente affermazione di portata generale: “In generale può osservarsi che la natura permanente del reato deriva dalla circostanza che il fatto tipico si realizza con una lesione del bene protetto che si protrae nel tempo, e la protrazione dipende dalla condotta dell’agente che può, in ogni momento, far cessare la condotta antigiuridica”.

⁶ Cfr. Corte cost., 26 novembre 1987, n. 520: “Se la lesione dell’interesse protetto è collegata ad una condotta perdurante nel tempo nella sua stessa tipicità, il reato ha carattere permanente”.

cui corrisponde la protrazione dello stato antigiuridico creato dall'agente e, con esso, dell'offesa al bene giuridico tutelato, sul presupposto che questo possa essere solo compresso e non distrutto. Chi ha realizzato un *sequestro di persona*, tradizionale figura di reato permanente, continua a violare la fattispecie di cui all'art. 605 c.p., e a realizzare il fatto tipico della privazione della libertà personale del sequestrato, fintanto che la condotta volontaria stessa non cessi. **Ciò che permane nel reato permanente è, allora, la fase di consumazione, in corrispondenza – questo è il punto – di una permanenza della condotta tipica, la cui cessazione segna l'esaurimento della fase di consumazione del reato e, quindi, della permanenza stessa.** A tale caratteristica realizzazione del fatto tipico l'ordinamento collega effetti giuridici diversi, tutti comunque ispirati all'idea per cui la permanenza della condotta tipica e dell'offesa devono ricevere adeguato trattamento, diverso da quello previsto per l'ipotesi di istantaneità della condotta stessa e dell'offesa. Così, l'art. 382 comma 2 c.p.p. dispone che nel reato permanente lo stato di flagranza dura fino a quando non è cessata la permanenza, e l'art. 158 c.p. prevede che, per il reato permanente, il termine di prescrizione decorre dal giorno in cui è cessata la permanenza. Ancora, la permanenza della fase di consumazione fa sì che “legge del tempo in cui fu commesso il reato”, a norma dell'art. 2 c.p., possa essere considerata, *senza violazione del principio di irretroattività*, quella più sfavorevole sopravvenuta nel corso della permanenza, come pacificamente si ammette, anche da parte della giurisprudenza⁷. Conseguenze giuridiche di un tale rilievo possono giustificarsi, si badi bene, solo alla luce della sopra esposta caratteristica *volontaria protrazione della condotta tipica* e dell'offesa, propria del reato suscettibile di permanenza.

Aderendo a questa impostazione, la citata sentenza del G.U.P. di Barcellona Pozzo di Gotto, nel dichiarare l'intervenuta prescrizione del reato, ha affermato che “*la cessazione della condotta lesiva per fatto volontario del reo (1975) [n.d.r.: data della cessata inosservanza delle contestate regole cautelari] oppure comunque per fatto a lui esterno che ne ha reso impossibile la perpetrazione (1993) [n.d.r.: anno della chiusura dello stabilimento Sacelit], segna il momento consumativo del delitto (permanente) di disastro innominato colposo*”.

E' chiaro che anche questa impostazione, in relazione ai casi di attività industriali cessate da decenni, vanifica per lo più gli sforzi tesi a inquadrare i fatti di esposizione a sostanze tossiche nella figura del disastro.

b) Secondo una diversa impostazione, accolta dal Tribunale di Torino nel giudizio di primo grado relativo al caso Eternit, il protrarsi dell'evento-disastro allungherebbe il periodo di consumazione del reato⁸, nel senso che questo sarebbe *permanente finché dura l'esposizione a pericolo della pubblica incolumità*. In applicazione di questo principio di diritto il Tribunale ha affermato la permanenza del reato di disastro innominato doloso (escludendone la prescrizione) con riferimento ai *solii fatti* – relativi agli stabilimenti di Casale Monferrato e Cavagnolo – che hanno comportato la dispersione di polveri di amianto *nell'ambiente esterno* (in ragione della prassi dell'utilizzo dei residui di produzione per la costruzione di strade e abitazioni), con conseguente – *ancora perdurante* – esposizione della popolazione. Viceversa, il Tribunale di Torino ha ritenuto *cessato* il pericolo per la pubblica incolumità – e con esso la permanenza del suddetto reato, dichiarato prescritto – con riferimento ai fatti (relativi agli stabilimenti di Bagnoli e Rubiera) per i quali l'inquinamento era essenzialmente legato all'attività lavorativa, sicché, cessata questa, “*è cessata quella situazione di forte e grave pericolo per l'incolumità pubblica e la salute che caratterizza il disastro*”⁹.

Senonché, **la tesi che fa dipendere la permanenza del disastro dal perdurare del pericolo per la pubblica incolumità – essa si funzionale a escludere la prescrizione del reato – non persuade perché confonde la permanenza degli effetti del reato con la permanenza del reato** e, ancor prima, sul piano teorico-sistematico, *l'offesa* al bene giuridico (il pericolo per la pubblica incolumità: c.d. evento giuridico) con *l'evento* (il disastro, c.d. evento naturalistico)¹⁰.

⁷ Cfr., per tutte, Cass., sez. I, 11 aprile 1983, Grifo, in *Cass. Pen.* 1985, 381.

⁸ Pag. 525 della sentenza.

⁹ Pag. 521 della sentenza.

¹⁰ Cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale* 4^a ed., Milano, 2012, p. 188.

c) Secondo una tesi ancora diversa, sostenuta dalla Corte d'Appello di Torino nel caso Eternit, il disastro innominato sarebbe un **reato a consumazione prolungata, che si consumerebbe con la cessazione del fenomeno epidemico** (inteso come *eccesso numerico delle morti e delle malattie professionali* nell'area interessata, che rappresenterebbe l'evento disastroso)¹¹. Avendo nel caso di specie rilevato la mancata cessazione del fenomeno epidemico in tutte le aree interessate dalla vicenda Eternit – comprese quelle nelle quali l'inquinamento è risultato limitato agli ambienti di lavoro (Bagnoli e Rubiera) – la Corte d'Appello di Torino ha riformato la sentenza di primo grado e affermato in ogni caso la permanenza del reato, escludendone l'intervenuta prescrizione. **Questa tesi – anch'essa funzionale a escludere la prescrizione, ma evidentemente non accolta dalla Cassazione – confonde a nostro avviso l'evento costitutivo del disastro (il pericolo per la pubblica incolumità) con gli eventi dei delitti di lesioni (la malattia) e di omicidio colposo (la morte)**. Valgono perciò le considerazioni critiche che ci accingiamo a svolgere appresso (anche volendo prescindere dalla circostanza che nell'ipotesi di esposizione ad amianto il momento di cessazione del pericolo è antecedente a quello di cessazione del fenomeno epidemico, stante, il notorio periodo di latenza che caratterizza le malattie derivanti da tale esposizione).

d) Un'ultima tesi, infine, è del tutto funzionale all'obiettivo di escludere la prescrizione perché sgancia la consumazione del disastro dalla condotta, sostenendo la necessità di fare invece riferimento al **perdurare dell'evento-disastro, che si realizzerebbe nel momento in cui le persone esposte alle polveri di amianto contraggono una malattia professionale e muoiono**. E' però una tesi (sostenuta ad esempio dall'accusa nel citato caso Sacelit) in aperto contrasto con la nozione di disastro generalmente accolta, di recente con l'autorevole avallo della Corte costituzionale (sent. 327/2008), la quale ha sottolineato che un disastro è configurabile *“senza che sia richiesta anche l'effettiva verifica della morte o delle lesioni di uno o più soggetti”*. Il che significa che gli eventi morte o lesioni, correlati al disastro di cui si tratta, *non* possono segnare il momento consumativo del reato contro la pubblica incolumità, del quale *non sono elementi costitutivi*¹². Se ne ha conferma d'altra parte nella giurisprudenza della Suprema Corte, che ammette il concorso tra il disastro colposo ex art. 449 c.p. e l'omicidio colposo o le lesioni personali colpose, e ciò proprio perché *“la morte di una o più persone” (al pari delle lesioni) “non è considerata dalla legge come elemento costitutivo né come circostanza aggravante del reato di disastro, che costituisce un'autonoma figura criminosa”*¹³. Il concorso formale di reati si giustifica d'altra parte in ragione del diverso bene giuridico tutelato: l'incolumità pubblica da un lato, la vita (o l'integrità fisica individuale) dall'altro¹⁴.

Anche questa tesi, al pari di quelle considerate sopra sub c) e d), confonde l'evento pericoloso (l'evento naturalistico fonte di pericolo) con *gli effetti* conseguenti alla sua verifica.

Dietro al clamore mediatico della vicenda Eternit vi è dunque un complesso problema giuridico, che come abbiamo cercato di mostrare va oltre alla questione del *dies a quo* della prescrizione e svela il **contrasto tra l'interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di disastro innominato, fornita dalla Corte costituzionale nel 2008, e il diritto vivente**, che ricorre a quella figura criminosa per sanzionare la causazione di eventi – come la dispersione prolungata nell'ambiente di fibre di amianto – *disomogenei* rispetto ai disastri nominati. Forte è il sospetto di una violazione del principio della riserva di legge, e dei suoi corollari.

L'auspicio è che proprio il clamore della vicenda Eternit possa contribuire da un lato a spingere gli operatori della giustizia ad una maggiore consapevolezza dei vincoli derivanti dalla fedeltà alla legge e ai principi costituzionali (già in sede di costruzione dei capi d'imputazione) e, dall'altro lato, a suggerire le necessarie riforme, in grado di realizzare un'adeguata prevenzione e repressione dei più gravi fatti di inquinamento ambientale, capaci di devastare la vita di noi tutti.

¹¹ Pag. 478 della sentenza (v. anche pagg. 587/588).

¹² V. anche Cass. Sez. IV, 14 marzo 2012, n. 18678.

¹³ Cass. Sez. IV, 20.12.1989, n. 1686, De Stefani, RV. 183243.

¹⁴ Cfr. Cass. Sez. IV, 18 ottobre 1984, n. 321, Catellani, RV. 167351; Cass. Sez. IV, 8.1.1982, n. 3788, Nicoli, RV. 153177.

SUL NUOVO DELITTO DI AUTORICICLAGGIO

-
- 86** **Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione**
David Brunelli
-
- 95** **Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"**
Stefano Cavallini e Luca Troyer
-
- 108** **Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio**
Francesco Mucciarelli
-
- 124** **Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del d. lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illusioni ed azzardi esegetici**
Alessandra Rossi
-
- 137** **Il nuovo delitto di "Autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa**
Filippo Sgubbi

AUTORICICLAGGIO E DIVIETO DI RETROATTIVITÀ: BREVI NOTE A MARGINE DEL DIBATTITO SULLA NUOVA INCRIMINAZIONE

David Brunelli

ABSTRACT

Ci si interroga sull'applicabilità della nuova incriminazione ai reati-presupposto commessi prima della sua entrata in vigore e ci si accorge che la soluzione affermativa, "politicamente scontata", non è così facile da percorrere, tenendo conto delle regole generali. La questione dà l'occasione di ripercorrere taluni concetti della struttura del reato, quali la differenza tra "presupposto" e "condotta", anche in una prospettiva sistematica. Ci si interroga infine sulla applicabilità della nuova incriminazione alle attività economiche già intraprese al momento dell'entrata in vigore della norma.

SOMMARIO

1. Autoriciclaggio da reati pregressi. – 2. Fatto commesso, presupposti della condotta e divieto di retroattività. – 3. Autoriciclaggio e reato "a monte": mero presupposto o frammento della condotta tipica? – 3.1. Autoriciclaggio e rapina impropria. – 3.2. Reato "a monte" e condotta di autoriciclaggio. – 4. Rilevanza penale dell'attività economica già intrapresa.

1.

Autoriciclaggio da reati pregressi.

Il delitto di «autoriciclaggio», per cui è stato forgiato l'art. 648-ter.1 c.p., fa il suo debutto in società ed è subito accolto da una bordata (prevedibile) di fischi da parte della dottrina¹. Cose che possono capitare, soprattutto quando – come nella specie – le nuove incriminazioni godono, invece, di grande favore presso il pubblico.

Mettere insieme “pubblico” e “critica” di questi tempi nella materia penalistica non è agevole, sia perché la seconda troppo spesso considera come marchio d'infamia la provenienza “popolare” di una richiesta di incriminazione, esibendo un aristocratico ed improduttivo distacco, sia perché il “pubblico” ha per evidenti ragioni un accesso privilegiato nella sede politica e quindi si disinteressa dei suggerimenti o delle rampogne provenienti dai “sacerdotes”.

Tra tutti i profili problematici che l'incriminazione dell'autoriciclaggio comporta e che diventeranno ben presto “pasto” prezioso per i denti affilati dei commentatori, prima che croce da portare per i pratici, segnalo qui di volo un tema “di nicchia”, ma che potrebbe intercettare da subito i bisogni della pratica, legato – come sempre capita nei primi giorni di vita delle novelle legislative – alle vicende intertemporali.

Trattandosi di “nuova incriminazione” a tutti gli effetti e, anzi, consistendo l'operazione normativa, in sostanza, nel superamento di una clausola di non punibilità presente nel sistema (c.d. privilegio di autoriciclaggio), quale che ne fossero la natura giuridica e la portata, non si pone rispetto all'autoriciclaggio la consueta questione sulla continuità del nuovo in relazione al vecchio, poiché qui il “vecchio” gravitava tutto nella zona del lecito, o, meno impegnativamente, del non punibile².

Tuttavia, se non sorge questione che possa interessare l'art. 2, commi 2 e 4, c.p.³, non è da escludere che da subito la pratica debba preoccuparsi di dilemmi che coinvolgono il comma 1 dello stesso art. 2 c.p., il che significa – più “autorevolmente” – l'art. 25, comma 2, Cost.

In proposito, innanzitutto, ci si dovrebbe chiedere, infatti, se la nuova incriminazione possa essere applicata all'autoriciclaggio da “reati pregressi”, o se essa valga solo in relazione all'autoriciclaggio dai reati futuri, cioè quelli commessi dopo l'entrata in vigore dell'art. 648-ter.1 c.p.

Se, insomma, quel «delitto non colposo» che l'autoriciclatore ha «commesso o concorso a commettere» debba anch'esso seguire l'entrata in vigore della legge, o se invece possa anche averla preceduta.

Attorno a questa, che è la questione principale, si potrebbe creare un notevole imbarazzo giurisprudenziale, perché è evidente che l'opinione pubblica e gli stessi operatori si aspettano una immediata applicazione della nuova incriminazione, si aspettano, cioè, che sia punito anche colui che, avendo commesso il delitto non colposo generatore di proventi prima dell'entrata in vigore della l. 15 dicembre 2014, n. 182, abbia impiegato tali proventi solo dopo tale data (autoriciclaggio da reati pregressi); ma, una simile conclusione deve passare attraverso due snodi argomentativi non propriamente agevoli, uno dei quali particolarmente impegnativo.

2.

Fatto commesso, presupposti della condotta e divieto di retroattività.

Il primo passaggio riguarda l'interpretazione di «fatto commesso» ai fini del principio di irretroattività, perché occorre stabilire se nella prospettiva del disposto dell'art. 25, comma 2, Cost., in generale, *tutti* gli elementi che compongono il fatto di reato debbono essersi materia-

¹ All'indomani dell'approvazione della legge, già F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: una fonte inesauribile di effetti perversi dell'azione legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2014, segnala taluni “inconvenienti” che la nuova incriminazione comporta; in precedenza, la schiera dei contrari alla sua introduzione era nutritissima: tra gli altri, S. SEMINARA, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 236; M. NADDEO-D. MONTEMURRO, *Autoriciclaggio e teoria degli insiemi: un “privilegio” matematicamente sostenibile*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 237 ss.

² Per una sintesi, A. DELL'OSSO, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto: difficoltà di inquadramento dogmatico ed esigenze di intervento legislativo*, in *Riv. it.*, 2011, 1275 ss.

³ Per la verità, potrebbe profilarsi il problema dell'applicazione della nuova norma, più favorevole, all'estraneo rispetto al reato presupposto che in precedenza abbia compiuto riciclaggio in concorso con colui che aveva commesso tale reato; se dovesse stabilirsi che l'ipotesi configura per tutti il concorso nel reato di cui all'art. 648-ter.1, si dovrà predicare anche l'applicazione retroattiva più favorevole di tale norma nelle vicende intertemporali.

lizzati dopo l'entrata in vigore della legge o se alcuni di essi possano anche preesistere.

Non c'è dubbio che la nozione di fatto di reato oggi maggiormente in voga in Italia mal sopporta distinzioni o gerarchie all'interno del c.d. elemento oggettivo o materiale. Ciò è evidente, per esempio, quando si tratta di inquadrare il fatto come oggetto del dolo, anche alla stregua dell'art. 47, comma 1, c.p., il quale non fa distinzioni e proclama la rilevanza dell'errore su qualunque elemento del fatto che costituisce il reato. La stessa "dottrina della volontà" – come è noto – non palesa propensioni a selezionare gli elementi del fatto di reato e sostiene che il dolo è volontà di realizzazione dell'intero fatto tipico, senza distinguere tra ciò che più propriamente è oggetto di (sola) rappresentazione e ciò che su cui può dirigersi la volontà⁴.

Peraltro, quanto alla rappresentazione, non si può negare che la conoscenza sia cosa "diversa" dalla "previsione", anche se entrambi tali stati soggettivi compongono la dimensione intellettuale dei nessi psichici che legano il soggetto al mondo esterno. In fondo, nello stesso codice penale la differenza è riconosciuta, se è vero che alla rappresentazione della realtà come previsione futura è dedicato l'art. 43, mentre alla rappresentazione come conoscenza del fatto si riferisce l'art. 47, e che solo dal combinarsi di entrambe le norme noi ricaviamo la definizione del delitto doloso. Il legislatore equipara, ma solo dopo aver distinto; e, sul piano strettamente esegetico, sarebbe interessante approfondire la ricerca per chiedersi se chi è soltanto in dubbio sulla esistenza delle circostanze fattuali non versi per ciò in errore rilevante (errore sul fatto che costituisce il reato: art. 47), a differenza di chi sia in dubbio sulle conseguenze future del proprio operare (previsione e volontà dell'evento: art. 43⁵).

Eppure, che il nesso psichico doloso comprenda sia elementi *futuri*, come l'evento, sia elementi del *passato* (eventualmente ancora concomitanti), come i presupposti della condotta e tutto ciò che compone la "situazione tipica", è considerata dalla dottrina mera nota descrittiva priva di qualsivoglia implicazione con riguardo alla disciplina del dolo⁶.

La tematica è complessa e in questa sede neppure può essere sfiorata. Peraltro, ai fini che ci interessano, non è necessario, indugiarsi, nonostante il suo indubbio fascino, non solo concettuale; infatti, a prescindere dal dibattito sul fatto come oggetto di dolo, per quanto concerne la individuazione del «fatto commesso» rilevante per le vicende intertemporali, nessuno può mettere in discussione che la norma penale incriminatrice viene in considerazione non tanto come generatrice di «fattispecie penali» composte di elementi costitutivi, quanto piuttosto come fonte di produzione di «precetti» rivolti ai consociati, cioè, come un tempo si diceva, nella sua dimensione di «comando». Ciò significa che la propensione della dottrina ad «appiattire» i singoli elementi del fatto all'interno del capitolo sul dolo non dovrebbe automaticamente diffondersi sul diverso capitolo che studia la fisiologia della sequenza temporale fissata dall'art.

⁴ V., ad esempio, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*³, vol. I, Milano, 2004, 435 s.: «riaffermato il ruolo della volontà, resta vero che non è il caso di accentuare la distinzione tra elementi del fatto oggetto di rappresentazione ed elementi oggetto di volontà, quando conclusivamente si concepisca il fatto di reato come unitario e si ponga in luce che tutti i fattori, anche diversi dalla condotta, entrano a far parte di un "piano" dell'agente e in tal senso sono "con-voluti" nella sua decisione». Le opinioni, invero, sono articolate, sul punto: ad esempio, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁴, Torino, 299, ammette che «la volontà si riferisce a rigore e più precisamente ai soli elementi della condotta e dell'evento (quando quest'ultimo è previsto come essenziale)», mentre G. DE VERO, *Corso di diritto penale*², vol. I, 485 afferma che la volontà abbraccia tutto il fatto di reato, e dunque «sia pure in misura graduata» ogni suo elemento costitutivo.

⁵ Se davvero il dolo (eventuale) del passato e del presente coincida con il dolo (eventuale) del futuro: la differenza, che la dottrina tende a negare (tra gli altri, M. DONINI, Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico, in *Cass. pen.*, 2010, 2568; M. MASUCCI, "Fatto" e "valore" nella definizione del dolo, Torino, 2004, 275 s.; S. CANESTRARI, Dolo eventuale e colpa cosciente, Milano, 1999, 202 ss.; meno di recente, per la piena equiparazione, A. PECORARO ALBANI, Il dolo, Napoli, 1955, 298 s.; per A. DE MARSICO, Coscienza e volontà nella nozione del dolo, Napoli, 1939, 156, addirittura il dubbio su circostanze preesistenti, costituenti presupposto della condotta, non vanno trattati come casi di dolo eventuale ma come casi di dolo diretto), potrebbe invece spiegare, per esempio, l'inusitata apertura alla c.d. formula di Frank operata dalla Cassazione in tema di ricettazione (*Cass. Sez. un.* 3 marzo 2010, Nocera, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 822) e dovrebbe portare ad escludere la compatibilità tra dolo eventuale e riciclaggio, per esempio nel caso in cui l'operatore bancario sia in dubbio sulla provenienza delittuosa del denaro che è chiamato a movimentare, ma per negligenza, incuria o disattenzione, in violazione delle regole del settore, accettati di farlo.

⁶ La polemica sulla distinzione tra elementi autenticamente "voluti" ed elementi solo "rappresentati" e tra rappresentazione come conoscenza e come previsione, peraltro, è spesso scervra da ricadute pratiche, sicché rischia talvolta di risolversi in sterile disputa nominalistica. Sotto il primo profilo, i teorici della volontà giustamente rivendicano che «la volontà nel dolo non può (e non deve) essere concepita come un fenomeno riferito, in forma del tutto separata, ai singoli elementi del fatto tipico, dovendo invece essere ricostruita alla luce del significato che tali elementi assumono una volta posti a contatto con la deliberazione di agire nella consapevolezza del loro reciproco collegamento» (G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamentali*, Torino, 2008, 400), ma, d'altro canto, è anche innegabile che talvolta la prova della sussistenza del dolo si incentri e si esaurisca sulla prova della conoscenza di elementi fattuali preesistenti o concomitanti, traendosi da quel dato rappresentativo la conclusione circa la sussistenza in capo all'agente della volontà di realizzare il fatto di reato. Quanto al secondo profilo, la distinzione tra conoscenza e previsione è comunemente ammessa (G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Bologna, 2014, 369), senza però che se ne facciano discendere conseguenze operative.

25, comma 2, Cost.

Sia la *ratio* “garantista”, sia la propensione “funzionale” del principio di irretroattività si basano, infatti, sull’idea della *pretesa comportamentale* nei confronti dei consociati che sorge con la descrizione del fatto vietato e la conseguente minaccia sanzionatoria⁷. Da questo angolo visuale, che mette in primo piano il “tempo nel reato”, non è plausibile l’appiattimento: la chiave temporale pone in evidenza che gli elementi fattuali riconducibili alla “situazione tipica” possono venire ad esistenza ben prima del verificarsi della condotta e dell’evento, e che da essi si distinguono gli elementi che costituiscono invece il “precetto penale”, di agire o di non agire, sui quali si incentra e si esaurisce la *pretesa normativa*⁸.

Ciò è particolarmente in risalto quando a comporre la situazione tipica sono elementi “neutri” su piano dell’illecito, pur consistenti in un comportamento dell’agente. Classico è l’esempio della bigamia, in cui il “*precedente matrimonio*” non è certo oggetto di divieto e può essersi verificato anche a notevole distanza di tempo dalla condotta tipica⁹. Ma la prospettiva non cambia a fronte di una situazione tipica qualificabile come illecita alla stregua di *altra* norma penale: nella ricettazione, la provenienza illecita delle cose, fungendo da mero presupposto della condotta tipica di acquisto o ricezione od occultamento posta in essere da altra persona, allo stesso modo non entra nella sfera precettiva della norma incriminatrice. Pur essendo “vietato” commettere il fatto da cui quelle cose provengono, ai fini del precetto che si ricava dalla norma sulla ricettazione quel dato non rileva, nel senso che non costituisce l’oggetto del divieto, ma una sua circostanza (essenziale)¹⁰.

Neppure conta che l’illiceità della situazione tipica sia stata determinata dalla *stessa persona* a cui si rivolge il “precetto”: per esempio, il divieto di rivelazione del contenuto della corrispondenza di cui all’art. 616, comma 2, c.p., è rivolto esclusivamente al «colpevole» del delitto di cui al comma precedente, vale a dire a colui che ne ha preso abusivamente cognizione, ma il divieto di prendere cognizione, che riguarda la stessa persona, si esaurisce all’interno del comma 1 e nel comma successivo la sua violazione rileva pacificamente solo come mero presupposto della condotta (situazione tipica).

La giurisprudenza, del resto, sembra orientata ad assegnare importanza alla distinzione, proprio nella prospettiva del principio di irretroattività. In un caso, si trattava di stabilire se fosse punibile ai sensi dell’art. 316 *bis* c.p. un soggetto che aveva ottenuto contributi pubblici prima del 1990 (data di entrata in vigore della norma) e che successivamente aveva mancato di destinarli alle finalità pubbliche specificamente indicate nel provvedimento di largizione. In quella occasione la Cassazione ha ritenuto che tali dati temporali non ostassero alla dichiarazione di responsabilità, non operando il divieto di retroattività con riferimento esclusivo alla sussistenza del presupposto della condotta in epoca anteriore all’entrata in vigore della norma¹¹. Il fatto era stato commesso dopo la norma, anche se la situazione tipica preesisteva.

Il conferimento di una erogazione pubblica è, senz’altro, elemento in sé neutro del fatto tipico, ma la giurisprudenza non sembra cambiare idea anche nell’ipotesi di elemento che esprima una nota di illiceità, posto in essere precedentemente dalla stessa persona.

Il caso è più complesso e di notevole impatto pratico. Ha riguardato l’incriminazione della mancata bonifica dei siti inquinati che per la prima volta ha assunto sembianze normative nella controversa figura di cui all’art. 51 *bis* del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (inserito dal d.lgs. 8 novembre 1997, n. 389). L’introduzione di tale norma – che attualmente trova corrispondenza nell’art. 257 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 – ha generato il dilemma della sua applicazione ai c.d. inquinamenti pregressi, dovendosi subito stabilire se l’omissione di bonifica da parte

⁷ Sul collegamento tra principio di irretroattività, principio di colpevolezza ed esigenze di prevenzione generale, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, 81; C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 1993, 81.

⁸ È classica la descrizione di F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, Roma, 1952, 19, che parla di «circostanze costitutive del reato» come elementi che «devono preesistere alla condotta perché questa risulti contraria al precetto»; per la nozione “ampia” di «situazione tipica», mi permetto il rinvio a D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminali*², Torino, 59 ss. Sulla natura giuridica dei presupposti della condotta con riferimento alla disciplina del tempo del reato, D. FALCINELLI, *Il tempo del reato, il tempo nel reato. La scrittura normativa delle coordinate cronologiche criminali*, Torino, 2011, 30 ss., che si concentra sul rapporto tra presupposti e *abolitio criminis* mediata.

⁹ L’esempio della bigamia è solitamente formulato per dimostrare che la volontà abbraccia l’intero fatto di reato (il bigamo non vuole solo il matrimonio, bensì un *secondo* matrimonio: cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 486); quanto, però, alla *pretesa comportamentale*, è chiaro che si inibisce *niente altro* che di contrarre un matrimonio – condotta in sé altrimenti lecita – solo a chi in precedenza ne abbia contratto un altro e abbia contezza di tale suo pregresso comportamento: il precetto è sempre mirato al presente della condotta e mai al passato.

¹⁰ F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 136.

¹¹ Cass. Sez. VI, 26 settembre 2000, n. 10149, Abruzzo, rv. 217663.

dell'inquinatore fosse punibile anche se la previa causazione dell'inquinamento del sito era da collocare in periodo antecedente all'entrata in vigore della norma incriminatrice. Naturalmente sia la dottrina che la giurisprudenza hanno fornito risposte contrastanti, ma il contrasto di vedute era determinato e si concentrava sulle premesse del ragionamento, vale a dire sulla ricostruzione del vero volto della nuova enigmatica fattispecie. Chi riteneva che l'infelice formulazione dell'art. 51 *bis* aveva ritratto i contorni di un reato di evento a forma libera munito di clausola di non punibilità sopravvenuta, a beneficio dell'inquinatore che avesse bonificato, non poteva che concludere che l'incriminazione lasciasse impuniti gli inquinamenti pregressi¹²; chi, invece, vi scorgeva l'effigie di un reato omissivo proprio costruito attorno alla situazione tipica del pregresso (eventualmente anche incolpevole) inquinamento perveniva ad opposta conclusione, proprio in virtù del rilievo che la situazione tipica potesse preesistere all'entrata in vigore della legge senza violare il divieto di retroattività¹³.

A prescindere dall'esito della "tenzone", che ha visto, infine, prevalere la prima prospettazione¹⁴, dalla vicenda si può ricavare la conferma di quanto sinora sostenuto, poiché nessuno ha posto in dubbio che, qualora fosse prevalsa la "versione" omissiva, le conclusioni sarebbero state quelle della piena applicabilità della norma agli inquinamenti pregressi; anzi, non è mancato chi, forse invertendo il corretto metodo interpretativo, ha ricavato argomento a favore della prima tesi, proprio basandosi sul rilievo della inaccettabilità delle conseguenze della tesi avversa sulla questione degli inquinamenti pregressi¹⁵.

Abbiamo materiale, dunque, per concludere questo primo passaggio argomentativo, rilevando che *se* nel neonato delitto di autoriciclaggio, la previa commissione di un delitto non colposo da parte dello stesso "riciclatore" fosse da considerare un mero "*presupposto della condotta*" non si ravviserebbero soverchi problemi di contrasto con il divieto di retroattività nel ritenere applicabile la nuova norma anche in relazione all'autoriciclaggio di proventi derivanti da reati pregressi, accontentando in questo modo le "attese" della politica.

3. Autoriciclaggio e reato "a monte": mero presupposto o frammento della condotta tipica?

Il secondo passaggio consiste, allora, nel provare a stabilire quale sia il ruolo di tale elemento nella struttura della nuova fattispecie criminosa, scavando all'interno di essa per metterne in risalto i singoli componenti.

In proposito va subito notato che l'incriminazione dell'autoriciclaggio comporta una nota distonica rispetto al percorso sinora compiuto attraverso la successione delle norme che a partire dal 1978 hanno riempito l'art. 648 *bis* c.p., tutto segnato dal progressivo distacco tra reato presupposto e condotta di "ripulitura", con ricadute evidenti quanto a individuazione del bene tutelato.

La dottrina e la giurisprudenza hanno efficacemente descritto la metamorfosi che la figura del riciclaggio ha subito nel tempo, sino a chiarire che la norma oggi in vigore non ha nulla a che fare con la tutela del patrimonio, in particolare dovendosi escludere che il disvalore del reato presupposto si rifletta nel fatto tipico del riciclaggio e la funzione di quest'ultima incriminazione si risolva ancora nell'ottica di un *reato ostacolo* rispetto a quello presupposto¹⁶.

Anche su questo aspetto non indugero, non senza notare, tuttavia, che proprio la progressiva "rarefazione" del reato presupposto e il suo sganciamento logico e fattuale ("affrancamento")

¹² Per tutti, P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I profili penali della bonifica dei siti contaminati*, in *Amb.* 2000, 420; Cass. Sez. III, 8 marzo 2007, n. 9794, Montigiani, in *Guida dir.*, 2007, 20,81, con nota A. NATALINI, *Sul traffico illecito di rifiuti restano le criticità di sempre*.

¹³ Volendo, D. BRUNELLI, *Profili penali nella bonifica dei siti inquinati*, in *La bonifica dei siti inquinati: aspetti problematici*, a cura di P.M. Vipiana Perpetua, Padova, 2002, 221 ss.; Cass. Sez. III, 24 aprile 2000, n. 1783, Pizzuti, in *Cass. pen.*, 2002, 2875, con nota di F. ANILE, *La difficile applicazione della disciplina della bonifica dei siti contaminati, ex art 17 d.lgs. n. 22/97: irretroattività del fatto o di diritto?*

¹⁴ Cass. Sez. III, 9 luglio 2007, n. 26479, Magni, in *Dir. giur. agr.*, 2009, II, 421, con nota di A. COVIELLO, *Sulla natura giuridica del reato di omessa bonifica dei siti inquinati*.

¹⁵ F. ANILE, *La difficile applicazione della disciplina della bonifica dei siti contaminati*, cit., 2888.

¹⁶ Il quadro è efficacemente tratteggiato da M. ANGELINI, *Il reato di riciclaggio (art. 648 bis c.p.). Aspetti dogmatici e problemi applicativi*, Torino, 2008, 19 ss.; per il punto sul problema della individuazione del bene giuridico nel delitto di riciclaggio, v. anche, tra gli altri, V. PLANTAMURA, *Riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita e confisca*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, vol. X, Torino, 2011, 860 ss. Si veda ora anche la pregevole ricostruzione operata da Cass. Sez. un., 13 giugno 2014, n. 25191, Iavarazzo.

dalla condotta di riciclaggio hanno rappresentato un argomento “forte” a favore della possibilità di cancellare il c.d. “privilegio” dell’autoriciclaggio che si legge nella clausola di apertura dell’art. 648 *bis*, una volta escluso che la condotta del riciclatore fosse già compresa nel disvalore espresso dall’incriminazione del reato presupposto e che quel “beneficio” fosse il tributo da pagare al principio del *ne bis in idem*. Ma, proprio nel momento in cui prende corpo l’operazione legislativa che liquida la contestata “immunità”, ci si deve accorgere che l’art. 648-*ter*.1 finisce per recuperare automaticamente un margine di collegamento tra reato presupposto e condotta tipica, dal momento che entrambi *sono riferiti alla stessa persona*.

La circostanza, pur rimanendo non selezionata preventivamente dal legislatore la tipologia del reato presupposto, determina una maggiore concretizzazione dell’elemento in questione, del quale si dovranno avvistare le modalità realizzative, e dunque anche il tempo della commissione, al fine di accertare se esso sia stato commesso dallo stesso riciclatore.

Da questo punto di vista, si può sin d’ora notare che l’incriminazione dell’autoriciclaggio non incarna solo uno strumento per rendere più efficace la lotta contro la circolazione delle ricchezze illecite, come hanno proclamato i suoi fautori, ma determina anche una più approfondita tutela dei beni a cui mira la previsione del reato presupposto, rappresentando (almeno in linea teorica) per l’aspirante reo un ostacolo maggiore al conseguimento della rendita da reato e quindi una ragione in più per astenersi dalla sua realizzazione¹⁷.

3.1. *Autoriciclaggio e rapina impropria.*

Ciò posto, recente giurisprudenza ha avuto modo di indagare sulla questione relativa alla natura giuridica e al ruolo di un comportamento del reo che precede la condotta tipica, onde stabilire se tale comportamento integri gli estremi del (mero) presupposto – in quanto tale estraneo al precetto – ovvero di una preliminare condotta tipica, che non esaurisce il fatto, ma ne introduce la realizzazione (reato a condotta complessa o con due condotte). La questione controversa, molto “famosa”, riguarda la configurabilità del tentativo di rapina impropria, a fronte di una violenza commessa dal reo dopo un tentativo di furto, allo scopo di conseguire l’impunità; come noto, le Sezioni unite hanno riconfermato l’orientamento assolutamente prevalente, a favore della risposta affermativa, in particolare negando che con l’espressione «immediatamente dopo la sottrazione», che compare nell’art. 628, comma 2, c.p., il legislatore abbia voluto designare un mero presupposto fattuale della condotta tipica di «violenza o minaccia alla persona». Ciò principalmente perché la «sottrazione» è «pur sempre [...] una condotta consapevole e già illecita dello stesso agente e non certo [...] un elemento naturale o giuridico anteriore all’azione delittuosa e indipendente da essa»¹⁸.

Ho già discusso, in altra sede, questa affermazione della Corte suprema, dalla quale si ricava che giammai un reato potrebbe costituire “mero” presupposto fattuale di altro reato se ne è autore la stessa persona e non ripeto qui gli argomenti che mi portano a ritenere che si tratta di opinione infondata, anche alla luce di indicazioni sistematiche che mostrano l’esistenza nell’ordinamento di reati che pacificamente trovano il loro presupposto nella realizzazione di un previo reato da parte dello stesso soggetto¹⁹.

Dunque, non sarebbe “scandaloso” che un futuro possibile orientamento giurisprudenziale favorevole alla punibilità dei c.d. autoriciclaggi pregressi passasse attraverso il ripudio di una simile impegnativa affermazione in diritto e riconoscesse che il reato commesso dall’autoriciclatore è un mero presupposto della condotta di autoriciclaggio nell’art. 648-*ter*.1. Non sarebbe la prima volta che orientamenti accomunati dalla vocazione “efficientista” e “performativa” della risposta penale, consonanti con supposti bisogni sociali di punizione, debbano invece divergere sulle premesse giuridiche dei loro prodotti, sino a contenere enunciati incompatibili; del resto, riconoscere un errore – ammesso che davvero vi possa essere una simile ammissione – è atteggiamento preferibile rispetto al perseverarvi.

¹⁷ Già A. CASTALDO-N. NADDEO, *Il denaro sporco*, Padova, 2010, 92, avevano notato che la cancellazione della clausola di non punibilità dell’autoriciclaggio avrebbe comportato il ritorno della reato di riciclaggio ad un ruolo accessorio rispetto al reato presupposto.

¹⁸ Cass. Sez. un., 12 settembre 2012, n. 34952, Reina, in *Cass. pen.*, 2013, 52.

¹⁹ V. D. BRUNELLI, *Tentativo della rapina impropria: le Sezioni Unite liquidano sul nascere i segnali di enforcement del precedente*, in *Cass. pen.*, 2013, 61 ss., a cui mi permetto rinviare anche per le indicazioni bibliografiche e dei precedenti giurisprudenziali.

Neppure una via d'uscita dalla situazione "imbarazzante" potrebbe rinvenirsi osservando che il dibattito insorto a proposito del tentativo di rapina impropria non può essere riversato sulla materia problematica degli autoriciclaggi pregressi perché, mentre nel caso dell'art. 648-ter.1, il reato presupposto rimane perfettamente applicabile in *concorso* a carico dell'autoriciclatore, nel caso dell'art. 628, comma 2, la più grave figura della rapina impropria *assorbe*, come reato complesso, la meno grave e componente figura del furto, il cui precetto si troverebbe a scomparire qualora i suoi estremi costitutivi (divieto di «sottrazione») degradassero a mero presupposto.

Anche questo è un tema, assai poco studiato, di teoria generale. Sono coinvolti il significato e la portata del fenomeno dell'"assorbimento" di un reato in un altro che ne contiene struttura e/o disvalore, dovendosi stabilire se quel fenomeno equivalga ad una "cancellazione" di rilevanza giuridica o ad una instabile "messa da parte" provvisoria coinvolgente la mera punibilità. In ogni caso, pur senza approfondire, appare evidente che la materia (unità o pluralità di reati) è troppo impregnata da valutazioni di convenienza politico-criminale – si veda per esempio la norma dell'art. 301, comma 3, c.p. che deroga per tali ragioni al principio di specialità – per connettervi implicazioni in chiave di qualificazione concettuale di elementi del reato. Non sarebbe corretto far dipendere la natura giuridica di un determinato elemento della fattispecie criminosa dalle mutevoli valutazioni circa l'unicità o la pluralità delle risposte sanzionatorie; in particolare, quanto alla nostra questione, non sarebbe corretto sostenere che se il reato rimane unico ciò vuol dire che esso è composto da *più* precetti, mentre se si applica congiuntamente agli altri significa che contiene *un solo* precetto.

3.2.

Reato "a monte" e condotta di autoriciclaggio.

Ma la ragione per la quale, in definitiva, appare molto difficile assegnare al reato commesso dall'autoriciclatore la natura di presupposto della condotta, tenendolo così al riparo dalla scansione temporale imposta dall'art. 25, comma 2, Cost., non risiede a ben vedere, comunque, nella sua dimensione di fatto illecito, vietato dall'ordinamento.

Infatti, esclusa, a mio avviso, l'attendibilità di un simile criterio, ciò che conta, in tali casi, è il *rapporto logico-strutturale* che nella fattispecie si instaura tra i due comportamenti posti in essere in sequenza temporale da parte dello stesso agente.

Nella fattispecie della rapina impropria – che ho preso come modello di paragone – emerge che solo "dopo" la sottrazione l'agente *decide* di commettere una violenza o una minaccia, nei confronti di chi cerca di non perdere definitivamente il contatto con la cosa mobile o si intromette per trattenerlo o identificarlo.

Chi sostiene, fondatamente, che in questa fattispecie la sottrazione funge da mero presupposto si basa, infatti, sulla "indipendenza" di tale comportamento da quello attorno al quale viene costruito il precetto (violenza o minaccia alla persona), tanto è vero che quest'ultimo non costituisce certamente il "risultato" (causale o strumentale) del primo; al contrario è il contenuto del precetto che "dipende" dalla esistenza del presupposto, perché esso conferisce alla (unica) condotta il significato offensivo che altrimenti non avrebbe e dunque la "condiziona" e la "illumina", sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo²⁰.

Se questo è il criterio diagnostico corretto da utilizzare anche per individuare la natura giuridica del reato da cui provengono il denaro, i beni o le altre utilità oggetto di autoriciclaggio, il parallelo tra rapina impropria e autoriciclaggio può dirsi interrotto proprio dal suo impiego. Infatti, non sembra si possa sostenere che la commissione del reato "a monte" sia disfunzionale rispetto all'impiego economico dei proventi e, dunque, che tale ultima prospettiva compaia all'orizzonte solo dopo che il reato sia stato commesso.

In realtà, la messa a reddito dei proventi è il verosimile e frequente risultato avuto di mira con la commissione del reato "a monte", non solo dal punto di vista criminologico e comunque nella prospettiva del singolo agente; esso lo è (sempre) anche dal punto di vista obiettivo-strutturale. Infatti, attraverso l'incriminazione dell'autoriciclaggio e la formulazione della nuova

²⁰ T. PADOVANI, *Tentativo di sottrazione e tentativo di rapina impropria*, in *Giur. it.*, 1977, II, 231, per il quale la sottrazione nel delitto di rapina impropria non ha alcun rapporto con la violenza o la minaccia, né può esprimerne la direzione finalistica a commetterla; volendo, v. anche D. BRUNELLI, *Brevi considerazioni su tentativo di rapina impropria e fattispecie penali con plurimo comportamento*, in *Cass. pen.*, 2003, 3627.

fattispecie, è il legislatore a cristallizzare tale rapporto, a prendere in considerazione il legame strumentale tra la commissione del reato produttivo di utilità economicamente rilevanti e la condotta di impiego di tali risorse, in vista della loro “ripulitura” e del loro incremento.

La sequenza fotografata è allora quella di due condotte, distinte logicamente e cronologicamente, di cui la prima è funzionale alla seconda e non indipendente da essa. Il raffronto va fatto non più con la rapina impropria, ma – per esempio – con il falso in scrittura privata (art. 485 c.p.), in cui sono previste in sequenza le due condotte di formazione dell’atto falso e del successivo uso, entrambe componenti il fatto e il precetto.

Non inficia il parallelismo, come notato sopra, la circostanza che mentre la (previa) formazione dell’atto falso non costituisce un autonomo reato, la commissione del reato “a monte” dell’autoriciclaggio mantiene la sua autonoma rilevanza penale ed è – prevedibilmente – chiamato a concorrere con il reato di cui all’art. 648-ter.1, non rimanendo in questo assorbito. Si è visto, infatti, che le vicende relative al dilemma unità-pluralità di reati non debbono rifluire sui profili strutturali degli elementi che compongono la fattispecie criminosa, e, del resto, il ruolo del reato “a monte” non potrebbe cambiare se, per ipotesi, finisse per prevalere l’opposta opinione – niente affatto bizzarra – che ravvisasse nella vicenda gli estremi di un ante-fatto non punibile e ritenesse l’assorbimento del primo reato nel secondo.

Neppure a diversa conclusione si dovrebbe pervenire enfatizzando il rilievo della *aspecificità* del titolo del reato “a monte”. Attraverso tale tecnica, infatti, il legislatore non ha inteso “astrattizzare” il dato, bensì semplicemente ha rinunciato a elencare le tipologie dei reati in grado di generare autoriciclaggio. Quel «delitto non colposo» non è un qualunque delitto, ma un singolo fatto di reato produttivo di danaro, beni o altre utilità suscettivi di impiego e resa economica, concretamente posto in essere dal soggetto che in seguito compie le ulteriori condotte tipiche.

Dal punto di vista processuale, quella ricchezza impiegata non avrà il carattere della astrattezza propria dell’oggetto dell’eteroriciclaggio, ma sarà riconducibile necessariamente a quell’episodio concreto perché si dovrà dimostrare che unico è il soggetto agente. Ecco perché, anche sul piano criminologico, il fenomeno dell’autoriciclaggio va tenuto distinto da quello dell’eteroriciclaggio²¹, e perché, sul piano del contenuto offensivo, solo la prima (neonata) figura può dirsi omogenea rispetto al reato “a monte”, costituendone un prolungamento esecutivo.

L’autoriciclaggio da “privilegio” foriero di non punibilità diventa un “accessorio” punitivo che migliora e qualifica la tutela offerta dal reato “a monte”, così come la minaccia di pena in esso ora incorporata – inferiore, non a caso, a quella del riciclaggio – dovrebbe maggiormente trattenere dal commettere tale reato, che si vuole far diventare così tendenzialmente “improduttivo”²².

4.

Rilevanza penale dell’attività economica già intrapresa.

Tutto quanto precede mi induce, dunque, a ritenere che la risposta più corretta dal punto di vista logico-sistematico – ancorché “scomoda” e sorprendente – al quesito da cui siamo partiti è che la nuova incriminazione non si possa applicare all’autoriciclaggio per reati pregressi, siccome l’intero fatto (comprensivo del «delitto non colposo») descritto nell’art. 648-ter.1 deve essersi verificato dopo l’entrata in vigore della norma²³.

La diversa conclusione – il «delitto non colposo» è un mero presupposto della condotta per cui non rileva il tempo della sua realizzazione – cozzerebbe, da un lato, con l’impiego del criterio diagnostico più adeguato, d’altro lato, con il ragionamento proposto dalle Sezioni unite della Cassazione, che hanno ritenuto – sbagliando, a mio avviso – che giammai un fatto illecito e quindi di per sé vietato possa fungere da presupposto della condotta tipica.

²¹ Lo sottolineano: M. ANGELINI, *Il reato di riciclaggio*, cit., 42 ss.; M. NADDEO-D. MONTEMURRO, *Autoriciclaggio e teoria degli insiemi*, cit., 353.

²² Come noto, infatti, era su questa implicazione che si incentrava una delle ragioni contrarie alla eliminazione della clausola di non punibilità; per esempio, S. SEMINARA, *I soggetti attivi*, cit., 236, rilevava che la punizione dell’autoriciclaggio si sarebbe risolta in una automatica causa di aggravamento della responsabilità per il reato presupposto e che tale esito «forse da taluni apprezzabile sul piano della prevenzione generale» sarebbe stato «certamente disastroso per la razionalità del sistema».

²³ Se si tratta di reato permanente, la condotta deve perciò essersi protratta oltre tale data e i proventi impiegati o utilizzati dovrebbero riferirsi a tale ulteriore periodo consumativo, come nel caso individuato da Cass. Sez. un., 13 giugno 2014, cit. relativo al delitto di associazione mafiosa dalla cui attività generino direttamente proventi illeciti, senza il “passaggio” intermedio della commissione di delitti scopo.

Tuttavia, non è difficile prevedere che, più forte della coerenza sistematica saranno le ragioni di *realpolitik*, palesemente militanti per l'opposta soluzione.

Anche in questo caso, per la verità, potrebbe residuare un ulteriore problema di compatibilità tra il divieto di retroattività e l'applicazione della norma alle vicende *in fieri*.

Infatti, poiché la condotta tipica del nuovo reato, descritta, secondo un'ampia gamma di forme e combinazioni, come «impiego, sostituzione o trasferimento, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative» dei proventi illeciti, può durare nel tempo, dando luogo ad un reato di durata, si può immaginare che tale condotta sia iniziata prima dell'entrata in vigore della nuova legge, e proseguita dopo tale data. Nulla di male, in generale, a prevedere l'applicazione del reato di autoriciclaggio per la parte di condotta che si posiziona dopo l'entrata in vigore della legge – una volta superato l'ostacolo di cui ho parlato sinora – ma non si deve dimenticare che tale condotta può concretamente presentarsi in molti modi, trattandosi di attività “complessa”.

Investire in una impresa significa compiere una molteplicità di atti, talvolta dipendenti gli uni dagli altri, ciascuno comportante un esborso economico. Per esempio può accadere che l'attività finanziata con il denaro di provenienza illecita abbia già speso in strutture e assunto personale, ordinato commesse e avviato l'attività; che succede allora se, una volta entrata in vigore la legge, il colpevole del reato a monte con lo stesso denaro paga le forniture in adempimento di contratti stipulati anteriormente?

Si dirà che non deve adempiere se non vuol commettere il reato di autoriciclaggio, anche se sarà dura comunicare ai dipendenti e ai creditori che l'impresa chiude per evitare al titolare o al finanziatore di finire in galera. Però, quanto quel «fatto commesso» dopo l'entrata in vigore della legge costituisce violazione del nuovo precetto penale e non mera prosecuzione di attività posta in essere precedentemente, in assenza di analogo divieto?

Ricavare dalla immediata vigenza della norma un onere di interruzione dell'attività economica in precedenza avviata significa anche accentuare la tensione con il principio del *nemo tenetur se detegere*, che le opinioni contrarie all'incriminazione dell'autoriciclaggio non avevano mancato di evidenziare.

Insomma, le rapide note che precedono fanno presagire che l'entrata in scena del nuovo reato non sarà indolore; ammesso, ma non concesso, che le cose miglioreranno superate le vicende intertemporali, il suo varo applicativo propone questioni giuridiche non semplici da risolvere, neppure col criterio sbrigativo della “utilità” e della “convenienza” pratica, solitamente seguito dalla giurisprudenza nei casi più scabrosi.

APOCALITTICI O INTEGRATI? IL NUOVO REATO DI AUTORICICLAGGIO: RAGIONEVOLI SENTIERI ERMENEUTICI ALL'OMBRA DEL "VICINO INGOMBRANTE"

Stefano Cavallini e Luca Troyer*

ABSTRACT

Il lavoro, prendendo atto dell'introduzione del delitto di autoriciclaggio, si propone di evidenziarne gli aspetti maggiormente apprezzabili e i profili che, già ad una prima lettura, appaiono presentare possibili criticità. Su un piano più generale, si prospetta un potenziale effetto paradossale derivante dall'applicazione dei principi in materia di concorso di persone nel reato proprio, quale l'autoriciclaggio: l'interrogativo attiene, in particolare, alla perdurante operatività delle fattispecie comuni di cui agli artt. 648 bis e 648 ter c.p. Conclusivamente si concentra l'attenzione sulle interazioni tra delitti tributari e (auto)riciclaggio, legame "genetico", considerato il contesto normativo in cui la norma incriminatrice ha trovato origine (disciplina della cd. *voluntary disclosure*), che solleva più di un interrogativo.

SOMMARIO

1. Genealogia di un "novum": ambientamento giuridico. – 2. L'autoriciclaggio come pianeta a sé stante: cronaca di una progressiva selezione normotipica... – 3. (*segue*) ... e di permanenti difettosità normopoietiche. – 4. (*segue*) La decifrazione teorico-pratica dell'"esimente" del quarto comma. – 5. Un possibile effetto paradossale: e se il riciclatore rispondesse di concorso in autoriciclaggio? – 6. Il risparmio d'imposta come oggetto materiale di un (auto)riciclaggio per equivalente? – 7. Il sistema penale davanti ai patrimoni oggetto di evasione: il metodo del bastone (autoriciclaggio) e della carota (*voluntary disclosure*) può funzionare?

* Il presente contributo è l'esito di una riflessione comune degli Autori; spettano tuttavia a Stefano Cavallini i paragrafi 2, 3, 4.2. e 5, a Luca Troyer i paragrafi 4.1., 4.3., 6 e 7, ad entrambi il paragrafo 1. Un sentito ringraziamento va ad Alex Ingrassia per i preziosi suggerimenti prestatigli durante l'intera stesura del lavoro.

«Ma quando si venne alla scrittura: “Questa scienza o re, disse Theut, renderà gli egiziani più sapienti e più atti a ricordare, perché questo ritrovato è un rimedio giovevole e alla memoria e alla dottrina”. E il re disse: “O artificiosissimo Theut, altri è abile a generare le arti, altri a giudicare qual vantaggio o qual danno può derivarne a chi sarà per servirsene. E ora tu, come padre delle lettere, nella tua benevolenza per loro hai affermato il contrario di ciò che possono. Esse infatti, col dispensare dall’esercizio della memoria, produrranno l’oblio nell’animo di coloro che le abbiano apprese, come quelli che, confidando nella scrittura, ricorderanno per via di questi segni esteriori, non da sé, per un loro sforzo interiore”».

PLATONE*

1. Genealogia di un “*novum*”: ambientamento giuridico.

Nell’accingersi ad un primo¹ – e giocoforza provvisorio – commento al nuovo delitto di autoriciclaggio², introdotto dalla l. 186/2014 all’art. 648 *ter*.1. c.p.³, imprescindibile appare – per non marginali esigenze di razionalità metodologica – muovere dal precedente stato dell’arte, già oggetto di riflessioni su queste pagine⁴. Ad una fattispecie, quella dell’art. 648 *bis* c.p.⁵, forgiata sull’iperdeterrenza dell’*intentio legis*, e come tale sagomata su una tipicità potenzialmente onnicomprensiva, seguiva – in ultima analisi ed in estrema sintesi – una marcata ipoeffettività applicativa.

La radice primigenia della lamentata rottura tra una norma dal volto (solo simbolicamente) feroce, una sofisticata e variegata fenomenologia criminale e la prassi giudiziaria veniva

* Così Platone nel Fedro, nella traduzione di U. Eco, Apocalittici e integrati, VIII ed., Torino, 1989, p. 29.

¹ Per una efficace sintesi delle novità introdotte con l’approvazione del disegno di legge n. S. 1642, si veda G.L. GATTA, *Introdotta il delitto di autoriciclaggio (unitamente ad una procedura di collaborazione volontaria all’emersione di capitali all’estero, assistita da una causa di non punibilità per i reati tributari e di riciclaggio)*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2014.

² Per un commento “a caldo” della norma incriminatrice, in chiave apertamente critica: F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: una fonte inesauribile di “effetti perversi” dell’azione legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2014, ad avviso del quale i notevoli ed indesiderabili effetti collaterali della nuova formulazione delittuosa, pur prevedibili, rappresentano un sacrificio imposto dalle attuali circostanze politico-sociali, tutte propense all’incriminazione dell’autoriciclaggio. Per un breve commento incondizionatamente adesivo si legga N. MAINIERI-M. PACINI, *I lavori per l’introduzione del reato di riciclaggio*, in *Diritto & Giustizia*, 15 dicembre 2014. Per un intervento in senso, invece, sostanzialmente positivo, ma non scevro da notazioni critiche e, comunque, volto all’individuazione di un ragionevole perimetro di offensività F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.*, 24 dicembre 2014.

³ Norma che qui si riporta – aggiungendovi tra parentesi i numeri dei singoli commi – per maggiore comodità del lettore. Recita in particolare l’art. 3 comma 3 l. 186/2014: « Art. 648-*ter*.1. – (*Autoriciclaggio*). – (1) Si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 ad euro 25.000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l’identificazione della loro provenienza delittuosa. (2) Si applica la pena della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 se il denaro, i beni o le altre utilità provengono dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. (3) Si applicano comunque le pene previste dal primo comma se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da un delitto commesso con le condizioni o le finalità di cui all’articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e successive modificazioni. (4) Fuori dei casi dei commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale. (5) La pena è aumentata quando i fatti sono commessi nell’esercizio di un’attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale. (6) La pena è diminuita fino alla metà per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l’individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto. (7) Si applica l’ultimo comma dell’art. 648 ».

⁴ Il richiamo, se è consentito, è a L. TROYER-S. CAVALLINI, *La “clessidra” del riciclaggio ed il privilegio di self-laundering: note sparse a margine di ricorrenti, estratti furori del legislatore*, in questa *Rivista*, 2, 2014, p. 49.

⁵ La produzione scientifica in tema di riciclaggio è amplissima, e sarebbe impossibile ripercorrerla in questa sede. Rinviando il lettore, ove lo desidera, al già citato L. TROYER-S. CAVALLINI, *La “clessidra” del riciclaggio ed il privilegio di self-laundering*, cit., p. 50 per ulteriori citazioni bibliografiche. Giova qui richiamare, *ex multis*: M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, 1997; A. CASTALDO-M. NADDEO, *Il denaro sporco*, Padova, 2010; M. ANGELINI, *Il reato di riciclaggio (art. 648 bis c.p.). Aspetti dogmatici e problemi applicativi*, Torino, 2008; R. ACQUAROLI, *Il riciclaggio*, in F. PALAZZO-C. E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, vol. VII, F. VIGANÒ-C. PIERGALLINI (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2011, p. 805; G. PECORELLA, voce *Denaro (sostituzione di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, 1989, p. 366; G. DONADIO, *Art. 648 bis*, in G. LATTANZI-E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. XII, *I delitti contro il patrimonio*, Milano, 2010, p. 825; M. ARNONE-S. GIAVAZZI (a cura di), *Riciclaggio e imprese. Il contrasto alla circolazione dei proventi illeciti*, Milano, 2011; L. D. CERQUA, *Il delitto di riciclaggio dei proventi illeciti (art. 648 bis c.p.)*, in E. CAPPA-L. D. CERQUA (a cura di), *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, Milano, 2012, p. 47; P. MAGRI, *I delitti di riciclaggio e reimpiego*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, vol. VII, *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, tomo II, Padova, 2007, p. 419; V. PLANTAMURA, *Riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, e confisca (artt. 648 bis, 648 ter e 648 quater)*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. X, *I delitti contro il patrimonio*, Torino, 2011, p. 844.

cristallizzata nella fragilità del ponte che univa – e tuttora a ben guardare unisce – i due segmenti del fatto di riciclaggio (la commissione di un delitto presupposto, da un lato; la successiva condotta di ripulitura, dall'altro), ovvero quella clausola di riserva che, nel ritagliare il c.d. privilegio di *self-laundering*, di fatto sterilizzava la funzionalità operativa della norma incriminatrice (in ciò, peraltro, involontariamente coadiuvata da una ricostruzione giurisprudenziale del contributo concorsuale rilevante – specie morale – apertamente de-tassativizzante). Breve: essendo spesso il reato presupposto del riciclaggio punito meno severamente di quest'ultimo, risulta(va) più conveniente per l'imputato *ex art. 648 bis c.p.* un'affermazione di responsabilità a titolo di concorso (quanto meno morale) nel primo delitto.

Se, insomma, su un piano di politica criminale, si fosse ritenuta opportuna la rescissione della clausola di riserva, così presidiando penalmente l'autoriciclaggio, occorreva senz'altro – onde evitare un automatico, generalizzato e draconiano aggravio sanzionatorio per la totalità dei delitti produttivi di proventi – ripermire la fattispecie “base” di riciclaggio in nome della frammentarietà⁶, attraverso interventi vuoi sul terreno della oggettiva materialità, vuoi sul crinale della dosimetria edittale.

Non può sfuggire e non può che essere salutato con favore, allora (circoscrivendo il fuoco all'essenziale precetto della nuova ipotesi delittuosa), lo sforzo compiuto dal legislatore per “afferrare” la tipicità delle condotte ed ancorarne il disvalore ad un obiettivo – determinato (vale a dire empiricamente tangibile) – pericolo per i beni giuridici tutelati. Sennonché, come si avrà immediatamente modo di rilevare, estremamente problematico sembra profilarsi il trapianto dell'inedita figura criminosa – che parrebbe combinare i tratti del riciclaggio e del reimpiego – nel già affollato panorama repressivo in cui la stessa è destinata ad innestarsi: e ciò, soprattutto, per l' (inopinata) opzione legislativa di affiancare ai “tradizionali” avamposti del riciclaggio e del reimpiego – piuttosto che (come sarebbe stato logicamente più lineare) farla germinare nel tronco di queste ultime – una fattispecie di nuovo conio, in una sorta di “mitosi”⁷ delittuosa dagli esiti, addirittura, potenzialmente paradossali. Un “*overcrowding*”, comunque, che – volendo azzardare una previsione – potrebbe finire per decretare la fagocitazione delle norme di vecchia generazione, a tutto vantaggio del delitto di autoriciclaggio, novello “normo-cannibale”.

Il presente lavoro si snoderà, quindi, lungo i sentieri dianzi tracciati, secondo un duplice binario di indagine: da un lato, riguardando la norma incriminatrice quale monade, verranno evidenziati gli apprezzabili interventi contenitivi in punto di precisione, offensività e proporzione sanzionatoria rispetto al (perdurante) modello del riciclaggio; dall'altro, si tratteranno quelli che, già da ora, appaiono i (nient'affatto trascurabili) principali nodi esegetici dell'articolato dell'art. 648 *ter.1.* c.p., e – provando a rischiarare gli “angoli ciechi” di sistema (evidentemente sottovalutati dal legislatore) – si enucleeranno le macro-criticità dogmatiche della variante italiana del *self-laundering*⁸. Si cercherà in tal modo – sfruttando l'abbrivio di chi ci ha autorevolmente preceduto⁹ – di non arroccarsi su posizioni “apocalittiche” (posto che, ormai, la norma incriminatrice è un dato di realtà, con il quale è indispensabile fare i conti), e, al contempo, di non appiattirsi su una acritica “integrazione” (salutando aprioristicamente con favore la nuova figura delittuosa)¹⁰: soltanto una preliminare presa di coscienza degli aspetti positivi e dei (molti) problemi sul tappeto può, invero, preparare il terreno alla ricerca di ragionevoli ed efficaci soluzioni ermeneutiche e pratico-applicative.

⁶ Frammentarietà che, si osservi, avrebbe in certo modo compensato l'ampliamento della platea di soggetti attivi del reato.

⁷ Seppur, come si è accennato e come si vedrà meglio in seguito, con la significativa puntualizzazione del sostrato di tipicità oggettiva della fattispecie.

⁸ A tali criticità sembra estranea la violazione del principio del *ne bis in idem*, che dunque non sarà oggetto di specifica riflessione. L'art. 648 *ter.1.* c.p., infatti, tipizza comportamenti – in astratto e sul piano del disvalore intrinseco – alquanto differenti da quelli degli svariati reati presupposto ipotizzabili, e, quindi, dotati di un'autonomia logica e valoriale. In senso analogo, [F. MUCCIARELLI, Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio](#), cit., p. 6.

⁹ Il riferimento in particolare è a [F. MUCCIARELLI, Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio](#), cit.

¹⁰ Il riferimento “apocalittici o integrati”, contenuto anche nel titolo, è ripreso dal famoso saggio di U. Eco, *Apocalittici e integrati*, cit. Qui si vorrebbe richiamare la scelta metodologica dell'Autore (p. 3), di seguito in parte parafrasata, per cui «è profondamente ingiusto sussumere degli atteggiamenti umani – in tutta la loro varietà, in tutte le loro sfumature – sotto due concetti generici e polemici come quelli di “apocalittico” e “integrato”. Certe cose si fanno perché la titolazione di un [saggio] ha le sue esigenze (...); e si fanno anche perché, se si vuole impostare un discorso introduttivo (...) occorrerà fatalmente identificare alcune linee metodologiche generali: e per definire ciò che *non* si vorrebbe fare, risulta comodo tipizzare all'estremo una serie di scelte culturali, che naturalmente andrebbero analizzate in concreto».

2.

L'autoriciclaggio come pianeta a sé stante: cronaca di una progressiva selezione normotipica...

2.1. L'inedita confluenza – nell'alveo del *novum* delittuoso – delle condotte di riciclaggio e di reimpiego¹¹ si rifrange immediatamente sul bene giuridico protetto dall'art. 648 *ter.1.* c.p., che – nutrendosi di quella combinazione – si connota per una spiccata plurioffensività¹² (peraltro già latente sullo sfondo del riciclaggio¹³): così, se – anche in ragione della collocazione sistematica – non può sottacersi la permanente matrice patrimonialistica, il *mixtum* di condotte autoriciclatorie esalta al contempo la dimensione dell'offesa al mercato e alla concorrenza, *in apicibus* inquinati dalla re-immissione di capitali sporchi nel circuito dell'economia legale¹⁴. A lumeggiare tale proiezione di tutela, invero, è proprio la compenetrazione dei paradigmi (dai contorni, comunque, già di per sé alquanto liquidi) della sostituzione/trasferimento (eredi, in ultima battuta, del volto originario del riciclaggio, gemmato dalla ricettazione), per un verso, e dell'investimento (sostrato finalistico dell'impiego in attività economiche), per l'altro¹⁵, che fonde – per l'autoriciclatore – quello che per l'*extraneus* rimane, almeno sulla carta¹⁶, ancora distinto.

2.2. È soprattutto sul crinale della tipizzazione delle condotte disolute e della loro reale offensività, peraltro, che si coglie con più nitidezza – nel raffronto astratto, segnatamente, con il “vecchio” riciclaggio – la parziale rottura rispetto al passato, nel segno di una revisione selettiva dell'altrimenti sconfinato orizzonte di tipicità penale dell'art. 648 *bis* c.p.: obiettivo perseguito, nella cornice dell'art. 648 *ter.1.* c.p., con un binomio di interventi – una soppressione ed una aggiunta – di notevole impatto (auspicabilmente non solo teorico¹⁷):

a) in primo luogo, nel processo di “importazione” dall'art. 648 *bis* c.p. si è ritagliata l'area del penalmente illecito, espungendovi il riferimento alle “altre operazioni”, così innalzando il complessivo tasso di determinatezza della fattispecie di autoriciclaggio e decretandone – anche *in parte qua* – la specialità rispetto alla ipotesi originaria;

b) in secondo luogo (traghetando le conclusioni cui una parte della dottrina era giunta già nel contesto dell'art. 648 *bis* c.p. alla lettera della legge¹⁸), si è *apertis verbis* agganciata

¹¹ La suddetta combinazione non ha mancato di suscitare perplessità in dottrina, ove si era auspicato che la nuova fattispecie enfatizzasse soprattutto il modello dell'occultamento della provenienza delittuosa del bene, piuttosto che quello dell'impiego o del trasferimento: cfr. in proposito A. LANZI, *Considerazioni e osservazioni di carattere penalistico in relazione al Disegno di Legge 1642 in tema di rientro dei capitali e autoriciclaggio (audizione davanti alle Commissioni riunite Giustizia e Finanze del Senato)*, 20 novembre 2014, in www.senato.it, p. 42.

¹² La coesistenza, accanto alla concorrenza, della matrice patrimonialistica (o di tutela della corretta amministrazione della giustizia) non è scevra di corollari, come si avrà modo di vedere, nella soluzione di una pluralità di situazioni nient'affatto infrequenti nella prassi.

¹³ In dottrina si è registrato un progressivo ampliamento della platea di interessi ritenuti presidiati dall'art. 648 *bis* c.p., essendosi spostato l'accento, con varietà di soluzioni e di combinazioni, dall'originaria tutela del patrimonio alla amministrazione della giustizia, all'ordine pubblico, all'economia pubblica e alla tutela del risparmio e della concorrenza. Per un quadro ricostruttivo, anche in chiave diacronica, per tutti: G. DONADIO, *Art. 648 bis*, cit., pp. 834 e ss.

¹⁴ Come è stato incisivamente sottolineato, «l'idea di fondo, che sembra giustificare l'incriminazione dell'autoriciclaggio, riposa sulla considerazione di *congelare* il profitto in mano al soggetto che ha commesso il reato-presupposto, in modo da impedirne la sua utilizzazione maggiormente offensiva, quella che espone a pericolo o addirittura lede “l'ordine economico”»: così F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 5.

¹⁵ Critica si è mostrata, su questa scelta unificante del legislatore, una parte della dottrina, già in sede di lavori preparatori: in argomento, A. LANZI, *Considerazioni e osservazioni*, cit., p. 41.

¹⁶ Giacché, anticipando quanto si dirà appresso (cfr. *infra*, par. 5), detta conclusione non appare affatto scontata, dovendosi invece, probabilmente, prendere atto del superamento nei fatti di quelle fattispecie incriminatrici.

¹⁷ Spetterà, infatti, soprattutto alla giurisprudenza, da un lato, non obliterare il dato di diritto positivo, facendo rientrare dalla porta degli altri comportamenti contemplati dalla fattispecie incriminatrice quelle fuoriuscite dalla finestra dell'espunzione delle “altre operazioni”, dall'altro, non ridurre ad un vacuo simulacro il richiamo legislativo alla concreta idoneità offensiva delle condotte delittuose.

¹⁸ Sulla necessità di una lettura già dell'art. 648 *bis* c.p. come reato di pericolo concreto e come contenente, in via implicita, un riferimento all'idoneità della condotta, F. GIUNTA, *Elementi costitutivi del reato di riciclaggio. I rapporti con il d.lgs. 231/07. Le prospettive di riforma*, in M. ARNONE-S. GIAVAZZI (a cura di), *Riciclaggio e imprese. Il contrasto alla circolazione dei proventi illeciti*, Milano, 2011, p. 88, elemento che varrebbe ad escludere – ad es. – la rilevanza penale del mero deposito in banca del denaro sporco. Analogamente, in dottrina: M. DONINI, *Commento*, in A. CASTALDO-M. NADDEO, *Il denaro sporco*, cit., p. XIII; A. CASTALDO-M. NADDEO, *Il denaro sporco*, cit., p. 139; V. MANES, *Il riciclaggio dei proventi illeciti, teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2004, p. 58. Anche la giurisprudenza si mostra invero talvolta sensibile alle suddette esigenze di concretizzazione: cfr., ad es., Cass. pen. sez. II, n. 18577/2003, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 3642; Cass. pen. sez. II, n. 13448/2005, in *Cass. Pen.*, 2006, pp. 1822 e ss.; Cass. pen. sez. II, n. 15092/2007, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 1921 (s.m.).

l'offesa penalmente tipizzata – con l'inserimento dell'avverbio “concretamente”¹⁹ – al livello del pericolo concreto, così ulteriormente cesellando la fattispecie per il tramite di un peculiare requisito dell'azione²⁰, che impone una esegesi rigorosa della condotta “ostacolante”²¹.

Nella nuova figura delittuosa, dunque, si accentua sensibilmente il nucleo di disvalore del fatto: da un lato, l'espunzione della valvola (le “altre operazioni”), che nell'art. 648 *bis* c.p. consente (grazie alla scarsa consistenza del diaframma “in modo da”) l'immissione nel cono di punibilità di pressoché ogni tipologia di condotta, tiene al riparo dal penalmente illecito, nell'art. 648 *ter.1.* c.p., comportamenti di modesta o inesistente idoneità ostacolante²²; dall'altro, il richiamo alla concretezza del pericolo dovrebbe raffreddare le tentazioni di far rientrare questi ultimi nei concetti di sostituzione, trasferimento o impiego²³. Detto altrimenti, il fatto tipizzato nel nuovo delitto di autoriciclaggio è contrassegnato da una doppia descrizione – un numero chiuso di condotte (impiego, sostituzione, trasferimento, in attività economiche) e i loro effetti (pericolo concreto) – mancante nel delitto di riciclaggio.

E, a completamento dell'opera di focalizzazione del fatto-reato, a tali direttrici si affianca la previsione – al comma quarto dell'art. 648 *ter.1.* c.p. – di una peculiare “esimente”, volta a sbarrare la strada della punibilità a condotte di mera utilizzazione o godimento personale dei proventi delittuosi (previsione che, per la sua complessità dogmatico-pratica, verrà ripresa in un paragrafo a sé stante²⁴).

2.3. Allo scopo di graduare la risposta repressiva, adattandola all'intrinseca offensività della condotta, l'art. 648 *ter.1.* c.p. sdoppia infine la cornice edittale, diversificandola a seconda della pena prevista per il reato presupposto²⁵ (il cui disvalore dovrebbe riflettere – sotto il profilo criminologico, ma con discutibile equazione²⁶ – anche la gravità del successivo autoriciclaggio)²⁷.

Comunque apprezzabile se riguardata dall'angolo visuale della ragionevolezza/proporzionalità del dosaggio sanzionatorio, detta cornice edittale “ancipite” si presta, tuttavia, a qualche margine di dubbio di matrice dogmatica, potendosi leggere la disposizione (in prima approssimazione) sia come fattispecie autonoma sia come circostanza attenuante.

A parere di chi scrive, nondimeno, non sembra potersi disconoscere l'essenza di figura autonoma di reato dell'art. 648 *ter.1.* cpv.²⁸. Milita in tal senso, d'altronde, almeno un duplice

¹⁹ Già la proposta della Commissione “Fiandaca” in materia di criminalità organizzata, istituita con d.m. 10 giugno 2013, ipotizzava l'inserimento, nell'art. 648 *bis* c.p., della concreta idoneità delle operazioni ad ostacolare l'identificazione dei proventi delittuosi. La Relazione della Commissione è pubblicata su questa *Rivista*, 12 febbraio 2014.

²⁰ Ad avviso di F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., pp. 8-9, tale caratterizzazione modale della condotta rimanda al concetto di “artificio” (inteso come comportamento decettivo, dunque non sovrapponibile *ex se* al paradigma della truffa), come tale idoneo ad ostacolare la tracciabilità del percorso che va dalla disponibilità della *res* alla sua genesi.

²¹ Sul punto, analogamente, F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 10.

²² Quali, su tutte, il mero deposito del denaro di illecita provenienza presso un istituto di credito: condotta che la giurisprudenza in materia di riciclaggio ritiene, di fatto neutralizzando l'imprescindibilità dell'idoneità ostacolante, di per sé sufficiente ad integrare il reato: cfr., *ex aliis*, Cass. pen. sez. II, n. 13085/2013, in *CED Cass.*, rv. 259485: «integra il delitto di riciclaggio, e non il meno grave delitto di ricettazione, la condotta di chi deposita in banca denaro di provenienza illecita poiché, stante la natura fungibile del bene, in tal modo esso viene automaticamente sostituito con “denaro pulito”». Ed ancora: «integra il delitto di riciclaggio la condotta di chi deposita in banca danaro di provenienza illecita, atteso che, stante la natura fungibile del bene, in tal modo lo stesso viene automaticamente sostituito, essendo l'istituto di credito obbligato a restituire al depositante la stessa somma depositata» (Cass. pen. sez. VI, n. 43534/2012, in *CED Cass.*, rv. 253795; analogam. Cass. pen. sez. VI, n. 495/2008, in *CED Cass.*, rv. 242372).

²³ In argomento si vedano le condivisibili osservazioni di F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 9, il quale rileva come – al di là della forma apparentemente libera sottesa alle condotte di sostituzione/trasferimento (polarizzate sul risultato: la sostituzione o il trasferimento, appunto, a prescindere da come essi in concreto avvengano) – la clausola modale contribuisce essenzialmente alla tipizzazione di tali condotte, riportando così il reato nello schema della forma vincolata. Di diverso avviso A. LANZI, *Considerazioni e osservazioni*, cit., p. 41, il quale paventa il rischio che il dettato normativo porti con ogni probabilità a considerare sempre sussistente la fattispecie «al compimento delle condotte tipiche, essendo praticamente *in re ipsa* il “modo da ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza”», salvi gli improbabili casi in cui l'agente dichiari espressamente la provenienza illecita dei beni.

²⁴ Cfr. *infra*, par. 4.

²⁵ In questo senso si era orientata in precedenza anche la proposta della Commissione “Fiandaca” in ordine al riciclaggio. Occorre peraltro rilevare che, a mente dell'art. 648 *ter.1.* comma 3 c.p., si applicano in ogni caso le pene di cui al primo comma allorché la *res* oggetto di ripulitura provenga da un delitto commesso avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p., ovvero, comunque, con la finalità di agevolare l'attività del sodalizio mafioso.

²⁶ Critiche ha sollevato, in dottrina (nel quadro dell'attenuante speciale del riciclaggio), siffatta impostazione: per tutti: F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro il patrimonio*, IV ediz., Padova, 2012, p. 276. Sarebbe stato probabilmente più coerente, sul piano della gravità delittuosa, un ancoraggio della pena alla consistenza economica delle utilità riciclate: in tal senso, in dottrina, S. SEMINARA, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2005, p. 242.

²⁷ E comunque estendendo all'autoriciclaggio la confisca obbligatoria regolata dall'art. 648 *quater* c.p.

²⁸ Del medesimo avviso anche F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 12.

ordine di argomenti: da un lato, l'evidente simmetria sintattica, pur nella sua ermeticità largamente *per relationem*, rispetto all'ipotesi del primo comma (“si applica la pena (...)”), in palese distonia con le figure tratteggiate ai commi 5 e 6 (che, invero, ruotano attorno alle classiche locuzioni circostanziali “la pena è aumentata”, “la pena è diminuita”); dall'altro, l'assenza di un rapporto di specialità tra le disposizioni in parola, attestandosi a ben vedere la variante più lieve di autoriciclaggio su un piano di alternatività rispetto al prototipo del primo comma (data dall'irriducibile *aut-aut* logico nella saldatura con il reato presupposto, il quale o è punito con pena detentiva uguale/superiore a 5 anni o è punito con pena detentiva sino a 5 anni). Così opinando, d'altronde, si evita l'indesiderabile dissolvimento dell'accentuata diversificazione edittale (contemplando il capoverso dell'art. 648 *ter.1.* c.p. pene pari all'esatta metà di quelle comminate al comma 1) all'esito del (frequentemente sdruciolevole) giudizio di bilanciamento²⁹.

Resta invece problematica la soluzione di ipotesi che potrebbero rivelarsi nella prassi tutt'altro che limite. Si pensi al caso di chi, con un'unica azione, autoricicli i proventi di una pluralità di reati, con cornici edittali talvolta superiori ai 5 anni di reclusione, talaltra inferiori: si tratta di valutare se in tale evenienza si abbia a che fare con un unico reato, punibile ai sensi del capoverso in virtù del principio del *favor rei*, o se si sia in presenza, invece, di plurimi illeciti, regolati dalla disciplina del concorso formale di reati³⁰.

3. (segue) ... e di permanenti difettosità normopoietiche.

Apprezzabile nella sua maggiore determinatezza – coagulata attorno ad un preciso pericolo concreto per il bene tutelato –, la formulazione dell'art. 648 *ter.1.* c.p. segna nondimeno il passo in altri frangenti, in cui sembrano emergere prolissità ed imperfezioni linguistiche.

3.1. Non possono obliterarsi, in primo luogo, alcune ridondanze nella declinazione sintattica della norma incriminatrice, che – benché su aspetti forse più periferici – sconta, quantomeno, una indubbia farraginosità. Così, ad es., il complemento “in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative” appare eccessivo³¹, atteso che – a ben vedere – il requisito dell'economicità dell'attività, data la sua estensione semantica, si declina quale *genus*, di per sé ricomprensivo le *species* del carattere finanziario, imprenditoriale ovvero speculativo dell'attività medesima: sicché, in ultima analisi, la triplice ulteriore aggettivazione rischia di ridursi a mera superfetazione, bastevole essendo – per colorare la condotta – il sintagma “in attività economiche”. Identico discorso sembra doversi svolgere in relazione alla circostanza tratteggiata al comma 5, essendo di immediata evidenza che il generico richiamo – posto a chiusura della disposizione – all'esercizio di “altra attività professionale” (ove la stessa non sia posta in correlazione con le definizioni di cui agli artt. 10 e ss. d.lgs. 231/2007) – oltre ad adombrare di indeterminatezza (e di irragionevolezza³²) l'intera aggravante – vale senz'altro ad includere l'esercizio dell'attività bancaria o finanziaria, appena prima *uti singula* menzionata³³.

²⁹ Analogamente a quanto previsto in tema di ricettazione, riciclaggio e re-impiego, l'ultimo comma dell'art. 648 *ter.1.* c.p. prevede l'applicabilità della norma incriminatrice anche nelle situazioni in cui l'autore del reato presupposto non è imputabile, non è punibile, ovvero difetti una condizione di procedibilità di tale ultimo reato. Il richiamo all'ultimo comma dell'art. 648 c.p. non ha mancato di suscitare le critiche di parte della dottrina, che ha sottolineato come, in tal modo, deriverebbe una perenne “spada di Damocle” sull'autore del delitto presupposto: in tal senso A. LANZI, *Considerazioni e osservazioni*, cit., p. 42. Si tratta di un profilo problematico già proprio delle fattispecie di cui agli artt. 648 *bis* e *ter* c.p., che l'estensione all'autoriciclatore rischia di acuire.

³⁰ Presidiando l'autoriciclaggio, in uno alla concorrenza, anche il patrimonio (ovvero la corretta amministrazione della giustizia), dovrebbe forse optarsi per questa seconda soluzione, aggravando l'agente – con la sua unica azione autoriciclatoria – le offese patrimoniali agli eventuali soggetti passivi dei reati presupposti, o, comunque, determinando egli plurime offese all'amministrazione della giustizia. A diverse conclusioni dovrebbe invece giungersi assumendo il bene giuridico “concorrenza” come il solo presidiato dalla norma incriminatrice, profilandosi a ben vedere, nel caso proposto, un unico “inquinamento” del gioco concorrenziale nell' (unico) atto di ripulitura della totalità dei proventi illeciti.

³¹ Segnala la ridondanza, pur evidenziando che essa non conduce ad alcuna contraddizione interna, F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., pp. 10-11.

³² Giacché sembra *prima facie* parificare, sul piano del disvalore (e, dunque, della meritevolezza di identico e più severo trattamento sanzionatorio), situazioni alquanto differenti tra loro: si pensi, ad es., alle differenze che corrono tra un autoriciclaggio consumato in seno ad un grande gruppo bancario e un autoriciclaggio commesso da un qualunque soggetto iscritto ad un albo professionale.

³³ In questo senso si era espressa già in sede di lavori preparatori una parte della dottrina: cfr. in particolare C. CLEMENTE, *Audizione sul disegno di legge n. 1642 innanzi alle Commissioni Riunite II e VI del Senato*, 25 novembre 2014, in *www.senato.it*, p. 11.

3.2. Questioni per vero ancor più radicali, del resto, potrebbero offuscare la stessa costruzione del precetto del comma 1 dell'art. 648 *ter.1.* c.p., avendo il legislatore, nell'elencare le modalità della condotta, postergato la sostituzione e il trasferimento all'impiego e, quindi, sintatticamente collegato tutte le modalità di azione al successivo segmento di tipicità, costituito dall'immissione in attività economiche.

Il collegamento tra sostituzione/trasferimento e attività economiche (che fungono da complemento di luogo/mezzo), in particolare, è del tutto nuovo rispetto al paradigma del riciclaggio di cui all'art. 648 *bis* c.p.; non, invece, a quello del re-impiego di cui al successivo art. 648 *ter* c.p.

Senonché, per tale via, si pone l'interprete in un difficile dilemma:

a) far dipendere lessicalmente il "locus" di ripulitura dei proventi dalla globalità dei verbi elencati dalla norma (come suggerirebbe un'esegesi letterale), con la conseguenza, però, di far sostanzialmente evaporare la sostituzione e il trasferimento, i quali, ove avvengano nel contesto di attività economiche, non rappresenterebbero altro se non una forma di "impiego". Una tale esegesi valorizzerebbe al massimo la capacità selettiva della concorrenza come bene giuridico (e, anzi, individuerebbe nella sola tutela della concorrenza la *ratio* incriminatrice dall'art. 648 *ter.1.* c.p.), con l'effetto, però, di lasciare del tutto impunte condotte – proprio e soprattutto di sostituzione e trasferimento – che non abbiano come stretta ambientazione un'attività economica: si consideri emblematicamente che, così opinando, resterebbe atipica la condotta di chi, ad esempio, versi sul conto corrente di un amico una somma di denaro di provenienza delittuosa;

b) invertire l'ordine dei fattori – per conservare un *quid minimum* di autonomia al binomio sostituzione/trasferimento – sì da congiungere il complemento (di luogo/mezzo) unicamente con la condotta di impiego. Soluzione, quest'ultima, letteralmente più "faticosa", ma che appare forse preferibile, sia per un'elementare esigenza di salvaguardia dei valori giuridici da interpretazioni che li privino di effetti, sia per l'apparente *intentio legis* di fondere in un'unica fattispecie – mantenendoli tuttavia entrambi vivi – i cromosomi del riciclaggio e del re-impiego (inevitabilmente frustrata dall'esegesi alternativa, in tutto nichilizzante della componente strettamente riciclatoria).

Chiaro è, in questa seconda ipotesi, che rientrerebbero nell'alveo della fattispecie anche condotte che non offendono in alcun modo la concorrenza, come nel caso sopradescritto del deposito del denaro di provenienza delittuosa sul conto corrente di un amico.

3.3. Anche il costruito dell' "esimente" concernente la mera utilizzazione o il godimento personale, al di là delle (superabili) incertezze nell'inquadramento di teoria del reato, sconta un significato linguistico complessivamente alquanto claudicante; ciò, in particolar modo, in ragione della clausola d'apertura "fuori dei casi", la quale – oltre ad apparire sovrabbondante – rende nebuloso il rapporto tra regola ed eccezione: mentre, invero, il citato *incipit* "di salvaguardia" deporrebbe per la natura residuale della previsione del quarto comma, vocaboli quali "utilizzazione" – dalla latitudine assai più ampia e sfumata rispetto agli omologhi del precetto vero e proprio – militerebbero invece nel senso di una generale irrilevanza penale delle condotte di semplice utilizzo, alla quale derogano quelle forme di utilizzo qualificato e specifico di cui al primo comma³⁴.

4.

(segue) La decifrazione teorico-pratica dell' "esimente" del quarto comma.

Parzialmente ricalcando le proposte formulate dalla Commissione "Greco"³⁵, si è isolata invero, al quarto comma, una "esimente" specifica – dai contorni incerti – per escludere la punibilità di chi, "fuori dei casi di cui ai commi precedenti", destini le utilità illecite alla "mera

³⁴ Critico rispetto alla previsione in parola anche A. LANZI, *Considerazioni e osservazioni*, cit., p. 43, che avrebbe ritenuto preferibile la sostituzione della locuzione d'apertura "fuori dei casi..." con la più univoca espressione "in ogni caso non sono punibili".

³⁵ La Relazione finale della Commissione – istituita con d.m. 8 gennaio 2013 – è reperibile sul sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it).

utilizzazione” o al “godimento personale”³⁶: ulteriore – se opportuna³⁷ o superflua, per ora, pare difficile pronosticare³⁸ – rete di contenimento (al di là della imperfezione letterale che la affligge³⁹) alla espansione della figura delittuosa⁴⁰, proiettata evidentemente a frapponersi all’eventuale, incontrollata applicazione della fattispecie che si spalancherebbe a fronte di interpretazioni riduttive dei vettori di offensività di cui al primo comma (su tutti: la concretezza del pericolo per il bene giuridico)⁴¹.

4.1. Dall’angolo visuale della teoria del reato, la previsione in parola sembra a tutti gli effetti innervare una causa oggettiva di esclusione del tipo⁴²: tipo che – suo tramite – viene (ulteriormente) limitato, dissolvendo nella penale irrilevanza condotte che si attestino su forme di utilizzazione o di semplice godimento dei proventi illeciti. Con gli inevitabili riverberi, sul piano del concorso eventuale di persone nel reato, in punto di esclusione dalla sfera di punibilità anche di coloro che efficientemente prendano parte al godimento personale o alla mera utilizzazione del soggetto attivo, contribuendo essi – in ultima analisi – al perfezionamento di condotte, appunto, atipiche.

4.2. Tanto precisato, i problemi, nella prassi operativa, fioriranno semmai nella – non semplice – classificazione di una significativa gamma di ricorrenti situazioni “di frontiera”, sussumibili – come tali – sia nelle maglie del “godimento” sia nello schema dell’investimento (ricadente, a sua volta, nell’impiego). Questioni che, riguardate ad un livello superiore, attengono direttamente, *re melius perpensa*, alla stessa autonomia operativa del limite negativo del tipo, ovvero alla sua essenza meramente duplicativa o integrativa rispetto a quanto già ampiamente inferibile da una corretta esegesi del comma 1 dell’art. 648 *ter.1* c.p.

Proviamo a chiarire la questione con un esempio che, nella pratica, potrebbe non infrequentemente presentarsi: si pensi, in particolare, all’acquisto, verso denaro di provenienza delittuosa, di un’abitazione in una rinomata località balneare.

Ora, nessun dubbio che ricadrebbe sotto l’ombrello del quarto comma l’acquisto in nome dello stesso autore-persona fisica (anche se, a ben vedere, una tale condotta resterebbe atipica già sulla base del primo comma, non creando alcun ostacolo all’identificazione della provenienza di quel denaro): ma *quid iuris* allorquando, pur essendo in ultima battuta il godimento dell’immobile il risultato soggettivamente ed oggettivamente perseguito, l’acquisto fosse compiuto da una società – interamente controllata dall’agente – cui l’autore del reato presupposto abbia preventivamente trasferito il denaro di provenienza delittuosa (oppure, ancora diversamente, quando l’autore del reato-base versi dapprima il contante sul conto corrente di un amico, il quale poi – con quella somma – materialmente acquisti la casa di cui il primo godrà)?

Occorre in tal caso, a parere di chi scrive, individuare i tratti della condotta plasmata nella fattispecie delittuosa, potendosi optare tra due letture, (per così dire) “analitica” e “sintetica”, dei comportamenti dell’agente. La scelta tra le due soluzioni ha significative ricadute sul ruolo, duplicativo o integrativo, del quarto comma della disposizione. Si riprenda l’esempio:

i) laddove, a segnare lo spartiacque, soccorresse una lettura analitica ed atomistica delle

36 Perplexità sulla tecnica di formulazione della clausola in esame anche in M. LEO, *Audizione sul disegno di legge n. 1642 innanzi alle Commissioni Riunite II e VI del Senato*, 25 novembre 2014, cit., p. 17, che ne ravvisa la natura di esimente “espressa” a condotta tipica “inespressa”.

37 Sull’opportunità della espressa previsione dell’“esimente” concorda F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., pp. 12-13.

38 L’opportunità di una simile esimente era stata sostenuta, da chi scrive, nell’ambito di una panoramica di interventi – anche alternativi tra loro – volti a delimitare, *de iure condendo*, il fatto di (auto)riciclaggio (cfr. L. TROYER-S. CAVALLINI, *La “clessidra” del riciclaggio ed il privilegio di self-laundering*, cit., p. 63): essendo state recepite dal legislatore molte delle osservazioni ivi svolte, occorre ora appurare se, in definitiva, di questa ulteriore limitazione ricorresse una necessità reale, ovvero se tale compito potesse già dirsi assolto dagli interventi sulla norma incriminatrice vera e propria.

39 Su cui appena *supra*, par. precedente.

40 In argomento, cfr. anche F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 10, secondo cui la clausola del comma 4 contribuisce a definire in negativo i comportamenti di sostituzione e trasferimento sanzionati al comma 1, così tratteggiandoli in termini più precisi. *Contra* invece F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 2, che la considera soltanto espressione di un *favor* legislativo per l’edonismo ed il piacere individuale, a discapito dell’investimento in attività produttive (invece criminalizzato).

41 E che farebbero rientrare nella sfera di punibilità – per restare nell’esempio del versamento del denaro oggetto di profitto su un conto corrente – anche i depositi assolutamente inidonei ad interrompere il c.d. “*paper trail*”, se è vero che, in giurisprudenza, si è affermato che «è riciclaggio depositare in banca denaro di provenienza illecita, anche se avviene in modo trasparente e tracciabile, perché è un’operazione di per sé sufficiente a ostacolare l’identificazione dei contanti per via dell’automatica sostituzione delle somme versate; per la stessa ragione, costituisce riciclaggio “mediato” il trasferimento dei denari ad un altro conto corrente, sebbene diversamente intestato ed aperto presso un differente istituto di credito» (Cass. pen. sez. II, n. 35763/2010, riportata da F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 2).

42 In tal senso, in dottrina, anche F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 12.

singole condotte, difficilmente potrebbe negarsi che almeno una parte della complessiva vicenda graviterebbe nell'orbita del penalmente rilevante: si profilerebbe infatti, anzitutto, una condotta di sostituzione/trasferimento del denaro alla società⁴³ (o all'amico), concretamente ostacolante, cui solo successivamente accede una condotta di mera utilizzazione/godimento personale del bene sostituito.

A sospingere in tale direzione esegetica militerebbe la costruzione dell'esimente non già in chiave di dolo specifico ("al fine di mera utilizzazione ovvero di godimento personale"), né di destinazione "finale", bensì in termini di "laconica" destinazione dei beni: ciò che, in uno al dolo generico contemplato dal primo comma, potrebbe orientare l'interprete ad una valutazione isolata di ciascun momento della condotta globalmente realizzata dall'agente.

Stando così le cose, tuttavia, non si vede quale funzione rivestirebbe, infine, la limitazione del tipo, non potendo sottovalutarsi che ben difficilmente la mera utilizzazione e il godimento personale sono in grado di interrompere il c.d. *paper trail*: sicché, in definitiva, l'"esimente" sarebbe del tutto superflua, risultando tali condotte prive di quel dato modale richiesto dal primo comma della fattispecie delittuosa, e, dunque, già atipiche, indipendentemente dalla clausola dell'art. 648 *ter*.1. comma 4 c.p.

ii) Altro, al contrario, sarebbe se – in tutti i casi sin qui esposti – si volesse ripercorrere la sequenza di comportamenti in ottica prettamente teleologica, onde valorizzare lo scopo (di godimento/mera utilizzazione) perseguito dall'agente. Una simile rilettura "unitaria" dell'azione sgancerebbe la limitazione del tipo dal cordone ombelicale della subalternità rispetto alla disposizione del primo comma, focalizzando l'effettivo sbocco della dinamica comportamentale dell'agente (vale a dire, la "destinazione" ultima dei proventi illeciti), e conferirebbe margini più accentuati di pratica operatività all'esimente in parola.

Detto altrimenti: in siffatta prospettiva, in tutti i casi in cui l'"azione" – riflessa nella sua totalità – sfoci in un godimento personale, anche qualora mediato da condotte in concreto idonee ad ostacolare la ricostruzione della genesi delittuosa (si pensi al versamento sul conto corrente dell'amico, condotta di sostituzione che potrebbe costituire un ostacolo concreto alla identificazione della provenienza illecita di quel denaro), opererebbe sempre lo sbarramento innalzato dalla limitazione del tipo.

Vero è, al contempo, che (come in precedenza accennato) opinare in tal senso significherebbe estendere al massimo il concetto di destinazione contenuto nel quarto comma, intendendolo come destinazione "finale" dell'azione e assicurandogli una significativa portata selettiva del tipo.

Per di più, non sfugge che tale prospettiva presenti due possibili criticità, una di ordine esegetico e l'altra di ordine probatorio.

La prima involve il limite di espansione della lettura sintetica, giacché lo scopo conclusivo della quasi totalità delle condotte autoriciclatorie si radica nel godimento del provento illecito, che – prima o poi – l'agente metterà a partito⁴⁴ (magari previamente "ripulito" attraverso plurimi passaggi intermedi, ovvero finanche incrementato mediante l'investimento nel circuito dell'economia legale).

Tale obiezione può essere superata, offrendo in prima battuta una lettura oggettivista del concetto di destinazione: in altre parole, il punto non è tanto la finalità che si prefigge l'agente movimentando il provento illecito, quanto l'obiettivo utilizzo che di quest'ultimo viene fatto. D'altro canto, anche la lettura analitica non può attrarre condotte reiterate per un tempo indefinito: per segnare il confine potrebbero essere valorizzati come limite d'espansione, *mutatis mutandis*, i criteri individuati dalla dottrina⁴⁵ per considerare una pluralità di atti come un'unica condotta, ovvero la contestualità e l'omogeneità offensiva degli atti stessi.

Resta, invece, la difficoltà sul piano probatorio nel concretizzare la portata dell'onere (di allegazione) incombente sull'imputato, che si difenda asserendo la finalità ultima di godimento della sua complessiva condotta.

⁴³ Si osservi, peraltro, che la giurisprudenza, in casi analoghi, aveva ritenuto confiscabile – ai sensi degli artt. 240 e 648 *quater* c.p. – in relazione al delitto di riciclaggio le somme "ripulite" dall'autore del reato presupposto attraverso lo schermo societario da lui controllato: cfr. Cass. pen. sez. II, n. 6561/2009, in *Banca dati Dejure* (la decisione, in alcuni suoi passaggi, è riportata anche da A. CASTALDO-M. NADDEO, *Il denaro sporco*, cit., pp. 88-89).

⁴⁴ Derivando invero l'utilità (auto)riciclata da reati di per sé suscettibili di generare un "arricchimento" (o un mancato depauperamento, nel caso degli illeciti tributari) nella situazione patrimoniale dell'agente.

⁴⁵ Per tutti F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, VIII ed., Padova, 2013, pp. 131-132.

4.3. In questo contesto, merita una separata analisi l'esempio, tratteggiato da autorevole dottrina, dell'acquisto in prima persona, con denaro di illecita provenienza, di un appartamento, poi concesso in locazione a terzi⁴⁶.

Ora, la vicenda, in tale ipotesi, si articola in due momenti: l'acquisto dell'immobile e la sua successiva locazione.

A ben vedere, però, l'impiego/sostituzione del denaro "sporco" avviene nella prima fase (l'acquisto), mentre il contratto di locazione illumina soltanto le finalità dell'agente: il fatto che il proprietario percepisca il canone locativo, invero, mostra solo che l'originario acquisto non è avvenuto per godimento personale.

In altre parole, non si tratta di un problema di pluralità di condotte da leggere unitariamente o separatamente, bensì di una condotta rilevante (l'acquisto) e di una funzionale alla prova della finalità della prima (la locazione).

La rilevanza penale, insomma, si risolve in una questione tutta interna all'esegesi del primo comma dell'art. 648 *ter*.1. c.p. L'eventuale esclusione della punibilità dell'agente potrebbe, infatti, passare solo per l'insussistenza di un tangibile pericolo per il bene protetto, insito nell'acquisto della *res*, con il risultato, quindi, non già di ritenere integrata la limitazione del tipo dell'art. 648 *ter*.1. comma 4 c.p., bensì – piuttosto – di considerare insussistente uno degli elementi costitutivi enucleati dalla stessa norma incriminatrice.

5. Un possibile effetto paradossale: e se il riciclatore rispondesse di concorso in autoriciclaggio?

Un dubbio, irrisolto per gli scriventi, merita di essere ulteriormente esposto in queste prime riflessioni.

Tre semplici premesse rendono plasticamente la dimensione della questione.

In linea classificatoria, il delitto di autoriciclaggio si mostra come un reato proprio⁴⁷ – che si affianca alle fattispecie comuni di riciclaggio e re-impiego (senza sostituirle) – il cui autore è individuato *per relationem* rispetto alla commissione di (o al concorso in) un delitto presupposto non colposo.

Sotto un profilo fattuale, poi, va registrato che pressoché sempre, per poter ripulire il provento illecito, l'eventuale terzo (riciclatore) necessita del contributo – quanto meno morale, ma in sostanza anche materiale⁴⁸ – dell'autore del reato presupposto.

Come noto, inoltre, in materia di concorso di persone nel reato proprio⁴⁹, la giurisprudenza⁵⁰ e la dottrina maggioritaria⁵¹ ritengono che, ove uno dei concorrenti sia un soggetto qualificato, tutti rispondano della fattispecie propria e non già di quella comune (in ipotesi pure configurabile), indipendentemente dal fatto che l'*intraneus* ponga in essere la condotta tipica o si limiti ad offrire un contributo causalmente efficiente alla commissione del reato.

Se così è, però, il corollario pare inevitabile: colui che ieri era autore di riciclaggio diviene

⁴⁶ L'esempio è già in F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 6, che riconduce questa situazione all'impiego in attività economica penalmente sanzionato. In senso analogo F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 13, che ravvisa anche in questo caso una – seppur lieve – offesa al bene giuridico della libera concorrenza.

⁴⁷ In tal senso, in dottrina, F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 12.

⁴⁸ Dovendo l'autore del reato presupposto, a ben vedere, mettere comunque a disposizione dell'*extraneus* l'utilità illecita da ripulire.

⁴⁹ In argomento la bibliografia è vastissima. Nella manualistica, per tutti: F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., pp. 550 e ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 2012, pp. 430 e ss. Tra le opere monografiche, *ex aliis*, M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004; A. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi "tradizionali" alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, p. 237.

⁵⁰ Si vedano, tra le più recenti, Cass. pen. sez. VI, n. 21192/2013, in *CED Cass.*, rv. 255365; Cass. pen. sez. I, n. 39292/2008, in *CED Cass.*, rv. 241129.

⁵¹ In tal senso, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, cit., pp. 550-551, secondo cui «l'intraneo deve realizzare egli stesso la condotta tipica del reato proprio solo nei casi di "reati esclusivi", che per loro natura sono reati c.d. di mano propria o di attuazione personale, e, pertanto, non possono essere realizzati per interposta persona», non già, invece, nelle altre ipotesi di reato proprio, accostabili «alla "realizzazione frazionata" del reato proprio, in quanto un concorrente partecipa anche con la qualifica soggettiva e gli altri pongono in essere una condotta materiale che, senza tale qualifica, sarebbe penalmente irrilevante o integrerebbe altro reato».

oggi un concorrente in autoriciclaggio⁵², come tale destinatario di una sanzione penale più mite⁵³; del resto, l'*extraneus* avrà buon gioco nel difendersi affermando che, per poter ripulire il provento illecito, decisivo è stato il contributo dell'autore del delitto presupposto, suo immanicabile concorrente⁵⁴.

Il rischio, dunque, è di tutta evidenza: calerebbe il sipario sulle fattispecie comuni di riciclaggio e di re-impiego, a tutto "vantaggio" della nuova e meno grave incriminazione.

Si tratta, com'è ovvio, di una conseguenza non voluta dal legislatore, connessa alla scelta di tipizzare *ex novo* il delitto di autoriciclaggio, invece di rendere penalmente rilevanti le medesime condotte attraverso una rimodulazione del tessuto normativo esistente (su tutti, mediante un intervento diretto nella sfera dell'art. 648 *bis* c.p., con contestuale soppressione dell'art. 648 *ter* c.p.): per dirla con Ockham, anche nel diritto penale "*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*".

Né, d'altra parte, sembrano agevolmente percorribili differenti sentieri per recuperare spazi di manovra agli artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p. In prima approssimazione, infatti, le fattispecie di "vecchia generazione" potrebbero mantenere vitalità applicativa solo in relazione a limitatissime ipotesi: i) condotte di sostituzione, trasferimento e re-impiego, inidonee in concreto ad ostacolare l'identificazione della provenienza del bene (ammesso, per vero, che i delitti di cui agli artt. 648 *bis* e *ter* c.p. possano colorarsi in termini di pericolo astratto); ii) condotte riconducibili esclusivamente al "compimento di altre operazioni", tipiche in quanto tali ai sensi dell'art. 648 *bis* c.p. e non del nuovo art. 648 *ter*.1. c.p.

Senonché, così opinando, si addiverrebbe all'ulteriore paradosso di recuperare le fattispecie comuni più gravi per sanzionare tipologie di condotte connotate da scarsa o nulla offensività, con immediate ricadute in punto di eguaglianza-ragionevolezza: a titolo esemplificativo, l'*extraneus* riciclatore sarebbe punito meno severamente qualora concorra in una sostituzione del denaro interruttiva del *paper trail* (autoriciclaggio), piuttosto che laddove compia la stessa condotta sostitutiva, che si riveli, però, in concreto non ostacolante.

6. Il risparmio d'imposta come oggetto materiale di un (auto) riciclaggio per equivalente?

Non è possibile tralasciare qualche annotazione sui peculiari problemi che scaturiscono dall'interazione tra il reato in commento e i delitti tributari⁵⁵, ove solo si consideri lo stretto legame tra cd. *voluntary disclosure* e autoriciclaggio, che nella prospettiva del Governo *simul stabant, simul cadebant*⁵⁶.

Punto di partenza e fondamentale snodo interpretativo, proprio più in generale della relazione tra le fattispecie di riciclaggio e re-impiego e gli illeciti fiscali, attiene alla eventualità che il risparmio d'imposta possa costituire oggetto materiale dei delitti di cui agli artt. 648 *bis*, *ter* e – oggi – *ter*.1. c.p.⁵⁷.

⁵² A diversa conclusione – si osservi per inciso – si giungerebbe inverosimilmente seguendo la tesi, autorevolmente sostenuta, ma minoritaria in dottrina e in giurisprudenza, che postula anche per i reati propri diversi da quelli "di mano propria", in ossequio alla tesi dell'accessorietà, la realizzazione del fatto tipico da parte del soggetto qualificato, cui si accompagni un contributo atipico causalmente efficiente da parte dell'*extraneus*: in tal senso, in dottrina, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 2012, pp. 430-431; in giurisprudenza, si veda la risalente ed isolata pronuncia di Cass. pen. sez. II, n. 5522/1992, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1996, 1, p. 322, con nota critica di M. PELISSERO, *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus e dominio finalistico sul fatto nella disciplina del mutamento del titolo di reato*. Senonché, così opinando, si avrebbe (alquanto formalisticamente) una riespansione della fattispecie comune di cui all'art. 648 *bis* c.p. per l'*extraneus* riciclatore, mentre l'*intraneus*, che il proposito del primo abbia determinato o rafforzato, ovvero che abbia atipicamente agevolato costui, rimarrebbe – in palese violazione dell'*intentio legis* e del tutto irragionevolmente – privo di sanzione (non potendo egli, giusta la permanenza della clausola di riserva nel contesto dell'art. 648 *bis* c.p., essere punito per un fatto di riciclaggio).

⁵³ Posto che il riciclaggio ed il re-impiego, a parità (oggi) di sanzioni pecuniarie, sono puniti con la reclusione fino a 12 anni, laddove l'autoriciclaggio, nell'ipotesi più grave, è punito con la reclusione fino a 8 anni.

⁵⁴ Ciò che avrà immediate ripercussioni sui processi in corso, costituendo l'art. 648 *ter*.1. c.p. norma sopravvenuta più favorevole (in relazione agli stessi fatti già penalmente rilevanti *ex art.* 648 *bis* c.p.), come tale applicabile nei limiti tracciati dall'art. 2 comma 4 c.p.

⁵⁵ Sulla relazione tra delitti tributari e autoriciclaggio si vedano A. D'AVIRRO – M. GIGLIOLI, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, pp. 147 ss.; V. MONGILLO, *Reati tributari e riciclaggio: il problematico binomio lungo il "piano inclinato" della confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 451 ss.; C.C. OLIVA, *Autoriciclaggio e reati fiscali: una dissonante accoppiata*, in *Quotidiano Giuridico*, 7 gennaio 2015.

⁵⁶ *Infra amplius*, par. 7.

⁵⁷ Sul punto in dottrina si vedano, tra gli altri, F. D'ARCANGELO, *Frode fiscale e riciclaggio*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2011, pp. 331 ss.; P. IELO, *Reati tributari e riciclaggio: spunti di riflessione alla luce del decreto sullo scudo fiscale*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2010, pp. 3 ss.

Secondo un insegnamento risalente della giurisprudenza di merito⁵⁸ e di legittimità⁵⁹, poiché il profitto nelle fattispecie tributarie si sostanzia in un mancato depauperamento, senza un arricchimento evidente e tangibile nella disponibilità dell'autore, tale utilità, restando confusa nel complesso delle disponibilità di chi ne ha tratto vantaggio, si sottrae a qualsiasi possibilità di specificazione in senso civilistico e, quindi, di individuazione come oggetto materiale definito di un successivo riciclaggio o re-impiego.

Altro più recente indirizzo giurisprudenziale⁶⁰, argomentando sulla base della costante espansione della fattispecie di riciclaggio, sia sotto il profilo del superamento della elencazione nominativa dei reati presupposto, sia attraverso l'inclusione tra gli oggetti materiali del reato dell'ampio concetto di "altre utilità", conclude che tale locuzione «deve essere intesa come [ricomprensente] tutte quelle utilità che abbiano, per l'agente che abbia commesso il reato presupposto, un valore economicamente apprezzabile. In esse devono farsi rientrare non solo quegli elementi che incrementano il patrimonio dell'agente, ma anche quelle attività fraudolente a seguito delle quali l'agente impedisce che il proprio patrimonio s'impoverisca. Di conseguenza, rientra fra i reati presupposto anche il reato di frode fiscale a seguito del quale l'agente, evitando di pagare le imposte, consegue un risparmio di spesa che si traduce in un mancato decremento del patrimonio e, quindi, in una evidente utilità di natura economica»⁶¹.

Tale impostazione più recente della Suprema Corte non appare condivisibile nella sua assolutezza: il fatto che, in astratto, possano ipotizzarsi casi in cui i delitti tributari producano un profitto riciclabile o re-impiegabile non implica che siano ammissibili forme di riciclaggio o re-impiego per "equivalente", in cui non sia possibile identificare, indipendentemente e anteriormente alla condotta di sostituzione, trasferimento o re-impiego, l'oggetto materiale dei delitti di cui agli artt. 648 *bis* e *ter* c.p.

Esemplificativamente: un conto è che le somme indicate in fatture per operazioni oggettivamente inesistenti siano in prima battuta pagate e in seguito retrocesse dall'emittente la fattura, giacché in tal caso è facilmente individuabile una somma di denaro, che preesiste a successive condotte eventualmente tipiche *ex* artt. 648 *bis* e *ter* c.p.; altro conto è se il delitto tributario si risolve in una dichiarazione infedele, il cui profitto non sia identificabile nel patrimonio del contribuente.

In particolare, in quest'ultimo caso, seguendo la giurisprudenza più recente, ove l'infedele dichiarazione sia compiuta dall'amministratore nell'interesse della società, restando il risparmio d'imposta confuso nel patrimonio sociale, ne seguirebbe come effetto automatico il re-impiego in attività economiche: si potrebbe, persino, accusare l'amministratore di autoriciclaggio, affermando che costui abbia pagato i dipendenti con i proventi del delitto tributario.

Forse il problema può essere stemperato, anche recuperando la capacità selettiva del dato modale dell'azione tipizzata nel primo comma dell'art. 648 *ter*.1. c.p., ovvero la sua idoneità ad ostacolare in concreto l'individuazione della provenienza illecita dei beni, così da addivenire a soluzioni interpretative ragionevoli.

Segnatamente, laddove al compimento del reato fiscale presupposto segua un'operazione in cui il provento della frode fiscale (attuata ad esempio mediante l'annotazione di fatture inesistenti) venga fisicamente "isolato" dal patrimonio del contribuente e trasferito – ovvero distratto – su conti correnti di un soggetto apparentemente terzo, in specie un fiduciario operante in un paese *off-shore* tramite una società terza (spesso di diritto estero), priva di concreta operatività e di reali finalità imprenditoriali, il reato è pacificamente ipotizzabile⁶².

Qualora il risparmio fiscale, provento del reato presupposto, resti, invece, confuso nel patrimonio del contribuente, senza uscirne verso terze destinazioni, ma venendo reimpiegato anche in attività economiche – pertanto non rientranti nella clausola d'esclusione di cui al comma 4 – che costituiscono l'ordinaria attività aziendale, non potrà certo ritenersi che tale condotta sia idonea ad ostacolare concretamente l'identificazione delittuosa del bene.

⁵⁸ Si veda Trib. Milano, Uff. GIP, 19.2.2009, in *Foro amb.*, 1999, pp. 441 ss.

⁵⁹ Si tratta di Cass. pen. sez. III, n. 2206/1992, in *CED Cass.*, rv. 192669; Cass. pen. sez. II, n. 38600/2007, in *CED Cass.*, rv. 238161.

⁶⁰ Si tratta di Cass. pen. sez. II, n. 6061/2012 in *CED Cass.*, rv. 252701.

⁶¹ Così Cass. pen. sez. II, n. 6061/2012, cit.

⁶² Così F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 5.

7.

Il sistema penale davanti ai patrimoni oggetto di evasione: il metodo del bastone (autoriciclaggio) e della carota (*voluntary disclosure*) può funzionare?

La nuova norma chiama l'interprete ad una sfida impegnativa, sicché non appare possibile, allo stato, prendere definitiva posizione su diversi e decisivi snodi ermeneutici, richiedendosi una profondità di riflessione incompatibile con le "strette" di un primo commento ad un (tanto rivoluzionario) reato di nuovo conio. In questa sede, si è cercato di far emergere pregi e difetti di futuribili opzioni esegetiche: sarà il tempo a dischiudere le strade euristicamente più feconde ed operativamente più soddisfacenti, nel temperamento delle insopprimibili esigenze di certezza del diritto, di conservazione dei valori giuridici e del superiore principio di legalità.

Va, però, forse detto che l'introduzione del delitto in commento, viste le sue possibili ripercussioni sistematiche (volute o disvolte che siano dal legislatore), avrebbe meritato una riflessione ancora maggiore di quella – pur ricca – che ne ha accompagnato l'introduzione, caratterizzata da un'improvvisa e inattesa accelerazione⁶³.

In effetti, a fronte di un fine dichiarato di adeguare il nostro ordinamento agli *standard* internazionali, recependo le raccomandazioni di svariati organismi internazionali, non pare casuale che la norma sia entrata in vigore contestualmente alla disciplina istitutiva della cd. *voluntary disclosure*, com'è stato suggestivamente notato anche da importanti esponenti di Banca d'Italia.

Segnatamente, è stato segnalato un curioso effetto a catena: «la *voluntary disclosure* è divenuta il *partner* ideale dell'autoriciclaggio (...). È successo che nel settembre 2013 la Svizzera preannunciava la sottoscrizione dell'Accordo OCSE per lo scambio automatico dei dati fiscali: (...) chi lasciasse e movimentasse i propri patrimoni non dichiarati all'estero rischierebbe di rispondere di [autoriciclaggio] (...). È in questa luce, dunque, che sono state formulate le attuali disposizioni sulla *voluntary disclosure* e sull'autoriciclaggio. Quest'ultimo colpendo le condotte di occultamento dei capitali frutto di reato ben avrebbe potuto applicarsi in futuro anche ai proventi da reati fiscali trasferiti all'estero, ma che la collaborazione volontaria provvedeva a rendere non punibile fino alla data finale della sua presentazione»⁶⁴.

In altre parole e semplificando, l'auspicata riemersione di capitali provento di evasione, detenuti sia in Italia che all'estero, è stata perseguita minacciando il contribuente infedele di penalizzare – pur a condizioni stringenti come si è visto più sopra – i movimenti che tali capitali avrebbero in seguito compiuto e promettendogli uno scudo penale con la cd. *voluntary disclosure* per il caso in cui si autodenunciassero: l'autoriciclaggio è il bastone, lo scudo penale è la carota⁶⁵, il fine è far cassa.

Così, al di là dei dubbi esegetici, restano domande più radicali. Davvero l'introduzione del delitto di autoriciclaggio è la risposta ad un'esigenza di tutela penale, riconosciuta all'esito di una approfondita valutazione di politica criminale, passata al setaccio dei principi di sussidiarietà e di *ne bis in idem*, e non già il portato di contingenze di bilancio? Davvero si è pensata sistematicamente, e non per compartimenti stagni, la frontiera della lotta alla ripulitura del denaro sporco? Davvero, infine, si è superato in questa materia il simbolismo della legislazione

⁶³ Della medesima opinione C.C. OLIVA, *Autoriciclaggio e delitti fiscali*, cit.

⁶⁴ Così N. MAINIERI-M. PACINI, *I lavori per l'introduzione, del reato di autoriciclaggio*, cit.

⁶⁵ L'immagine del doppio binomio bastone-carota e autoriciclaggio-*voluntary disclosure* è presente in C.C. OLIVA, *Autoriciclaggio e delitti fiscali*, cit.

QUALCHE NOTA SUL DELITTO DI AUTORICICLAGGIO

Francesco Mucciarelli

ABSTRACT

L'art. 648-ter.1. c.p. introduce nell'ordinamento italiano la fattispecie di autoriciclaggio, già prevista in numerosi Paesi. Le riserve sull'opportunità della nuova incriminazione appaiono superabili attraverso svariate considerazioni d'ordine politico-criminale. La struttura del delitto in esame ricalca in larga misura quella del riciclaggio, con alcune varianti degne di nota.

SOMMARIO

1. Il nuovo art. 648-ter.1. c.p. e l'esperienza di altri ordinamenti. – 2. Le ragioni politico-criminali a sostegno dell'incriminazione. – 3. Le fattispecie di autoriciclaggio. – 3.1. Le condotte punibili e il momento consumativo. – 3.2. L'oggetto materiale e il delitto presupposto. – 3.3. I soggetti attivi e il concorso di persone nel reato. – 3.4. La differenziazione connessa alla gravità del reato-presupposto. – 3.5. Il "godimento personale" come clausola di delimitazione del tipo. – 3.6. Le circostanze del reato. – 3.7. La responsabilità degli enti *ex d. lgs. n. 231/2001*.

1.

Il nuovo art. 648-ter.1. c.p. e l'esperienza di altri ordinamenti.

Con il terzo comma dell'art. 3 l. n. 186/2014 viene a compimento il percorso, lungo e non poco travagliato, di introduzione nell'ordinamento del delitto di autoriciclaggio (art. 648-ter.1. c.p.).

Non è questa la sede per ripercorrere in modo analitico le differenti e fra loro nettamente contrastanti visioni circa la scelta normativa in discorso¹. Prima di dar conto del costruito legislativo, qualche notazione preliminare appare tuttavia doverosa.

Sul piano del riscontro comparatistico, una semplificazione assai riduttiva permette in prima approssimazione di osservare che i sistemi di *common law* generalmente prevedono fattispecie assimilabili al riciclaggio, nelle quali l'autore del reato-presupposto non è 'protetto' da una clausola di riserva simile a quella contemplata negli artt. 648-bis e 646-ter c.p.². Nei paesi di *civil law* scelte di segno analogo si rintracciano negli ordinamenti spagnolo³, portoghese⁴ e belga⁵, nei quali le specifiche disposizioni sul riciclaggio esplicitamente estendono la punibilità anche all'autore della precedente attività delittuosa. La legislazione francese⁶ e quella svizzera⁷ conoscono invece fattispecie che, sebbene non contemplino clausole di riserva, neppure stabiliscono in via positiva un'estensione della fattispecie all'autore del reato-presupposto, sicché è in via interpretativa che la giurisprudenza è giunta a ritenere le figure d'incriminazione riferibili anche alle condotte di quest'ultimo. Diversamente, nelle incriminazioni del riciclaggio del

¹ Per un sintetico ma efficace quadro d'insieme sostanzialmente critico rispetto alla opportunità di sanzionare l'autoriciclaggio, cfr L. TROYER, S. CAVALLINI, *La "clessidra" del riciclaggio ed il privilegio del self-laundering: note sparse a margine di ricorrenti, astratti furori del legislatore*, in questa *Rivista*, 2, 2014, 49 ss.. Successivamente e sempre per una completa visione delle questioni sottese alla nuova incriminazione v. ancora L. TROYER, S. CAVALLINI, *Apocalittici o integrati? il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2015, scritto nel quale la precedente impostazione critica sembra in larga misura essere stata abbandonata.

² Con riguardo agli U.S.A., cfr *Money Laundering Control Act* del 1986, § 1956 (*laundering of monetary instruments*), § 1957 (*engaging in monetary transaction in property derived from specified activity*). Per la Gran Bretagna si veda il *Proceed of Crime Act* del 2002, sezioni 337-340, che contemplano i) le condotte volte a occultare, trasformare, convertire o trasferire proventi illeciti per permetterne la circolazione in canali legali, ii) gli accordi indirizzati alla realizzazione di tali condotte, iii) l'acquisizione e il possesso di beni di provenienza illecita. In senso analogo è conformata la legislazione australiana. I testi delle disposizioni sono riportati per esteso da L. TROYER, S. CAVALLINI, *La "clessidra"*, cit., pagg. 60 s., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

³ Si veda l'art. 301 del codice penale spagnolo, che specifica, a proposito della precedente attività delittuosa, che la stessa può essere stata commessa, oltre che da terzi, anche dall'autore della medesima. Cfr L. TROYER, S. CAVALLINI, *op. loc. cit.*

⁴ Cfr art. 368-A co. 2 codice penale portoghese, per il quale le condotte di sostituzione, trasferimento, ecc. sono punibili anche se commesse «per se stesso o per un terzo» ai fini di dissimulare l'origine illecita. Il testo della disposizione è riportato da L. TROYER, S. CAVALLINI, *op. loc. cit.*

⁵ Art. 505 codice penale belga, richiamato da L. TROYER, S. CAVALLINI, *op. loc. cit.*

⁶ Per la legislazione francese (Art. 324-1 *code penal*) e il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in quell'ordinamento v. ancora L. TROYER, S. CAVALLINI, *op. loc. cit.*

⁷ Art. 305 bis codice penale svizzero: per ulteriori riferimenti all'ordinamento elvetico, interessato da un dibattito analogo a quello sviluppatosi in Francia, cfr L. TROYER, S. CAVALLINI, *op. loc. cit.*

codice penale austriaco⁸ e di quello tedesco⁹ sono presenti formule che escludono la punibilità dell'autore delle condotte illecite costituenti il reato-presupposto (non senza dimenticare, però, che, al di là delle peculiarità che caratterizzano il § 261 StGB, la fattispecie dolosa è accompagnata da una figura colposa consistente nel mancato riconoscimento, dovuto a colpa grave, della provenienza illecita del bene).

Un panorama, come ognuno vede, variegato, ma nel quale sembra non azzardato cogliere una preponderanza netta per la scelta in favore della rilevanza penale del c.d. autoriciclaggio, al di là delle fondate rilevazioni critiche sulla diffusa difficoltà applicativa¹⁰ e, soprattutto, senza dimenticare che una incriminazione come quella di nuovo conio chiama a misurarsi con una questione fondamentale del *ius terribile*, esattamente individuata dalla dottrina più autorevole¹¹ nella inammissibilità del perseguimento dell'effettività a scapito del principio di frammentarietà, colto nella sua valenza costituzionale indefettibilmente legata al canone della determinatezza e della precisione¹².

⁸ § 165.1 codice penale austriaco, richiamato da L. TROYER, S. CAVALLINI, *op. loc. cit.*

⁹ Il comma 9 del § 261 StGB contiene un'espressa clausola di esenzione dalla pena. L'assetto normativo tedesco merita però qualche precisazione. Disciplinato dal § 261 StGB, all'interno della ventunesima sezione della parte speciale relativa al favoreggiamento e alla ricettazione, il riciclaggio, introdotto con l'art. 1 della legge sulla repressione del traffico illegale di droga e di altre manifestazioni del crimine organizzato (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgiftbandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität - OrgKG*) del 15 luglio 1992, prevede una pena detentiva da 3 mesi a 5 anni per colui che occulto un bene proveniente da un fatto illecito, ne dissimula la provenienza oppure impedisce o mette in pericolo l'accertamento della provenienza, il ritrovamento, l'acquisizione pubblica, la confisca o il sequestro di tale bene. Il reato sussiste quando l'azione principale consiste in un crimine (*Verbrechen*) classificato tra quelli gravi o in una serie di specifici delitti "lievi" (*Vergehen*) tassativamente elencati al comma 1. Allo stesso modo è punibile chi si procura, custodisce o utilizza per sé o per un terzo un bene proveniente da attività illecite, conoscendone la provenienza nel momento in cui lo ha conseguito.

La pena detentiva è raddoppiata (da 6 mesi a 10 anni) in casi di particolare gravità (quando l'autore del reato agisce professionalmente o quale membro di un'organizzazione dedita abitualmente al riciclaggio: § 261, comma 4). Viceversa, è prevista una diminuzione della pena a 2 anni di detenzione oppure una sanzione pecuniaria per chi non riconosce, con colpa grave, la provenienza illecita dell'oggetto (§ 261, comma 5). I beni ai quali si riferisce il reato possono essere confiscati ai sensi del § 74a StGB; si applica il § 73d nel caso in cui l'autore del reato abbia agito professionalmente o in quanto membro di un'organizzazione dedita all'attività di riciclaggio (§ 261, comma 7). Ai beni indicati nei commi 1, 2 e 5 sono equiparati quelli che derivano da un fatto illecito commesso all'estero, qualora il fatto sia penalmente sanzionato anche in tale luogo (§ 261, comma 8).

Le pene previste nei commi da 1 a 5 non si applicano a chi denuncia spontaneamente il fatto all'autorità competente o provoca spontaneamente tale denuncia, qualora il fatto, in tale momento, non fosse già stato in tutto o in parte scoperto e l'autore fosse di ciò a conoscenza o avrebbe dovuto prevederlo sulla base di un ragionevole apprezzamento della situazione di fatto, nonché a chi procura il sequestro dell'oggetto al quale si riferisce il reato. Non è altresì punito, sempre ai sensi dei commi da 1 a 5, colui che è punibile per concorso nel reato presupposto (§ 261, comma 9).

Dalla sua entrata in vigore il § 261 StGB ha subito circa 16 modifiche, tutte intese ad ampliare il novero di reati-presupposto.

Per quanto concerne specificamente la penalizzazione dell'autoriciclaggio, il § 261 non distingue espressamente tra questa fattispecie e il reato commesso da un terzo, per cui la normativa antiriciclaggio può in teoria essere applicata a tutti gli autori del reato presupposto. Ciò che rileva, infatti, è l'illiceità del fatto dal quale trae origine l'oggetto del riciclaggio, indipendentemente da chi abbia commesso il reato originario. Una regola speciale è, tuttavia, rappresentata dal comma 9, secondo periodo (disposizione introdotta successivamente – nel 1998 – allo scopo di arginare una tendenza giurisprudenziale indirizzata a estendere l'applicazione della norma a condotte di autoriciclaggio), in base al quale un soggetto che sia stato punito per aver concorso al reato principale non può essere punito allo stesso tempo anche per il riciclaggio del denaro proveniente da tale illecito. Si osservi in proposito che il tenore letterale della disposizione del comma 9, che discorre dell'esplicita esclusione di una doppia punizione per i partecipanti al reato presupposto, non ha mancato di sollevare qualche dubbio in merito all'applicazione di tale regola anche all'autore del reato, oltre che a coloro che vi hanno concorso. Il Rapporto sull'antiriciclaggio e il finanziamento del terrorismo in Germania, adottato dal GAFI (Gruppo di azione finanziaria contro il riciclaggio di capitali o Financial Action Task Force - FATF) nel febbraio 2010, pur dando atto dell'impegno di rafforzare il sistema nazionale volto alla prevenzione e alla repressione del riciclaggio di denaro, come dimostrato dal gran numero di procedimenti giudiziari e di ordinanze di confisca dei beni in tale ambito, evidenzia una sorta di debolezza nel quadro giuridico e sanzionatorio ritenuto "non conforme" ai requisiti necessari per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo. Una delle debolezze riscontrate dal GAFI è infatti l'impossibilità di punire una persona sia per aver commesso il reato presupposto, sia per il reato di riciclaggio. Il divieto della doppia punizione, sancito a livello costituzionale dall'art. 103, comma 3, ed esplicitato nel già citato § 261, comma 9, StGB, ha trovato conferma in una decisione della Corte di cassazione federale (BGH, 18.02.2009 - 1 StR 4/09), che ha però stabilito la possibilità di condannare in Germania, per riciclaggio di denaro, una persona condannata per corruzione in un altro Stato. Nella dottrina d'Oltralpe v. K. LACKNER, K. KÜHL, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28. Aufl., München, 2014, § 261; H. OTTO, *Geldwäsche, § 261 StGB*, in *Jura*, 1993, 329 ss.

¹⁰ Per tutti A. MANGIONE, *Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui recenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1102; V. MANES, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 35 ss., in particolare 62.

¹¹ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 477.

¹² Sia consentita una notazione a margine: non è questa la sede per avventurarsi in una questione di ben altro momento e che coinvolge per certo non soltanto il tema dell'autoriciclaggio. La semplice comparazione delle norme incriminatrici (o di quelle limitrofe) non sembra affatto sufficiente per disporre di un quadro effettivamente illustrativo delle diverse risposte ordinamentali al fenomeno: basti solo il richiamo alle regole che disciplinano il concorso di persone nel reato – notoriamente assai diverse da sistema a sistema –, che finiscono con lo svolgere un ruolo ben significativo nella individuazione dei soggetti che possono (eventualmente) essere chiamati a rispondere di figure di reato analoghe a quella dell'autoriciclaggio o del riciclaggio. In proposito si vedano le interessanti notazioni di L. TROYER, S. CAVALLINI, *La "clessidra"*, cit., 55 ss..

Sul versante degli obblighi internazionali pochi cenni saranno bastevoli. L'incriminazione dell'autoriciclaggio è prevista dalla Convenzione di Strasburgo sulla corruzione del 1999, ratificata dall'Italia con legge 28 giugno 2012, n. 110. In particolare, l'art. 13 prevede l'adozione di misure legislative necessarie per prevedere come reato gli illeciti indicati dall'art. 6, par. 1, lett. a) e b) (fra i quali è compreso l'autoriciclaggio) della *Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato*, fatta a Strasburgo l'8 novembre 1990 (ratificata con l. 9 agosto 1993, n. 328). Previsione analoga è contenuta nell'art. 6 della *Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale*, adottata dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 e il 31 maggio 2001, oggetto di ratifica con l. 16 marzo 2006, n. 146: in entrambi gli atti normativi è presente una clausola a mente della quale gli Stati possono stabilire che la fattispecie di riciclaggio non sia applicabile nei confronti dell'autore del reato presupposto.

Sembra dunque che anche su tale versante l'orientamento generale sia nel senso della punibilità dell'autoriciclaggio.

2.

Le ragioni politico-criminali a sostegno dell'incriminazione.

Ancora senza pretesa alcuna di completezza, qualche ulteriore notazione di carattere generale merita d'essere svolta a premessa della breve esegesi del nuovo art. 648-ter.1. c.p..

Se si ha riguardo alla criminalità orientata al profitto (soprattutto nella dimensione della criminalità economica, intesa più precisamente come la flessione verso forme d'illegalità delle attività d'impresa latamente intese e non soltanto come la criminalità organizzata che investe nell'economia 'legale' i propri proventi), non è difficile avvedersi che la utilizzazione di mezzi provenienti dalle stesse attività illegali dà luogo a un fattore di significativa alterazione delle regole della concorrenza e del mercato.

La disponibilità 'in proprio' di mezzi economici di provenienza illecita (come tali non soggetti a imposizione fiscale, svincolati da qualsiasi controllo, generati attraverso modalità a loro volta alterative della concorrenza) ne permette l'impiego o verso ulteriori attività illecite (rispetto alle quali possono predicarsi analoghe connotazioni perturbative della concorrenza e del mercato), o direttamente in impieghi che pongono l'utilizzatore in una condizione di privilegio rispetto ai competitori in ipotesi rispettosi delle regole.

Uscendo di metafora: si *immagini*¹³ il caso di una serie di illeciti fiscali in ambito societario che generino disponibilità rilevanti, sapientemente occultate in qualche paradiso fiscale. Queste disponibilità, al di fuori di qualsivoglia controllo legale (interno o esterno alla compagine sociale), sono gestite dai soggetti di vertice che hanno posto in essere i reati tributari (senza discutere della configurabilità di reati societari eventualmente strumentali alla realizzazione dell'illecito fiscale o al suo occultamento, ovvero ancora, se l'entità dell'illecito fosse specialmente rilevante e la società quotata, di reati di manipolazione del mercato).

Tale gestione può atteggiarsi in modi diversi: quando si concretizzi in una utilizzazione in chiave corruttiva per l'acquisizione di importanti appalti pubblici (o anche privati), ciò implicherebbe un impiego a fini economico-imprenditoriali per certo perturbatore della concorrenza, mentre l'utilizzazione di tali mezzi per l'acquisto di una importante partecipazione in una impresa concorrente allo scopo di acquisirne quote di mercato (operata attraverso opportuni schermi societari) integrerebbe un'ipotesi di impiego in attività economico-finanziarie, ovvero infine (e sempre per restare in esemplificazioni banali) se le disponibilità così illecitamente raccolte fossero destinate all'acquisto di titoli sul mercato borsistico a scopo di mero investimento, saremmo al cospetto di un impiego di carattere speculativo. Ma non vi è dubbio che, anche in queste due ultime ipotesi, i *competitors* della società che realizza le descritte operazioni si troverebbero in una condizione palesemente deteriore.

Riducendo il discorso alla banalità più elementare (o, forse, alla sostanza delle cose, al di là di ogni paludamento): per effettuare l'acquisizione della partecipazione dell'impresa concorrente (del valore di 100), il competitor che non disponga di mezzi di provenienza illegale (esentasse) deve procurarsi tale disponibilità producendo un reddito ben maggiore che, al

¹³ L'impiego del verbo *immaginare* è dovuto a un antico vezzo stilistico poco coerente con la realtà, nella quale "vi sono più cose fra cielo e terra di quante ne conosca la filosofia", secondo l'immortale insegnamento che l'Amleto di Shakespeare impartisce all'amico Orazio: W. SHAKESPEARE, *Amleto*, trad. it., Milano, 2004, 71.

netto delle imposte, corrisponda a quel 100 che, invece, gli amministratori-evasori hanno a disposizione grazie ai propri illeciti fiscali. Inutile spendere parole per ripercorrere le medesime cadenze con riguardo all'operazione meramente speculativa in precedenza congetturata: anche in questo caso evidente appare lo svantaggio competitivo nel quale si trova l'operatore rispettoso delle regole.

L'idea di fondo, che sembra giustificare l'incriminazione dell'autoriciclaggio, riposa sulla considerazione di *congelare* il profitto in mano al soggetto che ha commesso il reato-presupposto, in modo da impedirne la sua utilizzazione maggiormente offensiva, quella che espone a pericolo o addirittura lede "l'ordine economico"¹⁴.

In questa prospettiva viene meno anche la già di per sé discutibile categoria del *post factum* non punibile¹⁵: nelle ipotesi che si sono rammentate e – più in generale – in tutte quelle nelle quali alle disponibilità di provenienza illecita viene impressa una destinazione che ne implica la re-immissione nel circuito economico (imprenditoriale, finanziario, speculativo) è infatti ben difficile congetturare che il disvalore sia esaurito nella commissione del reato-presupposto, manifesta essendo l'ulteriore o, addirittura, le ulteriori offese via via realizzate attraverso le nuove condotte poste in essere, caratterizzate da autonomo disvalore¹⁶. Sicché il flebile argomento – forse soltanto tratteggio e dovuto alla persistente consuetudine che apparenta i reati di riciclaggio alla ricettazione intesa come reato contro il patrimonio¹⁷ – che viene dall'evocazione del *post factum* non punibile, cui s'accompagna quello del *ne bis in idem* sostanziale, sembra svanire sol che si guardi alle condotte tipicamente descritte nella norma di nuovo conio, che s'industria di tipizzare fatti gravemente e autonomamente lesivi, comunque diversi da quelli posti in essere dall'autore del reato-presupposto.

Rinviando a quanto si cercherà di meglio specificare in seguito, la caratterizzazione modale della condotta¹⁸ *ex novo* punibile la tipizza in termini di radicale autonomia rispetto a quella propria dei delitti-presupposto dai quali i beni provengono, dissolvendo possibili obiezioni concernenti per un verso il carattere pretesamente automatico della commissione dell'autoriciclaggio da parte dell'autore di un qualunque delitto a sfondo patrimoniale, per altro precludendo la configurabilità di un fenomeno di "consumazione", posto che, sul versante assiologico, proprio la modalità dell'occultamento segna un autonomo disvalore rispetto al mero diretto impiego (senza alcuna schermatura) dei beni in ipotesi frutto di un reato in precedenza commesso¹⁹.

Come s'è cercato di mostrare, condotte di re-immissione nel circuito economico legale di disponibilità di provenienza criminosa, condotte altresì connotate da modalità tali da impedirne o da ostacolarne comunque l'origine, all'evidenza descrivono un fatto strutturalmente diverso dal reato-presupposto, che si caratterizza – nell'economia della figura dell'autoriciclaggio e da questo punto di vista – come un fatto generatore della disponibilità illegale.

La duplice valenza delle condotte (re-immissione nel circuito legale e ostacolo alla tracciabilità della provenienza) allontana la fattispecie dell'autoriciclaggio dalla componente 'pa-

¹⁴ Per utilizzare le parole della *Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata*, istituita con d.m. 10 giugno 2013 e presieduta dal prof. G. Fiandaca. Cfr. *Proposte di intervento in materia di criminalità organizzata: la prima relazione della Commissione Fiandaca*, in *Dir. pen. cont.*, 12 febbraio 2014, 6.

¹⁵ In senso critico rispetto alla teoria del *post factum* non punibile, v. per tutti G. VASSALLI, *Antefatto non punibile, post-fatto non punibile*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 517.

¹⁶ Pur mantenendo un atteggiamento sostanzialmente prudente, la *Relazione della Commissione Fiandaca* (v. *supra*, in nota 14) così si esprime a proposito dell'incriminazione dell'autoimpiego: "Ma l'obiezione di incappare in una ingiustificata doppia incriminazione di un medesimo disvalore sostanziale è, ad avviso della Commissione, scongiurabile circoscrivendo appunto il reimpiego penalmente rilevante ai soli casi di investimento speculativo o imprenditoriale (come tale trascendente l'utilizzazione per mero godimento personale dei proventi dell'attività delittuosa). In questo modo (...) il reato di reimpiego assume un grave e autonomo disvalore (rispetto a quello del reato-presupposto) in quanto ad essere aggredito è l'ordine economico, e ciò altresì giustifica una autonoma sanzione" (*ivi*, 11). Né può sfuggire che le proposte Pignatone-Melillo e Alessandri, pure esaminate dalla *Commissione Fiandaca*, prevedessero fattispecie di autoriciclaggio consistenti nell'impiego in "attività imprenditoriali, di natura commerciale o finanziaria" (così proposta Alessandri) ovvero in "attività economiche o finanziarie" (così proposta Pignatone-Melillo), ed erano poi entrambe connotate dalla caratterizzazione delle condotte nel senso di ostacolare l'identificazione della provenienza criminosa.

¹⁷ Che il riciclaggio sia ormai ritenuto un reato plurioffensivo, nel quale la collocazione topografica fra i delitti contro il patrimonio suona del tutto eccentrica e inattuale, è nozione comunemente ricevuta: v., per tutti, P. MAGRI, (*sub*) *art. 648-bis*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, t. III, 3^a ed., Milano, 2011, 6574 s..

¹⁸ Il riferimento è, ovviamente, alla clausola «in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa», clausola che segna in modo profondo il volto della fattispecie incriminatrice di nuovo conio.

¹⁹ Si pensi all'ipotesi esemplificativa – che verrà in seguito ripresa – dell'imprenditore che utilizza *in modo diretto* per pagare gli stipendi dei dipendenti le disponibilità derivanti dall'omesso versamento dell'IVA.

trimonialistica', ben evidente nel remoto antecedente della ricettazione (nella quale l'autore del reato-presupposto s'affida a un 'esperto' per fini di lucro), per collocarla definitivamente negli ambiti dei reati contro l'amministrazione della giustizia e contro l'ordine economico e il risparmio²⁰ (sempre che non s'intenda la tutela dell'amministrazione della giustizia come bene strumentale, posto a presidio di altri beni giuridici, che, nel caso, tornerebbero ad essere l'ordine economico, la concorrenza, il risparmio, ecc.)²¹.

Anche un osservatore superficiale dei fenomeni criminali e delle strutture normative si avvede che il multiforme mondo delle fonti genetiche delle disponibilità illegali si presta a una prima distinzione (di grana grossa, ma non per questo inutile): stanno da un lato i mezzi economici derivanti da attività intrinsecamente illecite, tipiche della criminalità organizzata (produzione e commercio delle sostanze stupefacenti, sfruttamento della prostituzione, commercio di organi, traffico d'armi, ecc.).

Dall'altro si trovano invece quelli che, pur generati da comportamenti criminosi, vedono tali comportamenti innestarsi su attività altrimenti lecite (si pensi, tipicamente, alle frodi fiscali o doganali, nelle quali un'attività economica di per sé lecita è svolta con modalità che la rendono illegale: e lo stesso può predicarsi del provento di un appalto ottenuto a seguito di fatti corruttivi, ovvero di quello tratto da operazioni di mercato poste in essere abusando di informazioni privilegiate, oppure attraverso sapienti condotte manipolative).

Se si considera l'offesa derivante dalla re-immissione nel circuito legale delle disponibilità, ci si avvede che alla loro differente provenienza non corrisponde sul versante oggettivo alcuna diversità in termini di lesione o esposizione a pericolo dei beni protetti (nessuno dubita della corpora e tangibile difformità del 'pericolo' conseguente alla presenza nel circuito legale di soggetti esponenti diretti – o di costoro rappresentanti – della criminalità organizzata, ma tale profilo è connesso alle qualità dell'agente). Sicché una disposizione che, sotto la comminatoria penale, proibisca tal genere di condotte presenta una valenza trasparente e coerente con lo scopo di tutela e – come s'è già notato – rimane estranea ai problemi collegati al *ne bis in idem* sostanziale e/o alla categoria del post-fatto non punibile.

Si potrà piuttosto discettare sulla diversa efficienza deterrente rispetto alle due differenti categorie nella quali si è articolata questa ipotizzata distinzione, non essendo difficile supporre che la portata maggiore si avrà rispetto ai reati-presupposto commessi nello svolgimento di attività intrinsecamente lecite: rispetto ad esse, infatti, è congetturabile che lo sbarramento al re-impiego del profitto (illecito), che ne motiva la realizzazione, possa costituire valida contro-spinta (fermo restando che tutto dipenderà dalla effettività della norma e non dalla sua mera presenza nel panorama della *law in the books*).

Ma che l'altro versante possa essere in misura minore raggiunto dalla portata dissuasiva della disposizione, non sembra ragion sufficiente per condannare la norma di nuovo conio al museo degli orrori, peraltro spesso arricchito dal legislatore contemporaneo.

Se si pone mente all'altro ambito di tutela cui si rivolge il delitto dell'art. 648-ter.1. c.p. (quello connesso alla individuazione della provenienza criminosa delle disponibilità), non è difficile scorgere nella figura dell'autoriciclaggio un presidio che non vede differenza alcuna rispetto alla diversità delle 'provenienze' stesse, secondo la partizione che si è in precedenza suggerita. In entrambi i casi, infatti, la connotazione modale della condotta ("in modo da ostacolare concretamente") allude a una caratterizzazione artificiosa, idonea a ostacolare la tracciabilità del percorso che conduce dalla disponibilità alla sua fonte genetica, la matrice della quale è – quando sia criminosa – indifferente.

²⁰ Nel senso inteso da C. PEDRAZZI, (voce) *Mercati finanziari (disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 654, ora in Id., *Diritto penale*, vol. IV, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 151.

²¹ Sul punto si vedano le lucide e più che condivisibili notazioni di C. PIERGALLINI, *Osservazioni sulla introduzione del reato di autoriciclaggio – Audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 30 luglio 2014 – Proposta di legge c. 2247 in materia di emersione e rientro dei capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale*, in *www.camera.it*: "La 'punizione' deve colpire *solo* i comportamenti che *trasmutano* in condotte *artificiose*, non naturali ma *autenticamente frappositive*, idonee cioè a recare ostacolo alla *identificazione del provento illecito* (...) la sua incriminazione non può che apparire funzionale 1) all' *impedimento della consolidazione di una precedente situazione di illiceità*; allo *svolgimento delle indagini sulla provenienza delittuosa dei beni*, a cui si associa lo scopo di *impedire la circolazione di denaro o di beni di provenienza illecita*". Sicché la «oggettività giuridica del nuovo reato (...)» va ricostruita "secondo una dimensione in cui *primeggia* la tutela dell' *amministrazione della giustizia* (...). In tal modo, la deroga al post-fatto non punibile potrebbe risultare ragionevole nel contesto di una disposizione protesa a valorizzare l' *offensività in concreto* del fatto rispetto al bene strumentale dell'amministrazione della giustizia (bene 'strumentale' perché, punendo condotte idonee a provocare ostacolo alle indagini, funge da *avamposto* rispetto alla tutela di altri beni giuridici 'finali', quali l'ordine economico, la concorrenza, ecc.)" (corsivi nel testo).

Rinviando ancora una volta a quanto si cercherà di argomentare più diffusamente in seguito, sia qui bastevole notare che l'estremo modale della condotta ne specifica compiutamente l'autonomia (rispetto ai delitti-presupposto), denotandone altresì l'altrettanto autonomo disvalore: con la conseguenza ulteriore che fra il delitto-presupposto e quello di autoriciclaggio non intercede un rapporto di progressione criminosa, dovendosi inquadrare il delitto non colposo posto in essere dall'autoriciclatore come un presupposto della condotta²².

Di fronte alla rilevanza dei beni giuridici tutelati e alla obiettiva portata offensiva del fenomeno non riesce convincente il paventato timore²³ che l'incriminazione dia luogo a un effetto moltiplicatore in capo all'autore del reato-presupposto, che ponga in essere una pluralità di condotte. Rinviando a quanto innanzi si dirà (anche in relazione al momento consumativo del reato), la questione sembra porsi nei termini seguenti: se la re-immissione ha ad oggetto la disponibilità tratta da un determinato reato (o da una serie di reati fra loro strumentalmente connessi), allora si è in presenza di un solo fatto di autoriciclaggio, posto in essere – eventualmente – attraverso distinte modalità realizzative; oppure si è in presenza di distinte condotte di re-immissione (nelle quali può anche essere frazionato nel tempo il provento di un unico reato-presupposto), e allora si sarà al cospetto di una pluralità di ipotesi di autoriciclaggio. Ma l'effetto moltiplicatore non dipende da un automatismo innescato dalla norma, bensì da una scelta dell'agente, che ne subisce le conseguenze.

Nella prospettiva qui delineata ben si comprende come una utilizzazione a fini personali (e senza modalità di ostacolo) dei mezzi economici derivanti dal reato-presupposto (sia che tale impiego si risolva nell'acquisto di beni di consumo di qualsiasi genere, sia che si concretizzi nel godimento di beni immobili o ad essi equiparabili) è destinato a rimanere estraneo all'ambito della disposizione: e non già per una differente valutazione sul piano assiologico fra consumo privato e impiego imprenditoriale o economico. Al contrario: perché proprio nella re-immissione (attraverso modalità idonee a celarne la provenienza delittuosa) nel circuito dell'economia legale si realizza la più profonda delle offese. Non senza dimenticare che “la deroga al *ne bis in idem* sostanziale potrebbe giustificarsi *solo* in presenza di atti che *non si traducono nel mero godimento o nella trasparente disposizione del provento* (che integrano, lo si ripete, la *naturale prosecuzione* dell'illecito-presupposto)”²⁴.

3. La fattispecie di autoriciclaggio.

Qualche breve nota d'esegesi sulla nuova fattispecie merita a questo punto d'essere svolta.

3.1. Le condotte punibili e il momento consumativo.

Agevole ascrivere al dolo generico il momento soggettivo, con la precisazione che nell'estremo della rappresentazione dovranno specchiarsi tutti gli elementi del fatto tipico, nonché – ovviamente – anche quello concernente la provenienza delittuosa dei beni, mentre la componente volitiva non potrà non colorare anche il riguardo dell'ostacolo della provenienza delittuosa.

Questo detto sul versante della colpevolezza, il primo comma dell'art. 648-ter.1. c.p. dettaglia le condotte penalmente rilevanti. La formula legislativa concentra la tipizzazione nei verbi espressivi dei comportamenti proscritti (*impiegare, sostituire, trasferire*): in prima approssimazione sembra non azzardato ritenere che il primo d'essi (*impiegare*) alluda a qualsivoglia forma di re-immissione delle disponibilità di provenienza delittuosa nel circuito economico

²² In senso contrario, D. BRUNELLI, *Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione*, in *Dir. pen. cont.*, 10 gennaio 2015, che propende per la qualificazione del delitto-presupposto come «frammento della condotta tipica».

²³ In questo senso v. F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2014, 4 s.

²⁴ C. PIERGALLINI, *op. cit.* (corsivi nel testo). In senso del tutto analogo, v. la già citata *Relazione della Commissione Fiandaca*, che ritiene necessario circoscrivere “il reimpiego penalmente rilevante ai soli casi di investimento speculativo o imprenditoriale (come tale trascendente l'utilizzazione per mero godimento personale dei proventi dell'attività delittuosa)” (*ivi*, 11). In senso diametralmente opposto F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio"*, cit., 2 s., ad avviso del quale la nuova norma è irrazionale e moralmente deprecabile in quanto “privilegia l'edonismo e condanna come riprovevole l'attività produttiva”.

legale, mentre le forme della sostituzione e del trasferimento (che rimandano a ogni modalità che realizzi l'effetto indicato dal tema verbale) finiscono con il trasformare – all'apparenza – il reato in questione in una sorta di reato a forma libera qualificato dal risultato perseguito (la trasformazione o la sostituzione).

Si è detto 'apparenza' perché alla tipizzazione delle condotte punibili presiedono altri due fattori di cruciale rilievo nell'economia complessiva della fattispecie, fattori che – a ben vedere – paiono fornire all'interprete l'autentica chiave ermeneutica per intendere l'esatto perimetro della condotta tipica: da un lato sta la clausola modale, alla quale s'è in precedenza fatto cenno ("in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa"), dall'altro la previsione del comma quarto, concernente la destinazione non punibile delle ricordate disponibilità di illecita provenienza.

Fattori che conviene esaminare partitamente, principiando da quello contemplato nell'ultimo alinea del comma primo. Attraverso la connotazione in termini di idoneità concreta all'ostacolo, la determinazione delle condotte punibili viene circoscritta a quei comportamenti che, seppur non necessariamente artificiosi in sé (integrativi, cioè, di estremi riportabili all'archetipo degli artifici e raggiri), esprimano un contenuto decettivo, capace cioè di rendere obiettivamente difficoltosa la identificazione della provenienza delittuosa del bene.

La questione merita tuttavia attenzione, soprattutto se la si considera in relazione agli esiti giurisprudenziali sperimentati in materia di riciclaggio, dove la condotta di ostacolo è stata in sostanza assimilata a qualsiasi modalità capace di generare anche soltanto un ritardo nella identificazione²⁵.

L'aggiunta dell'avverbio "concretamente" (non presente nella figura dell'art. 648-*bis* c.p.), oltre ad esigere l'accertamento in termini oggettivi e strettamente collegati al singolo caso della efficienza ostacolatrice, richiama l'interprete a un'esegesi rigorosa, che impone di attribuire al termine *ostacolare* la pienezza del suo valore semantico, che – in sede di prima approssimazione – ben può essere colto nel frapporre un mezzo (di qualunque genere) allo svolgimento di una azione o alla esplicazione di una facoltà (nel caso: il tracciamento della provenienza, ovvero lo svolgimento dell'attività a ciò finalizzata), mezzo che tuttavia deve essere in concreto (*id est*: avuto riguardo al caso specifico) capace di ridurre significativamente l'effetto o la portata, oppure di ritardarne in modo altrettanto significativo il compimento. Diversamente, la disposizione subirà una torsione interpretativa che, facendone smarrire la determinatezza, rischierà di esporla a censure di legittimità costituzionale sul versante del principio di legalità e forse anche su quello del canone del *ne bis in idem*.

La ricordata connotazione modale delimita infatti in maniera decisiva la fattispecie: non qualunque re-immissione nell'economia legale di beni di provenienza delittuosa (nelle forme dell'impiego, sostituzione, trasferimento), bensì soltanto quelle che siano ulteriormente caratterizzate dall'estremo dell'ostacolo concretamente idoneo potranno dirsi tipiche nel cospetto dell'art. 648-*ter*.1. c.p..

La funzione selettiva assegnata all'estremo in discorso, se per un verso contribuisce a disegnare in modo netto il perimetro del tipo, escludendo dalla penale rilevanza qualunque condotta priva di tale coloritura decettiva, dall'altro connota in modo significativo la fattispecie punibile sul versante assiologico. Secondo quest'ultimo profilo non è difficile avvedersi che proprio la componente modale arricchisce il fatto descritto dall'art. 648-*ter*.1. c.p. sul piano del disvalore, caratterizzando (e dunque selezionando) quelle condotte che recano impresso un corposo *quid pluris* (sia in termini di alterità rispetto al reato-presupposto sia in chiave di differente oggetto dell'offesa) rispetto a quella che altrimenti potrebbe essere considerata una sorta di automatico (e quasi necessitato) uso del provento del delitto presupposto²⁶.

Di spessore ancor più rilevante il fattore ricavabile sul piano sistematico dalla previsione del quarto comma, che, oltre a disegnare un ambito di non applicabilità della fattispecie incrimin-

²⁵ V. ad esempio, tra le più recenti, Cass., sez. II pen., 25 febbraio 2014 (c.c. 5 novembre 2013), n. 9026, Palumbo, in *CED Cass.*, rv 258525, secondo cui per "la configurabilità del reato di cui all'art. 648 ter cod. pen., (...) non è necessario che la condotta di reimpiego presenti connotazioni dissimulatorie, volte ad ostacolare l'individuazione o l'accertamento della provenienza illecita dei beni".

²⁶ Si ipotizzi il caso dell'amministratore di società che, avendo commesso il delitto di omesso versamento di IVA (art. 10-*ter* d. lgs. 74/2000) destini le disponibilità per tal modo generate al pagamento degli stipendi dei dipendenti (ovvero dei creditori sociali). Trattandosi di flussi finanziari che fuoriescono dalla "cassa" dell'impresa, non vi è alcuna modalità di ostacolo e il fatto non è tipico al cospetto del delitto di autoriciclaggio. Diverso il caso della provenienza delle disponibilità da una attività intrinsecamente illecita, posto che in tale evenienza la fonte viene necessariamente 'schermata' per motivi facilmente intuibili.

minatrice, contribuisce a definirne la portata. Della funzione della disposizione si è già detto e ulteriormente si dirà in sede di specifico commento: nella presente prospettiva è invece opportuno segnalare che la descrizione in termini di utilizzazione personale delle disponibilità e di godimento (egualmente personale) dei beni di provenienza illecita permette di caratterizzare in negativo le condotte di sostituzione e trasferimento, in modo più preciso e vincolante per l'interprete di quanto non sarebbe in assenza di tale clausola.

Il trasferimento o la sostituzione penalmente rilevante al cospetto dell'autoriciclaggio sono quindi comportamenti che importano un mutamento della formale titolarità del bene o delle disponibilità (immutato il beneficiario economico ultimo), o che diano altresì luogo a una utilizzazione non più personale (ma riconducibile a una forma di re-immissione del bene o della disponibilità nel circuito legale). Considerazione analoga vale per la condotta di sostituzione, nella quale ad assumere rilievo penale sarà quella trasformazione del bene o della disponibilità che al contempo ne muti la destinazione dall'utilizzazione personale a quella (di impiego) in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative.

Come s'è appena sopra accennato, alla descrizione del fatto punibile contribuisce in maniera cruciale la destinazione delle disponibilità di provenienza illecita, le quali ultime devono essere tassativamente conferite in «attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative». L'elencazione soffre di palesi sovrapposizioni e di qualche conseguente ridondanza (senza che vi sia però alcun elemento di contraddizione interna), ma è tuttavia esplicita e inequivoca nel circoscrivere l'impiego, il trasferimento o la sostituzione ad assegnazioni delle ricordate disponibilità ad ambiti rientranti nello svolgimento di attività economiche legali: nel momento nel quale tale estremo della fattispecie caratterizza l'offesa, esprimendo il disvalore della condotta (l'effetto perturbativo del quale s'è detto in precedenza nel § 2.), esso al contempo connota anche i comportamenti punibili, segnalandone la rilevanza in quanto determinano il risultato proscritto (appunto la re-immissione nel circuito legale di mezzi di provenienza delittuosa).

Riguardato sul suo insieme, il tessuto normativo dell'art. 648-ter.1. c.p. quanto al cruciale momento della descrizione della condotta punibile mostra due momenti tipici che svelano il malcelato intento legislativo di approntare una figura incriminatrice senza lacune: da un lato l'elencazione dei comportamenti (designati con le voci verbali *impiegare, sostituire, trasferire*), dall'altro il catalogo delle 'destinazioni' dei beni oggetto dei comportamenti medesimi: in entrambi i casi l'afflato alla completezza riesce disfunzionale e mostra la sciattezza tecnica del legislatore.

Della portata ridondante del catalogo delle destinazioni – dovuta all'impiego di termini dal valore pressoché sinonimico (e dunque scarsamente efficienti sul piano descrittivo-selettivo) – si è appena detto e non occorre aggiungere altro. Quanto all'evocazione delle distinte voci verbali per la definizione delle condotte, è qui bastevole notare che esse riprendono con cadenze pressoché pedissequae la fraseologia degli artt. 648-bis e 648-ter c.p. senza che questo modo di redazione avvantaggi l'interprete nella lettura della disposizione.

Uno sforzo ermeneutico che tenga però conto del canone secondo cui va considerato il significato delle parole «secondo la connessione d'esse» può forse soccorrere. Se si collegano strettamente e direttamente (come doverosamente richiede la norma) i tre verbi con i quali esordisce il primo comma dell'art. 648-ter.1. c.p. alle voci che descrivono la 'destinazioni' dei beni, è facile avvedersi – come si è anticipato – che l'*ubi consistam* della norma è rappresentato dalla re-immissione nel circuito dell'economia legale di beni di provenienza delittuosa (beninteso: ostacolandone la tracciabilità).

A ben vedere un'attività di trasferimento, ovvero di sostituzione, così come d'impiego, in attività (ad es.) finanziarie altro non esprime – sul piano semantico e al di là delle varianti lessicali – se non una fattispecie di re-introduzione nel ciclo economico di beni di provenienza delittuosa. Né siffatta proposta interpretativa pare irrispettosa del vincolo esegetico costituito dal valore letterale delle parole, posto che la valenza sinonimica dei termini impiegati dal legislatore (e quindi la loro attribuibilità a eguali campi semantici) esclude il rischio di violare il superiore canone del divieto di analogia.

Non sembra revocabile in dubbio – stante la struttura delle condotte evocate dalle voci verbali impiegate dal legislatore – che il reato abbia natura istantanea, destinato quindi a realizzarsi nel momento nel quale la re-immissione (nella forma dell'impiego, del trasferimento o della sostituzione) viene posta in essere (con la modalità ostacolativa di cui si è detto).

Altrettanto indubitabile – come s'è in principio osservato – che eventuali trasferimenti (successivi al primo) e che siano tuttavia caratterizzati da rinnovate forme di ostacolo alla tracciabilità dei beni, daranno luogo ad altrettante violazioni del precetto, che consiste propriamente nel divieto di circolazione nel ciclo economico legale di mezzi di provenienza illecita in forme che ostacolano la tracciabilità della fonte.

Né osta a tale conclusione – che, logicamente, discende dalla natura istantanea del reato – il rilievo che ciò importerebbe una sorta di automatica iterazione sanzionatoria²⁷: a ben vedere non v'è alcunché di automatico, ma semplicemente una *nuova* condotta di trasferimento con modalità d'ostacolo deliberatamente posta in essere dell'agente, ferma restando l'applicabilità dell'istituto della continuazione.

Un differente profilo merita invece d'essere esaminato alla luce della struttura del delitto di nuovo conio: anche se la natura istantanea del reato impone che il momento consumativo coincida con il compimento della condotta di re-immissione (in modo idoneo da ostacolarne la tracciabilità), *quid iuris* di eventuali successivi re-investimenti dei frutti delle disponibilità oggetto della primigenia condotta di re-immissione?

In altri termini: quando all'interno di un medesimo veicolo finanziario (o di una stessa attività imprenditoriale e via esemplificando) vengano progressivamente investiti gli utili derivanti da quella fonte (costituente l'oggetto della prima – in senso cronologico – attività di autoriciclaggio), si è al cospetto di una nuova e autonoma violazione del precetto?

La risposta non può che essere negativa, dal momento che tale condotta di re-investimento non è connotata in termini d'ostacolo, sicché non può dirsi integrato il comportamento prosritto dall'incriminazione. ⁵e, diversamente da quanto ipotizzato, l'agente destinasse altrove tali proventi (ad esempio: collocandoli in un'altra struttura finanziaria "schermata" al fine di non renderla tracciabile), non vi sarebbe dubbio alcuno circa la sussistenza di una nuova e diversa violazione del precetto.

Tornando al caso del mero re-investimento all'interno della medesima struttura finanziaria (e ipotesi assimilate), diviene questione problematica l'identificazione del momento consumativo del reato: ferma la natura di reato istantaneo del delitto di cui all'art. 648-ter.1. c.p., la consumazione ben potrebbe coincidere con l'ultimo (in senso cronologico) degli atti di re-investimento (all'interno dello stesso veicolo "ostacolante").

A ben vedere, infatti, in simili evenienze non si realizza una nuova condotta di re-immissione con modalità d'ostacolo, ma più semplicemente una estensione (in termini quantitativi) della originaria condotta tipica, estensione cui corrisponde uno slittamento temporale del momento nel quale la fattispecie concreta si realizza compiutamente. Con la conseguenza che il termine dal quale decorre la prescrizione corrisponde a quello dell'ultima modalità di re-investimento (nel medesimo veicolo). Non può in proposito sfuggire che nell'autoriciclaggio l'agente può decidere di non re-investire gli utili nell'originario veicolo con caratteristiche "ostacolanti".

3.2.

L'oggetto materiale e il delitto-presupposto.

Oggetto delle condotte vietate sono, stando al dettato normativo, "il denaro, i beni o le altre utilità": anche in questo caso il legislatore ha preferito percorrere strade consuete, partendo dal *denaro* e proseguendo con formule via via più ampie (i *beni* e, infine, le *altre utilità*). Si tratta di una clausola che non crea soverchi problemi interpretativi: nessun dubbio che l'elencazione rimandi a qualsiasi cespite (mobile o immobile) che abbia una consistenza economico-patrimoniale, dotato quindi di un valore di scambio apprezzabile.

Decisiva, com'è ovvio in figure incriminatrici di tal genere, la provenienza del bene, descritta dalla legge con la formula "provenienti dalla commissione" di un "delitto non colposo". La chiarezza della disposizione lascia poco spazio all'esegesi, una volta precisato che la provenienza – in assenza di specificazione normativa – potrà essere anche intesa come indiretta (si potrà dunque ipotizzare che le disponibilità siano il provento di un precedente riciclaggio, ovvero di una condotta di autoriciclaggio non punibile perché commessa prima dell'entrata in vigore dell'art. 648-ter.1. c.p.).

²⁷ In questo senso F. SGUBBI, *op. loc. cit.*

Il tema della provenienza del delitto presupposto reca con sé il problema dell'applicabilità della nuova figura d'incriminazione alle ipotesi nelle quali il delitto non colposo dal quale originano i beni oggetto di autoriciclaggio sia stato commesso in epoca anteriore all'entrata in vigore dell'art. 648-ter.1. c.p. Per la soluzione negativa si è espressa autorevole dottrina²⁸, sostanzialmente osservando che il richiamo al delitto presupposto integra un frammento della condotta tipica, come tale a pieno titolo rientrante nell'area del divieto di irretroattività costituzionalmente presidiato dall'art. 25 co. 2 Cost..

La conclusione, pur efficacemente argomentata, non riesce tuttavia convincente.

Sta in principio il rilievo che la condotta proscribta dall'art. 648-ter.1. c.p. non punisce il mero possesso dei beni di provenienza delittuosa (istituendo un obbligo, per vero inesistente, di "ripulitura" legale, a tacer del fatto che un obbligo di tal fatta sarebbe forse discutibile di fronte al principio del *nemo tenetur se detegere*²⁹).

Come s'è in precedenza osservato, la disposizione di nuovo conio tipizza e sanziona il diverso comportamento consistente nella re-immissione nel circuito dell'economia legale di beni attraverso modalità in concreto idonee ad ostacolare la identificazione della loro provenienza. Quest'ultimo essendo il divieto presidiato dalla comminatoria penale, è agevole osservare che, da un lato, il nucleo del disvalore è in esso contenuto ed esaurito e che, dall'altro, l'agente non è affatto "obbligato" a tenere la condotta tipica, ben potendo astenersi da condotte di re-immissione con modalità d'ostacolo.

Che al momento della commissione del reato-presupposto l'autore del fatto avesse diviso di provvedere a re-investire i proventi in modo da ostacolarne la tracciabilità, è senza dubbio congettura corretta sul piano criminologico³⁰, ma tale rilievo non sembra sufficiente a istituire un collegamento «obiettivo-strutturale» tra «la commissione del reato produttivo di utilità economicamente rilevanti e la condotta di impiego di tali risorse, in vista della loro "ripulitura" e del loro incremento»³¹.

Come s'è detto, tale collegamento non è affatto necessitato e proprio la nota modale che caratterizza la condotta tipica *ex art. 648-ter.1. c.p.* mostra l'autonomia delle due fattispecie (delitto-presupposto e autoriciclaggio), precludendo la configurabilità di un rapporto di accessorialità fra i due reati e, ad un tempo, conferma che la clausola di rinvio al "delitto non colposo" non istituisce un rapporto funzionale, rappresentando semplicemente una modalità attraverso la quale il legislatore ha operato un richiamo in forma generale e astratta, inidoneo a determinare fenomeni di assorbimento dell'una fattispecie nell'altra ovvero di progressione criminosa.

Né può sfuggire che l'identità soggettiva dell'autore del delitto-presupposto, dell'autoriciclaggio non è di per sé ragion sufficiente a far svanire la radicale alterità delle condotte (naturalisticamente intese).

Detto che tale ultimo rilievo vale anche in relazione alle perplessità avanzate³² con riguardo al rispetto del principio del *ne bis in idem*, posto che la giurisprudenza delle Corti Europee ha ormai optato in maniera decisa per la valutazione dell'identità del fatto come identità del fatto storico, irrilevanti essendone le qualificazioni giuridiche³³, è forse non inutile osservare che il problema qui discusso non è mai stato sollevato con riferimento alle figure delittuose degli artt. 648-bis e 648-ter c.p..

Da ultimo mette conto di notare che le vicende della punibilità del delitto non colposo, dal quale i beni provengono, sono del tutto indifferenti rispetto all'applicabilità del reato di autoriciclaggio: il canone dettato dall'ultimo comma dell'art. 648 c.p. è infatti esplicitamente richiamato dall'ultimo comma dell'art. 648-ter.1. c.p..

All'interprete invece rimane da manifestare una perplessità: forse avrebbe potuto il legislatore provvedere a una selezione dei reati presupposto, invece che affidarsi alla formula generale allusiva ad ogni reato non colposo. Una simile opera, che avrebbe per certo richiesto

²⁸ Cfr D. BRUNELLI, *op. loc. cit.*.

²⁹ Si tenga presente, per avere un riferimento immediato, che neppure la procedura per la c.d. Voluntary Disclosure dettata dalla l. 186/2014 ha contenuto obbligatorio (sebbene importi la 'ripulitura' legale di disponibilità di fonte illecita e comportamenti indibbi benefici sul versante penale

³⁰ V. D. BRUNELLI, *op. cit.*, p. 10.

³¹ V. D. BRUNELLI, *op. loc. ult. cit.*.

³² Cfr F. SGUBBI, *op. loc. cit.*; L. TROYER, S. CAVALLINI, *La "Jessidra" del riciclaggio ed il privilegio del self-laundering*, cit..

³³ L'orientamento della Corte EDU è ormai consolidato: a rilevare in materia di *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 4 protocollo 7 della Convenzione non è tanto la fattispecie incriminatrice o il tipo legale, bensì l'identità materiale e naturalistica del fatto: v. [Corte EDU, 10 febbraio 2015, Kiiveri c. Finlandia](#) in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2015; [Corte EDU, 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia](#), in *Dir. pen. cont.*, 5 giugno 2014; [Corte EDU, 27 novembre 2014 Lucky Dev c. Svezia](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2014.

un impegno di non lieve momento e che, con ogni verosimiglianza, avrebbe importato una elencazione lunga e defatigante, non esente da lacune, avrebbe però evitato (forse) qualche problema rispetto a reati contro il patrimonio di minore rilievo avuto riguardo alle prospettive di tutela nelle quali la nuova norma incriminatrice si colloca (si pensi alle ipotesi di furto o di truffa non aggravata, anche se è ben vero che per tali casi dovrebbe essere bastevole il criterio selettivo rappresentato dalla destinazione delle disponibilità illecitamente conseguite alle attività tipicamente indicate dalla norma stessa, oltre alla riconducibilità di tali fattispecie alla meno grave figura dell'art. 648-ter.1., co. 2, c.p.); non senza dimenticare che, richiamando quanto detto in particolare sub 3.1, un eventuale impiego diretto (senza modalità d'ostacolo) è comunque estraneo al tipo³⁴.

3.3.

I soggetti attivi e il concorso di persone nel reato.

La soggettività tipica del delitto in discorso – individuata nell'autore del reato e nei suoi concorrenti – lo qualifica senz'altro come reato proprio e rappresenta a ben vedere l'estremo di novità massima della presente fattispecie d'incriminazione: le ragioni che stanno alla base di tale opzione normativa sono state in precedenza, pur sommariamente, illustrate e ad esse dunque si rimanda, bastando qui la notazione che la formula – necessariamente condizionata dal modello imputativo unitario che regola il concorso eventuale di persone nel reato – comprende ogni forma di contributo causale apportato dall'autore della condotta atipica.

La ricordata peculiare configurazione soggettiva del delitto di autoriciclaggio impone qualche notazione ulteriore in relazione all'ipotesi di concorso di persone nel reato.

Che si tratti di un reato proprio non v'è dubbio e, data la particolare tessitura della fattispecie incriminatrice, sembra altresì plausibile ritenere che più precisamente si verte in un caso di reato proprio esclusivo (o di mano propria)³⁵, posto che la condotta tipica può – per espressa indicazione legislativa – essere realizzata soltanto da colui che abbia commesso o concorso a commettere il delitto non colposo dal quale provengono i beni oggetto del delitto di autoriciclaggio.

La limitazione del perimetro della nuova incriminazione corrisponde – sul piano sistematico – al venir meno del c.d. privilegio dell'autoriciclaggio, che trovava la sua fonte nelle clausole di riserva degli artt. 648-bis e 648-ter c.p. (disposizioni che tuttora permangono, inalterate, nell'ordinamento): tale limitazione, se contribuisce a delimitare l'insieme sussumibile sotto la fattispecie astratta dell'art. 648-ter.1. c.p., al contempo segna i confini rispetto alle limitrofe figure degli artt. 648-bis e 648-ter c.p. e permette di risolvere le questioni connesse alle ipotesi di realizzazione in forma plurisoggettiva del reato di autoriciclaggio.

Indiscutibile essendo l'esito dell'ipotesi nella quale il concorrente nell'autoriciclaggio abbia altresì concorso nella commissione del delitto presupposto (entrambi rispondono del delitto di cui all'art. 648-ter.1. c.p.), colui che invece, non avendo concorso nel delitto-presupposto, contribuisca alla realizzazione delle condotte tipizzate dall'art. 648-ter. 1 c.p., risponderà del reato di riciclaggio ovvero di quello contemplato dall'art. 648-ter c.p..

In proposito si osservi che l'insieme costituito dalle *condotte* tipizzate dall'art. 648-ter.1. c.p. si iscrive completamente in quello disegnato dal combinato disposto delle due disposizioni finitime (artt. 648 bis e 648 ter c.p.): l'elemento specializzante non attiene infatti alle condotte quanto invece alla qualificazione soggettiva dell'autore (qualificazione rispetto alla quale gli insiemi in discorso si trovano in una condizione di alternatività reciproca³⁶).

Considerando per contro il solo fronte delle condotte comprese rispettivamente nell'insieme costituito dagli artt. 648-bis e 648-ter c.p. da un lato e, dall'altro, quelle iscritte nell'insieme disegnato dall'art. 648-ter.1. c.p., è agevole avvedersi che quest'ultimo insieme è minore e completamente compreso nell'altro.

³⁴ Si pensi al caso del denaro derivante da una truffa e direttamente impiegato dall'autore del reato per l'acquisto di beni di consumo.

³⁵ V. sul punto T. PADOVANI, *Diritto penale*, 10^a ed., Milano, 2012, 304-305; D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, 155 s..

³⁶ Colui che possiede i requisiti per rientrare nel novero dei soggetti qualificati ex art. 648-ter.1. c.p. (autore o concorrente rispetto al delitto-presupposto) è per ciò solo (cioè in forza di tale requisito) escluso dall'ambito dei soggetti possibili autori dei delitti di cui agli artt. 648-bis e 648-ter c.p. (in forza della clausola di riserva presente in dette norme). Situazione speculare ed opposta quando si consideri il rapporto fra tali norme principiando dalle due incriminazioni da ultimo richiamate..

Il reciproco atteggiarsi delle tre disposizioni in discorso conferma dunque la conclusione raggiunta: la condotta di colui che, non avendo concorso alla commissione del delitto-presupposto, fornisce un contributo causale all'autoriciclatore non integrerà una fattispecie di concorso ex art. 117 c.p. dando bensì luogo – sussistendone i requisiti – a un'ipotesi di riciclaggio (ovvero di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita).

Né può sfuggire che tale sarebbe stata la qualificazione giuridica di una simile condotta quand'anche il delitto di auto riciclaggio non fosse stato introdotto nel sistema: nessun dubbio è mai sorto, in epoca anteriore al 31 dicembre 2014, in ordine all'applicabilità delle figure degli artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p. a fattispecie nelle quali alla condotta tipica aveva fornito un contributo talvolta ben rilevante proprio l'autore del reato-presupposto, tuttavia non punibile per la presenza delle clausole di riserva contemplate in tali norme incriminatrici.

3.4. *La differenziazione connessa alla gravità del reato-presupposto.*

Il legislatore contempla poi una differenziazione in termini di gravità del fatto (segnalata dalla diversa entità della cornice edittale: da due a otto anni e multa da 5 mila a 25 mila euro per l'ipotesi del primo comma, dimidiata per quella prevista dal secondo comma) in dipendenza della gravità del reato-presupposto: nel caso che si tratti di un delitto non colposo con pena detentiva inferiore nel massimo a cinque anni, si verterà dunque nell'ipotesi del secondo comma, che configura una fattispecie autonoma di reato (e non una circostanza attenuante, come rende esplicito la struttura del dettato normativo)³⁷. Rimane da segnalare che, a mente del secondo capoverso, le più gravi sanzioni stabilite dal primo comma saranno applicabili se “il denaro, i beni o le altre utilità” provengono da un delitto commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p., ovvero con la finalità di agevolare l'attività delle associazioni previste dal medesimo art. 416-*bis* c.p. (art. 648-*ter*.1., co. 3, c.p.).

3.5. *Il “godimento personale” come clausola di delimitazione del tipo.*

Della previsione del quarto comma dell'art. 648-*ter*.1. c.p. molto si è già detto: la clausola ha funzione delimitativa dell'ambito di applicabilità della fattispecie e segna un limite negativo del tipo, in quanto descrive una modalità della condotta espressamente esclusa dalla rilevanza penale.

Detto che a tale conclusione si sarebbe potuti giungere anche in via interpretativa, posto che la esplicita destinazione alla re-immissione nel circuito legale considerata dal primo comma depone univocamente in tal senso, l'espressa previsione si rivela tuttavia opportuna: non soltanto per l'evidente maggiore chiarezza che ne consegue, ma anche perché impegna l'interprete a una più esatta e rigorosa lettura delle condotte descritte nella figura base del primo comma, come s'è in precedenza cercato di mostrare.

La formula di esordio del presente quarto comma dell'art. 648-*ter*. 1 c.p. («fuori dei casi di cui ai commi precedenti») è senz'altro non perspicua, ma, se letta nel quadro dell'interpretazione appena suggerite, finisce con l'acquisire un significato che ne rafforza la coerenza e la plausibilità.

Sul piano dell'assetto sintattico, la clausola “fuori dei ...” implica necessariamente che le fattispecie concrete, riconducibili al quarto comma sono perciò solo estranee a quelle sussumibili nello schema delle figure estratte disegnate dai casi contemplati nei commi precedenti.

Ne segue logicamente che le ipotesi descritte dal quarto comma non possono che essere *ex se* estranee a quelle definite dai primi tre commi: se ora si osserva il contenuto semantico della proposizione nella quale consiste la clausola del quarto comma, è di immediata evidenza riconoscere che essa allude a condotte che sarebbero state comunque irriducibili alla figura

³⁷ È il caso di osservare che, oltre ai Paesi di *common law*, soltanto il Belgio ha adottato un sistema simile al nostro, che comprende fra i reati presupposto qualunque figura criminosa, per vero senza neppure distinguere fra reati di minore o maggiore gravità (con l'eccezione dell'Australia che ha privilegiato una selezione in base alla gravità del reato, come pure la Svizzera). Il Portogallo ha provveduto a individuare un elenco di reati-presupposto, impiegando il criterio della pena edittale in funzione residuale, mentre soltanto il Giappone si è affidato alla sola elencazione dei reati-presupposto. V. *supra*, § 1.

tipica dell'autoriciclaggio, intesa come re-immissione nel circuito legale di beni di provenienza delittuosa attraverso modalità ostacolative di tale provenienza.

Se così non fosse, bisognerebbe allora concludere che il legislatore avrebbe preteso di attribuire al sintagma «*fuori dei casi ...*» un significato del tutto diverso (addirittura opposto) a quello fatto palese dalle parole impiegate. Nella congetturale (e non sostenibile) ipotesi che il quarto comma ritagli, all'interno dell'insieme disegnato dalle definizioni dei commi precedenti un'area di irrilevanza penale, la formula «*fuori dei casi ...*» finirebbe per dover essere intesa con il valore di «*come nei casi ...*». Per quanto la sciatteria terminologica del legislatore abbia talvolta raggiunto vertici considerevoli, non può all'evidenza accreditarsi una lettura della disposizione che sovvertirebbe radicalmente il senso dei termini adoperati.

Ne segue allora che il quarto comma – pur nella sua ridondanza – conferma la suggerita lettura della condotta tipica dell'autoriciclaggio come re-immissione nel circuito legale di beni di provenienza delittuosa attraverso modalità di ostacolo dell'identificazione di tale provenienza, sicché si è al fuori della fattispecie tipica quando la re-immissione avviene in maniera diretta (e quindi senza far ricorso a tali modalità) verso destinazioni non connotate in termini economico-imprenditoriali, come appunto nel caso esplicitamente descritto nel quarto comma dell'art. 648-ter. 1 c.p..

A corroborare in modo conclusivo questa interpretazione sta la formula linguistica adoperata dal legislatore, che discorre di «*destinazione*» (del denaro, dei beni e delle altre utilità), termine, quest'ultimo, che certamente rimanda a un impiego diretto ulteriormente qualificato (in senso positivo) dall'oggetto della destinazione stessa (l'uso o il godimento personale) e (in negativo) dall'assenza di qualunque modalità idonea ad ostacolare la provenienza delittuosa dei beni direttamente impiegati nonché dalla non re-immissione in attività caratterizzate in senso economico-imprenditoriale.

Per tal modo sembra altresì possibile chiarire anche una questione che può fungere da esempio nel contesto di reati presupposto di natura tributaria commessi in ambito d'impresa in forma societaria.

Si ipotizzi il caso dell'amministratore di società che, avendo commesso il delitto di omesso versamento di IVA (art. 10-ter d. lgs. 74/2000) destini le disponibilità per tal modo disponibili al pagamento degli stipendi dei dipendenti (ovvero dei creditori sociali). Trattandosi di flussi finanziari che fuoriescono dalla "cassa" dell'impresa, non vi è alcuna modalità di ostacolo e il fatto non è tipico al cospetto del delitto di autoriciclaggio (ciò che, come si vedrà in seguito, rileva anche ai fini delle responsabilità dell'ente *ex d.lgs. 231/01*, posto in tal caso a far difetto è la sussistenza del reato-presupposto rispetto alla stessa responsabilità dell'ente).

Non altrettanto potrebbe dirsi se le disponibilità derivanti dall'omesso versamento dell'IVA fossero trasferite, su disposizione del medesimo amministratore, in conti correnti intestati a un veicolo societario *ad hoc* (magari basato in qualche paese *black list*) per essere poi utilizzate per la corresponsione di denaro a un pubblico ufficiale infedele. In quest'ultimo caso, sussistendone tutti i requisiti, si verterebbe senz'altro in un'ipotesi di autoriciclaggio.

Rimane ancora da osservare che, attraverso la previsione del quarto comma, il legislatore ha anche puntualmente definito i criteri della *utilizzazione*, evidentemente riferiti al denaro e alle altre utilità, quando le stesse abbiano natura di beni mobili, mentre la formula espressa con il termine tradizionale di "*godimento*" allude per certo alla utilizzazione in proprio (per esigenze personali) di beni immobili o agli stessi equiparati. Senza scadere in una casistica assai poco produttiva, un esempio molto semplice potrà riuscire non inutile. Si pensi al pubblico ufficiale corrotto che del prezzo della corruzione faccia uso per acquistare un immobile da destinare alla abitazione propria e della famiglia: nessun dubbio che si è al di fuori della fattispecie del primo comma, in forza del combinato disposto dello stesso primo comma e del presente quarto comma.

Non così se quell'immobile fosse destinato alla locazione a terzi: per quanto di lieve momento, si avrebbe un effetto perturbatore (remoto, se non del tutto assente nell'altra ipotesi). Altri, che aveva intenzione di acquistare quello stesso immobile per locarlo, si trova gravemente svantaggiato dal competere con un acquirente che dispone di mezzi conseguiti in maniera illecita (e dunque esentasse), mentre l'ipotetico proprietario di un analogo immobile, anch'esso destinato alla locazione, si troverebbe a dover competere con un locatario che può formulare proposte locative a prezzi competitivi rispetto a quelli di mercato, ma per lui egualmente (se non più) remunerativi, proprio a cagione della illecita provenienza dei mezzi necessari all'ac-

quisto dell'immobile (poi re-immesso nel circuito legale). E l'ipotesi dell'esempio è, fra le mille congetturabili, quella nella quale la differente offensività delle condotte (uso/godimento personale *versus* re-immissione nel circuito legale) è la minima.

3.6.

Le circostanze del reato.

Qualche notazione sulle circostanze, previste dal quinto e dal sesto comma dell'art. 648-ter.1. c.p..

Importa un aggravamento di pena l'aver commesso il fatto nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale. A differenza delle omologhe previsioni contemplate negli artt. 648-bis e 648-ter c.p. (che discorrono soltanto dell'attività professionale), qui il legislatore ha inteso aggiungere anche le condotte degli intermediari finanziari, potenzialmente concorrenti dell'autore del reato-presupposto soprattutto nelle fattispecie collegate ai reati tributari, societari e agli abusi di mercato.

L'aggravamento di pena trova giustificazione nell'intrinseco maggior disvalore espresso dalla abusività del comportamento del soggetto qualificato che si avvale di strutture istituzionali, talvolta indispensabili per la realizzazione del fatto di autoriciclaggio. Considerazione analoga è destinata a valere per l'ipotesi della realizzazione del fatto nell'ambito di un'attività professionale che, al di là della genericità della dizione, non potrà che essere un'attività comunque funzionale al tipo d'illecito.

La circostanza attenuante contemplata nel sesto comma ha natura spiccatamente premiale, in quanto assicura una riduzione della pena fino alla metà per soggetti che abbiano posto in essere condotte (parzialmente) neutralizzatrici dell'offesa o del danno.

Da un lato vengono in considerazione comportamenti che consistono nell'impedire che il reato venga portato a ulteriori conseguenze (si pensi all'ipotesi del concorrente che interrompe una serie di operazioni volte alla re-immissione delle disponibilità nel circuito legale), ovvero che ne limitano la portata dannosa, consentendo l'individuazione delle disponibilità di provenienza illecita. Dall'altro sono valorizzate condotte di ausilio all'attività di accertamento, posto che eguale riduzione di pena è prevista per colui che abbia assicurato le prove del reato.

Seguendo lo schema antico della ricetta, l'ultimo comma stabilisce la punibilità del concorrente anche nel caso nel quale l'autore del reato presupposto non è imputabile, non punibile, ovvero quando faccia difetto una condizione di procedibilità, così come allo stesso art. 648-ter.1. c.p. è stata estesa la disciplina della confisca stabilita dall'art. 648-quater c.p..

3.7.

La responsabilità degli enti ex d. lgs. n. 231/2001.

Ripercorrendo l'impostazione tradizionale, anche l'art. 648-ter.1. c.p. è stato poi correttamente inserito nel catalogo i reati-presupposto della responsabilità diretta degli enti *ex d. lgs. n. 231/2001*, secondo l'esplicita previsione dell'art. 3 co. 5 l. n. 186/2014³⁸.

Qualche fugace notazione merita d'essere svolta in relazione all'introduzione del delitto di autoriciclaggio nel catalogo dei reati-presupposti della responsabilità dell'ente *ex d. lgs. 231/01*.

Il profilo problematico che sembra destare il maggior interesse è rappresentato dalla circostanza che il delitto di cui all'art. 648-ter.1. c.p., con la sua apertura alla smisurata categoria dei delitti non colposi come fonti delle disponibilità oggetto delle condotte proscritte, pare introdurre – a prima vista almeno – nel novero dei reati-presupposti della responsabilità dell'ente tale affollatissima categoria d'illeciti.

Un esame più attento permette di escludere siffatto esito (e non soltanto per le ragioni già autorevolmente espresse dalla Corte di legittimità, seppur con riguardo ad altra incriminazio-

³⁸ Per una prima ma già esaustiva disamina, cfr A. Rossi, *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del d. lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illusioni ed azzardi esegetici*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2015.

ne³⁹).

Sta in principio il rilievo che a venire in considerazione (come reato-presupposto al cospetto del d. lgs. 231/01) è il delitto di autoriciclaggio (e le condotte in esso descritte) e non invece i delitti non colposi, che la norma incriminatrice richiama esclusivamente come fonti di provenienza delle disponibilità economiche delle quali è vietato l'autoriciclaggio.

In altri termini: a venire in rilievo rispetto al modello organizzativo e di gestione (mappatura delle aree a rischio e conseguenti presidi in termini di protocolli e procedure di controllo) non saranno certo l'innumere serie dei delitti non colposi evocati dall'art. 648-ter.1. c.p., bensì i flussi economici e finanziari che interessano l'ente e che dovranno essere tracciati per controllarne la provenienza non illecita, assicurandone la tracciabilità (quest'ultima condizione essendo per sé sola bastevole a precludere la configurabilità dell'art. 648-ter.1. c.p., reato presupposto della responsabilità dell'ente).

Riguardato sotto questo angolo visuale non è difficile scorgere un dato ulteriore e saliente: il controllo di tali flussi è contemplato *ab origine* dal d. lgs. 231/01 fra i requisiti di adeguatezza del modello, stando all'inequivoca indicazione dell'art. 6 co. 2 lett. c del citato d. lgs. 231/01, che, come ognuno sa, ha portata generale (beninteso: all'interno della disciplina in materia di responsabilità degli enti).

Ma v'è di più: se si pone mente al fatto che i delitti di riciclaggio e di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita sono da tempo presenti nel catalogo dei reati presupposto ex d. lgs. 231/01, ci si avvede che i presidi del modello organizzativo rispetto a tali reati-presupposto non dovrebbero differire in nulla (o forse soltanto in aspetti marginali) rispetto a quelli che debbono essere approntati per il delitto di cui all'art. 648-ter.1. c.p.. Non solamente per la struttura delle fattispecie incriminatrici (*rectius*: dei rapporti fra le stesse, come s'è cercato di mostrare nel § 3.3.), che finiscono con il descrivere – per il profilo qui d'interesse – figure comprese nel medesimo insieme, quanto perché – se il modello organizzativo riferito ai reati degli artt. 648-*bis* e 648-ter ha doverosamente preso in considerazione anche condotte interne all'ente – la mappatura delle aree a rischio (e i presidi conseguenti) sono senz'altro in grado di intercettare situazioni oggi prodromiche anche al delitto di autoriciclaggio.

Si rifletta sull'esempio fatto nel paragrafo 3.5 a proposito del caso del delitto di omesso versamento dell'IVA con destinazione del provento al veicolo *off-shore* per il pagamento di una tangente. Aggiungendo fra i responsabili della seconda parte dell'iter criminoso (costituzione del veicolo *off-shore* destinato alla corresponsione del danaro al pubblico ufficiale infedele) un esponente della società che non abbia concorso nella commissione del reato tributario (*id est*: del delitto non colposo dal quale provengono le disponibilità illecite), ci si avvede agevolmente che costui (per le ragioni indicate nel § 3.3.) non risponde di autoriciclaggio, bensì di riciclaggio.

Ma tale ultimo reato sarebbe stato punibile anche in epoca anteriore all'entrata in vigore dell'art. 648-ter.1. c.p. e avrebbe costituito il presupposto della responsabilità dell'ente (anche anteriormente al 1° gennaio 2015). Con la conseguenza ulteriore che il modello organizzativo e di gestione avrebbe dovuto censire tale area a rischio-reato, prevedendo i necessari presidi.

In tale contesto è appena il caso di osservare che, sempre richiamando l'esemplificazione modulata sul delitto di omesso versamento dell'IVA, qualora il provento di detto reato sia destinato al pagamento degli stipendi dei dipendenti, la responsabilità dell'ente non potrà comunque essere evocata: e ciò indipendentemente dall'adeguatezza del modello organizzativo, ma per la ragione prevalente che, per l'argomento esposto nel § 3.5., non sussiste nel caso il delitto di cui all'art. 648-ter.1. c.p., reato presupposto per la responsabilità dell'ente.

Rimane da svolgere un'ultima notazione: stante la struttura del delitto di autoriciclaggio, orientata a ostacolare la identificazione della provenienza delittuosa dei beni re-immessi nel circuito legale, diviene implicazione pressoché necessitata che tale condotta sia posta in essere in ambito societario nell'interesse o a vantaggio dell'ente, limitandosi le ipotesi alternative a quelle (residuali) nelle quali l'esponente dell'ente destini a sé stesso o a terzi il frutto del delitto non colposo commesso.

³⁹ V. Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2013 (dep. 24 gennaio 2014), n. 3635, Pres. Agrò, Rel. De Amicis, Imp. Riva F.I.R.E. S.p.A., in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2014, e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 988 ss., con nota di C. PIERGALLINI, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*.

NOTE IN PRIMA LETTURA SU RESPONSABILITÀ DIRETTA DEGLI ENTI AI SENSI DEL D. LGS. 231 DEL 2001 ED AUTORICICLAGGIO: CRITICITÀ, INCERTEZZE, ILLAZIONI ED AZZARDI ESEGETICI

Alessandra Rossi

ABSTRACT

Il lavoro, tratteggiando in modo mirato i profili della responsabilità diretta degli enti da reato di cui al d. lgs. 231 del 2001 e gli aspetti maggiormente significativi e conferenti del delitto di autoriciclaggio, si propone di evidenziare i confini operativi dell'autoriciclaggio quale reato-presupposto realizzato nell'interesse o a vantaggio dell'ente dai soggetti in esso inseriti.

SOMMARIO

1. La struttura della responsabilità diretta degli enti: brevi cenni 'mirati'. – 2. La struttura dell'art. 648 *ter.* 1: una rapida ricognizione informativa 'mirata' sugli elementi qualificanti il reato della persona fisica. – 3. L'art. 648 *ter.* 1 sotto la lente della responsabilità diretta degli enti: una chiara visione?

1. La struttura della responsabilità diretta degli enti: brevi cenni 'mirati'.

1.1. La fattispecie determinante la responsabilità amministrativa degli enti da reato di cui al d. lgs. 231/01 nasce dalla realizzazione (sia nella forma consumata, sia, ove previsto, nella forma tentata) di preindividuati reati-presupposto, ai quali consegue la naturale forma di responsabilità. Non vi è dicotomia di condotta tra il reato e l'illecito amministrativo: il fatto concretizzato è sempre ed obbligatoriamente il medesimo, unico nella realtà fenomenica, ma duplice nelle 'qualificazioni giuridiche', con il comportamento tenuto che assume e la natura di condotta di reato nei confronti dell'autore-persona fisica e la natura di parte della condotta di illecito amministrativo per le soggettività collettive, ove l'ulteriore *tranche* di questa seconda complessa modalità si enuclea nella antecedente omessa attuazione del 'piano di prevenzione' dei reati di riferimento – piano come noto definito Modello di organizzazione, gestione e controllo – quale 'onere (organizzativo)' dell'ente ed appunto finalizzato all'impedimento dei reati "*della specie di quello verificatosi*".

La scelta del legislatore (artt. 5, 6, 7 del d. lgs. 231) risulta caratterizzata dalla previsione di due punti fermi: la doverosa presenza nell'autore del reato-presupposto di una qualifica o di una determinata posizione soggettiva inquadrata nell'organizzazione interna dell'ente, formalizzata o di fatto (ma in questo caso soltanto per ciò che concerne i soggetti indicati nell'art. 5, alla lett. *a*), i cosiddetti soggetti 'apicali') ed il particolare collegamento della condotta con l'organizzazione interna dell'ente.

Individuato il reato, attribuita rilevanza al legame fra il soggetto attivo e l'ente, considerata l'interconnessione tra illecito (penale) del primo ed illecito (amministrativo) del secondo, accertata infine l'omissione della predisposizione o valutate negativamente l'effettività della adozione o l'efficacia della attuazione dell'apposito Modello organizzativo specificamente calibrato sul rischio-reati, dal legame *de quo* nasce la responsabilità diretta dell'ente, di natura pubblicistica, con un autonomo sistema punitivo a sanzioni pecuniarie (caratterizzate nel *quantum* da una particolare determinazione per quote, di variabile valore previsto *ex lege* nei limiti edittali) ed a sanzioni interdittive, oltre alla confisca ed alla pubblicazione della sentenza di condanna, comminate secondo il rito processualpenalistico.

1.2. L'ente è responsabile "*per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio*".

Si tratta di criteri distinti e tali per cui nei reati-presupposto dolosi l'*interesse* deve preesistere alla commissione del reato (e sarà quindi oggetto di una verifica *ex ante*) e va accertato in senso oggettivo, come proiezione finalistica della condotta di reato appunto: per la sua individuazione rileveranno non le soggettive intenzioni o rappresentazioni dell'agente persona fisica in sé considerate, ma la prospettiva funzionale, di gestione degli interessi, di promozione delle attività, di strategie (anche criminali) che caratterizzano il profilo dell'ente¹.

Pure il *vantaggio* va interpretato in un'accezione oggettiva ed implicherà (di regola, ma si veda l'art. 12, 1° comma d. lgs. 231) il conseguimento di un risultato positivo da verificarsi

¹ La compresenza dell'interesse 'personale' dell'autore persona fisica alla realizzazione del reato non esclude la responsabilità della persona giuridica allorché sia accertato altresì l'interesse di questa. Testualmente in Cass., Sez. V, 5 giugno 2013, n. 24559 si legge che "la responsabilità della persona giuridica non è affatto esclusa laddove l'ente abbia avuto un interesse concorrente a quello dell'agente o degli agenti che in posizione qualificata nella sua organizzazione abbiano commesso il reato presupposto", E ancora in Cass., 4 marzo 2014, n. 10265 si afferma che "l'interesse dell'autore del reato può coincidere con quello dell'ente (*rectius*: la volontà dell'agente può essere quella di conseguire l'interesse dell'ente), ma la responsabilità dello stesso sussiste anche quando, perseguendo il proprio autonomo interesse, l'agente obiettivamente realizza (*rectius*: la sua condotta illecita appaia *ex ante* in grado di realizzare, giacché rimane irrilevante che lo stesso effettivamente venga conseguito) anche quello dell'ente. Infatti perché possa ascrivarsi all'ente la responsabilità per il reato, è sufficiente che la condotta dell'autore di quest'ultimo tenda oggettivamente e concretamente a realizzare, nella prospettiva del soggetto collettivo, anche l'interesse del medesimo". Per contro, secondo una corretta linea giurisprudenziale, "la norma secondo la quale l'ente non risponde se l'illecito è stato commesso nell'interesse esclusivo del soggetto agente o di terzi si riferisce al caso in cui il reato della persona fisica non sia in alcun modo riconducibile all'ente, in quanto non risulta realizzato nell'interesse di questo, nemmeno in parte. In simili ipotesi la responsabilità dell'ente è esclusa proprio perché viene meno la possibilità di una qualsiasi rimproverabilità al soggetto collettivo, dal momento che si considera venuto meno lo stesso schema di immedesimazione organica: la persona fisica ha agito solo per se stessa, senza impegnare l'ente. Alla medesima conclusione si giunge anche qualora la società riceva comunque un vantaggio dalla condotta illecita, dal momento che l'art. 5, 2° comma d. lgs. 231 si riferisce soltanto alla nozione di interesse; in ogni caso si tratterebbe di un vantaggio fortuito, non attribuibile alla volontà dell'ente" (Cass., Sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 32626).

ex post, spesso assimilato al ‘profitto’ da reato e tendenzialmente di tipo economico, pur non escludendosi il requisito anche in presenza di un beneficio economico indiretto; vi rientra altresì un risparmio di spesa.

Lente non risponderà qualora i soggetti di riferimento abbiano “*agito nell’interesse esclusivo proprio o di terzi*” (art. 5, 2° comma d. lgs. 231). Per contro (ai sensi dell’art. 12, 1° comma) determinerà semplicemente una riduzione della risposta sanzionatoria comminabile alla persona giuridica l’eventualità che l’autore del reato abbia commesso “*il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l’ente non ne abbia ricavato vantaggio o ne abbia ricavato un vantaggio minimo*”.

1.3. Sotto il profilo soggettivo della responsabilità dell’ente, l’opzione del legislatore risulta incentrata nella creazione di un paradigma di base della colpevolezza fondato sulla ottimizzazione della predisposizione e sulla concretizzazione contenutistica, in prima istanza ed operativa, in seconda battuta, dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo, idonei a prevenire reati della specie di quello invece verificatosi.

La colpevolezza dell’ente è pertanto fondata non tanto sulla violazione di un generico dovere di vigilanza e controllo, quanto (e piuttosto) sulla violazione di un dovere tipizzato dalla legge stessa: l’adozione (seppur non vincolante) di specifici ed effettivi Modelli organizzativi. Il Modello costituisce, insomma, la ‘chiave di volta’ della responsabilità dell’ente/colpa di organizzazione, qualunque sia la posizione rivestita dalla persona fisica autore del fatto di reato². E “vanno individuati precisi canali che colleghino teologicamente l’azione” di questi all’interesse dell’ente e, quindi, “gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell’ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo ente”³.

Va dunque posto in luce l’avvenuto abbandono di una lettura soltanto ‘antroponcentrica’ dei presupposti della responsabilità colpevole penale, con il conseguimento di una nuova visione della stessa, giungendosi appunto a configurare una colpevolezza (orientata verso ‘categorie giuridiche e sociali’) propria ed originaria delle persone giuridiche, variamente articolata in relazione alla tipologia dei soggetti attivi del reato-presupposto e, soprattutto, in relazione ai differenti ‘tipi’ di persone giuridiche appunto; cioè *ejusdem professionis et conditionis* dello specifico ente di riferimento. Ne consegue che la dimensione ‘collettiva’ dell’illecito, parallela nel suo fondamentale ruolo alla dimensione ‘umana’ dello stesso, ma essa sola legittimante l’ascrizione di autonoma responsabilità alla persona giuridica ai sensi del d. lgs. 231, viene evidenziata come palese e potenziata, considerato altresì che il reato-presupposto dovrà essere realizzato in esecuzione ed in aderenza ad una ben delineata strategia aziendale, nel prevalente interesse od a vantaggio dell’ente coinvolto.

1.4. Il fatto-reato dà pertanto origine al fatto-illecito dell’ente, di cui esso deve rispondere. “Il reato commesso dal soggetto inserito nella compagine dell’ente, in vista del perseguimento dell’interesse o del vantaggio di questo, è sicuramente qualificabile come ‘proprio’ anche della persona giuridica e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega la prima alla seconda”⁴.

1.5. Tra i brevi cenni ‘mirati’, una riflessione merita ancora l’art. 8 d. lgs. 231, *Autonomia della responsabilità dell’ente*, ai sensi del quale, al punto 1, si afferma che “*La responsabilità dell’ente sussiste anche quando: a) l’autore del reato non è stato identificato o non è imputabile. Omissis*”. La Relazione governativa al decreto ha precisato come, pur essendosi ‘legata a filo doppio’ la responsabilità della persona giuridica con la responsabilità della persona fisica-autore del reato presupposto, tuttavia possono prospettarsi e giustificarsi iati tra le due responsabilità, di tale che vicende ‘negative’ della seconda non si riflettano, né interagiscano con la prima.

Ferma la correttezza del disposto normativo in riferimento al permanere della responsabilità dell’ente nell’ipotesi di non imputabilità dell’autore del reato-presupposto, il dato controverso e controvertibile concerne a mio vedere il disposto nella parte in cui prevede che la

² Cfr. gli artt. 6 e 7 d. lgs. 231/01.

³ Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735.

⁴ Cass. Sez. Un. Penali, 18 settembre 2014, n. 38343.

responsabilità della persona giuridica sussista anche allorché il soggetto attivo del reato a monte non sia stato identificato. Specificamente, nella Relazione si asserisce che “quello della mancata identificazione della persona fisica che ha commesso il reato è un fenomeno tipico nell’ambito della responsabilità di impresa”, di modo che “la sua omessa disciplina si sarebbe tradotta in una grave lacuna legislativa, suscettibile di inficiare la *ratio* complessiva del provvedimento”. E vengono ‘tranquillizzati’ i destinatari del disposto osservandosi come tuttavia tale scelta non incontri “alcun ostacolo dal punto di vista del sistema”, poiché ci si troverebbe comunque “di fronte a un reato completo di tutti i suoi elementi (oggettivi e soggettivi) e giudizialmente accertato sebbene il reo, per l’una o l’altra ragione, non risulti punibile”.

Senonché, come ben evidenziato in dottrina, “non è giuridicamente esatto” affermare ciò (quantomeno, va ribadito, in riferimento alla mancata identificazione dell’autore del reato-presupposto), posto che, “a prescindere dai profili stessi oggettivi del fatto, che spesso sono influenzati dagli elementi soggettivi dell’antigiuridicità, è evidente che l’accertamento del dolo o della colpa in relazione al fatto può essere effettuato soltanto con riferimento a una persona determinata, previa la sua identificazione”⁵.

Certo è che la norma sul punto è molto ‘chiacchierata’, essenzialmente perché, oltre alla considerazione che l’assunto normativo al riguardo rischia di mettere in discussione l’accertamento dei fondamentali criteri dell’interesse e del vantaggio, sembra proprio essere la posizione della persona fisica/autore del reato-presupposto nell’organigramma della persona giuridica il nucleo attorno al quale ruotano i punti centrali della responsabilità dell’ente, con le diversificazioni tra ‘vertici’ e ‘sottoposti’, in uno con le differenziazioni dei Modelli ‘esimenti’ ed i connessi, seppur diversi momenti probatori. Al massimo, soltanto nell’ipotesi di mancanza del Modello organizzativo potrebbe trovare uno ‘spiraglio’ applicativo il rigoroso disposto normativo.

Non sembra, di conseguenza, comprensibile come in concreto l’organo giudicante potrà mai giungere alla comminatoria della sanzione all’ente nell’ipotesi in parola⁶. E tale insuperabile *impasse* si segna come un dato positivo nella sua sostanziale forza limitatrice e ‘di sbarramento’ della io credo poco sottoscrivibile scelta formale *in parte qua*. A meno che con detta formula il legislatore non abbia in realtà voluto attribuire all’ente una diretta responsabilità – ma allora penale! – non già ‘da reato’, ma ‘per il reato’, che, perfezionato in punto condotta e momento soggettivo, avrebbe quale soggetto attivo appunto soltanto la persona giuridica. Interessante si potrà presentare al riguardo proprio il rapporto tra autoriciclaggio e responsabilità diretta delle persone giuridiche.

1.6. Tra i reati che dal 2001 ad oggi il legislatore ha strutturato quali reati-presupposto si rinvengono essenzialmente quattro tipologie di illeciti penali che, ‘traducendosi’ in quattro tipologie di illeciti degli enti, così ‘trasformati’ vengono a costituire la parte speciale del d. lgs. 231 e che (come ben evidenziato da Carlo Enrico Paliero⁷) si possono enucleare in base al ‘rapporto’ con l’ente nell’interesse o a vantaggio del quale sono stati realizzati. In prima istanza, una serie di ‘reati propri della persona giuridica come tale’, che esternano il ‘programma criminoso’ che connota invasivamente e segna negativamente la politica d’impresa della stessa, rispetto al quale gli autori-persone fisiche rappresentano e si rapportano come ‘meri realizzatori (tra questi, giocano un ruolo primario i reati societari di cui all’art. 25 *ter* del d. lgs. 231). In secondo luogo, reati ‘strumentali alla politica d’impresa della persona giuridica’, politica che potrebbe essere attivamente – e, soprattutto, lecitamente – perseguita con altri mezzi: tra questi, innanzitutto i delitti di corruzione, nonché le ipotesi di ‘criminalità informatica’ (di cui agli artt. 25 e 24 *bis* d. lgs. 231). In terza battuta, ‘reati connessi alle operatività istituzionali della

⁵ M. RONCO, *Responsabilità delle persone giuridiche-Diritto penale*, in *Enc. Giur., Aggiornamento*, vol. XI, 2003, 5.

⁶ La giurisprudenza si è tuttavia espressa al riguardo, senza peraltro condannare l’ente ai sensi dell’art. 8 *in parte qua*, mancando nei possibili soggetti attivi la consapevolezza di concorrere in comportamenti criminosi, affermando che “l’art. 8, comma 1, lett. a) consente che l’ente venga ritenuto responsabile del reato commesso da uno dei soggetti indicati nell’art. 5 nel suo interesse o vantaggio anche nell’ipotesi in cui l’autore del reato non sia stato identificato, a condizione però che vi sia la prova che ‘qualcuno’ di tali soggetti abbia commesso un fatto di reato completo di tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, e abbia agito dunque – nel caso di concorso di reato – condividendo il piano criminoso”, così *Trib. Milano 31.10.2011*, in *Dir. Pen. Cont.*, 7 gennaio 2013.

⁷ Cfr. C.E. PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Atti del XXV Convegno di studio Enrico De Nicola, Milano 13-15 marzo 2008, Milano, 2009, 288 ss.

persona giuridica, anche – e purtroppo – in specifico legame con le attività produttive della stessa, in un quadro di ‘quotidiana’ *criminalità culturale* nella gestione dei rischi appunto da produzione; con il pensiero che corre ai reati di ‘omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute o sicurezza sul lavoro’ (art. 25 *septies*). Infine, reati ove l’ente funge da esclusiva ‘copertura’: ipotesi di ‘falso nummario’ (art. 25 *bis*), reati di finanziamento al terrorismo (art. 25 *quater*), delitti contro la personalità individuale (art. 25 *quinquies*), o, ancora, ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 25 *octies*).

Va subito evidenziato che il legislatore ha inserito il nuovo autoriciclaggio nell’art. 25 *octies*, così unendolo agli illeciti già ivi previsti e puniti: non pare tuttavia corretto far rientrare l’ipotesi nel gruppo ‘reati (ed illeciti) ove l’ente funge da esclusiva copertura’, essendo a mio vedere rapportabile al tipo ‘reati (ed illeciti) strumentali alla politica d’impresa – nel caso intesa quale politica economico/finanziaria – della persona giuridica’.

2. La struttura dell’art. 648 *ter.* 1: una rapida ricognizione informativa ‘mirata’ sugli elementi qualificanti il reato della persona fisica.

2.1. E’ punito (dal 1 gennaio 2015) a titolo di autoriciclaggio (con la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da cinquemila a venticinquemila euro) “*chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l’identificazione della loro provenienza delittuosa*”.

L’ipotesi (a dolo generico, con tutela, malgrado la sua collocazione tra i delitti contro il patrimonio, essenzialmente rivolta all’amministrazione della giustizia, all’ordine economico ed al risparmio) è scandita con modulato disvalore, evidenziato in una diversa entità della cornice edittale della pena: in connessione con la minore gravità del delitto a monte, la reclusione sarà da uno a quattro anni e la multa da duemilacinquecento a dodicimilacinquecento euro “*se il denaro, i beni o le altre utilità provengono dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni*”; sarà nuovamente applicata la più grave pena (di cui al primo comma dell’art. 648 *ter.*1) qualora il denaro, i beni o le altre utilità provengano da un delitto commesso “*con le condizioni e le finalità*” di cui all’associazione di stampo mafioso.

Importa un aggravamento di pena (si tratta di circostanza speciale ad effetto comune, che ben trova la sua logica nello ‘sfruttamento illegale’ di strutture operative ed attività assai utili per l’ottimizzazione del risultato criminale insito nell’autoriciclaggio) l’aver commesso il fatto “*nell’esercizio di un’attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale*” (si pensa, comunque funzionale al tipo di illecito). Importa invece la diminuzione della pena fino alla metà (si tratta di circostanza speciale ad effetto speciale, ‘allineata’ all’attuale tendenza di politica criminale a tipologia premiale delle condotte riparatorie neutralizzatrici – anche parzialmente – dell’offesa o del danno) l’essersi “*efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l’individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto*” a monte.

È stata estesa la disciplina della confisca stabilita dall’art. 648 *quater* c.p.

2.2. La tipizzazione delle condotte così come elencate (impiego, sostituzione, trasferimento) si arricchisce *in primis* con la connotazione in termini di idoneità concreta all’ostacolo di identificazione della provenienza delittuosa dell’oggetto materiale (denaro, beni o altre utilità); in seconda istanza, con la destinazione normativamente specificata delle disponibilità illecite caratterizzata dalla re-immissione nel circuito legale (attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative); in terza battuta, con la previsione dell’ambito limitatore dei confini della fattispecie, con non applicabilità della stessa a seguito della destinazione alla “*mera utilizzazione o al godimento personale*” del denaro, Formula, quest’ultima, chiara, con la precisazione che la provenienza dalla commissione di un delitto non colposo, di *default* da

intendersi come diretta, potrebbe presumibilmente venire anche intesa, in assenza di dato normativo espresso, come indiretta⁸. Non altrettanto pacifici appaiono invece né l'inquadramento in termini di teoria del reato, né il tenore, né tanto meno la valenza delle modalità comportamentali di non punibilità⁹.

Merita portare all'attenzione il timore di chi evidenzia, causa la struttura del reato di autoriciclaggio, il rischio di "moltiplicazione reale del delitto" ("con tutti gli effetti concernenti le consequenziali confische e le responsabilità degli enti ai sensi del d. lgs. 231/2001") qualora a seguito del primo impiego del denaro di provenienza delittuosa in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative si generassero proventi a loro volta ulteriormente impiegati, potendo l'autoriciclaggio così fungere "da delitto presupposto dell'autoriciclaggio"¹⁰.

Se il legislatore si fosse orientato verso una (forse opportuna) predeterminata selezione dei possibili reati a monte strumentali e 'generatori' dell'autoriciclaggio, con esclusione nella seriazione appunto dell'autoriciclaggio, la problematica qui affrontata non avrebbe trovato occasione. Il rischio dell'automatismo all'infinito della moltiplicazione del delitto, peraltro, appare ridimensionato nel suo presentarsi da chi utilmente tende ad escludere che la moltiplicazione dipenda "da un automatismo innescato dalla norma", ma si presenti 'ipotetica' e se sussistente venga a derivare "da una scelta dell'agente, che ne subisce le conseguenze", avendo egli strutturato il suo percorso criminoso ponendo scientemente in essere distinte condotte di re-immissione ("nelle quali può anche essere frazionato nel tempo il provento di un unico reato-presupposto") che, in quanto tali, diano luogo ad una (classica) pluralità di condotte (nel caso) di autoriciclaggio. Invece, "se la re-immissione ha ad oggetto la disponibilità tratta da un determinato reato (o da una serie di reati fra loro strumentalmente connessi), allora si è in presenza di un solo fatto di autoriciclaggio, posto in essere – eventualmente – attraverso distinte modalità realizzative"¹¹.

2.3. In questo contesto di mera informativa sui caratteri 'somatici' del delitto di autoriciclaggio della persona fisica, ben lontana dall'affrontare con esaustività tutte le problematiche e dall'evidenziare con completezza tutti i possibili effetti, talora perversi, paradossali e sorprendenti, del delitto, ma soltanto 'mirata' sull'obiettivo della individuazione delle peculiarità dell'illecito di autoriciclaggio della persona giuridica, merita una riflessione, nel quadro dei rapporti con gli illeciti fiscali fino ad oggi intercorrenti con il riciclaggio ed il re-impiego, l'eventualità che il risparmio di imposta possa costituire oggetto materiale dei primi due reati e dell'autoriciclaggio.

Sul punto sussiste un contrasto giurisprudenziale 'secco' (ovviamente, non in riferimento anche all'autoriciclaggio) tra decisioni che escludono tale eventualità ed altre che la sottoscrivono¹².

La dottrina si è presentata meno assolutistica, ipotizzando l'astratta possibilità, ma escludendo la sussistenza di forme di riciclaggio e di re-impiego 'per equivalente', con mancanza quindi di identificazione del profitto del delitto tributario a monte (ad esempio, di dichiarazione infedele) nel patrimonio del contribuente.

In relazione all'autoriciclaggio, mi pare interessante ed accoglibile la linea che incentra la soluzione del problema sul valore del requisito dell'idoneità delle condotte ad ostacolare concretamente l'individuazione della provenienza illecita dei beni¹³: se il risparmio fiscale, provento del delitto a monte, resterà confuso nel patrimonio dell'autore di detto delitto, senza uscire verso terze destinazioni 'di ripulitura' nel preciso *quantum*, pur venendo dallo stesso autore successivamente movimentato il patrimonio (appunto 'contenitore' del provento illecito in parola) a '360 gradi', in attività quindi anche di tipo economico e così non rientranti nella

⁸ Così F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 24 dicembre 2014, 11. V. a livello generale ante l. 186 del 2014, G.L. GATTA, *Introdotta il delitto di autoriciclaggio (unitamente a una procedura di procedura volontaria dell'emersione di capitali all'estero, assistita da una causa di non punibilità per i reati tributari e di riciclaggio)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9 dicembre 2014.

⁹ Cfr. F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *Dir. Pen. Cont.*, 10 dicembre 2014. V. altresì S. CAVALLINI e L. TROYER, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 25 gennaio 2015.

¹⁰ Tutte le testuali affermazioni sono di F. SGUBBI, *op. cit.*, 5.

¹¹ Tutte le testuali affermazioni sono di F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 8.

¹² Cfr. *amplius* S. CAVALLINI e L. TROYER, *op. cit.*, 16 ss.

¹³ S. CAVALLINI e L. TROYER, *op. cit.*, 18.

causa di non punibilità del mero utilizzo, non dovrebbe – ma il condizionale è d’obbligo – potersi considerare perfezionato l’autoriciclaggio, trattandosi di modalità comportamentale non concretamente idonea ad ostacolare la provenienza delittuosa.

2.4. In linea classificatoria, l’autoriciclaggio è stato qualificato come reato proprio, a soggettività ristretta *ex lege* (e ciò, come correttamente assunto, rappresenta “l’estremo di novità massima della presente fattispecie d’incriminazione”¹⁴), il cui soggetto attivo “è individuato *per relationem* rispetto alla commissione di (o al concorso in) un delitto presupposto non colposo”¹⁵.

Il (qualsivoglia) delitto non colposo a monte, a prescindere dal fatto che sia stato realizzato in autonomia operativa ovvero in concorso, deve essere attribuibile al/ad almeno uno dei/a tutti i soggetti attivi dell’autoriciclaggio. Scusandomi per l’ovvietà (ma l’asserzione tornerà utile in relazione all’autoriciclaggio della persona giuridica), due, distinti cronologicamente, saranno quindi i reati perfezionati dall’autore persona fisica: il delitto a monte, prima e l’autoriciclaggio, poi, tra loro strumentalmente legati, con il delitto a monte, in quanto produttivo di utilità illecite economicamente rilevanti, funzionale all’autoriciclaggio, reato invece di ‘intervento’ su dette risorse tramite immissione delle stesse nel circuito economico lecito e loro eventuale incremento¹⁶.

Va posto all’attenzione che comunque, seguendo lo schema classico della ricettazione, del riciclaggio e del re-impiego, anche in ipotesi di autoriciclaggio si applicherà “l’ultimo comma dell’art. 648 c.p.”, ai sensi del quale “le disposizioni di questo articolo [e cioè ricettazione, riciclaggio, re-impiego, autoriciclaggio – aggiunta mia] si applicano anche quando l’autore del delitto da cui il denaro o le cose provengono non è imputabile o non è punibile ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita a tale delitto”. Temo che tale trasposizione sull’autoriciclaggio ‘in automatico’ creerà non pochi problemi operativi, considerata la logica del dato normativo *in parte qua* legata a filo doppio con l’esclusione della identità di soggetto attivo (di cui all’assunto “fuori dai casi di concorso nel reato” a monte) tra reato a monte appunto e ricettazione, riciclaggio e re-impiego. Ma *quid* nel caso di autoriciclaggio, caratterizzato invece e proprio dalla identità del soggetto attivo dei due reati? Non è dato al momento sapere se la clausola verrà utilizzata ed opererà a livello generale – e così presumibilmente non potrà non essere in ipotesi di difetto di condizione di procedibilità – ed invece in modo limitato nelle ulteriori due ipotesi connesse allo *status* del soggetto attivo del reato a monte. E cioè, per dirla con Francesco Mucciarelli, che “l’ultimo comma stabilisce la punibilità del concorrente anche nel caso nel quale l’autore del reato presupposto non è imputabile o non punibile”¹⁷.

3.

L’art. 648 *ter.* 1 sotto la lente della responsabilità diretta degli enti: una chiara visione?

3.1. Un intervento sanzionatorio autonomo sulla persona giuridica per l’illecito di autoriciclaggio realizzato nel suo contesto operativo, a sua ‘utilità’ e per suo ‘conto’, si presenta importante nel più ampio e generale percorso di *enforcement* di strategie di contrasto al crimine economico, stante la ormai appurata certezza della ‘partecipazione criminosa’ dell’ente agli illeciti di riferimento, anche considerato il sopravanzare sulle illegalità individuali di una diffusa e diffusiva illegalità dell’impresa, con contenuti motivazionali trascendenti gli scopi dei singoli individui e direttamente pertinenti il soggetto economico ‘impresa’ e le sue autonome scelte di politica aziendale/imprenditoriale/finanziaria. Altro elemento si enuclea nella genesi motivazionale dei reati di impresa, ove la criminalità (d’impresa) si colora di riflessi culturali

¹⁴ Testualmente F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 12.

¹⁵ Testualmente S. CAVALLINI e L. TROYER, *op. cit.*, 14.

¹⁶ Tale legame determina, secondo una particolare impostazione di D. BRUNELLI, *Autoriciclaggio e divieto di irretroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 10 gennaio 2015, 10 s., che “la nuova incriminazione non si possa applicare all’autoriciclaggio per reati pregressi, siccome l’intero fatto (comprensivo del ‘delitto non colposo’) descritto dall’art. 648 *ter.*1 deve essersi verificato dopo l’entrata in vigore della norma” (11).

¹⁷ Testualmente F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 14.

interni, quale forma di illegalismo più propria dell'ente, che non dei singoli soggetti in esso operanti. Ciò, sia per la qualificazione dell'interesse all'illecito, che è prevalentemente corporativo, sia soprattutto per la figura stessa dell'attore deviante e deviato, che si incardina in una organizzazione stabile e strutturata qualificante appunto la persona giuridica e non già la persona fisica-autore materiale.

Tra gli scopi dell'organizzazione di una persona giuridica si possono distinguere scopi 'generalisti' e scopi 'specifici', entrambi perseguiti mediante le effettive scelte e strategie operative. Il fine è comunque il profitto, da massimizzare in punto *quantum* 'a qualsiasi costo'. Ma anche il raggiungimento di obiettivi quali il miglioramento dell'immagine, le modalità di produzione, la 'presenza' sul mercato – tutti connessi in punto realizzazione all' 'abilità' della persona giuridica al raggiungimento del massimo del profitto – possono essere influenzati ed agevolati nel loro concretizzarsi dalla disponibilità di mezzi economici di provenienza illecita, come tali svincolati da qualsiasi controllo. Completano lo scenario le alterazioni delle regole della concorrenza e del mercato e le valutazioni sul danno economico ed il costo sociale della criminalità d'impresa.

Di conseguenza, considerato proprio che la commissione di un reato d'impresa non appare solitamente frutto di una scelta autonoma ed individuale del soggetto-persona fisica, ma risulta essere una manifestazione di palese strumentalità al raggiungimento di un obiettivo criminoso della *societas*, il colpire accanto al reo anche l'ente a vantaggio o nell'interesse del quale egli delinque o delle cui strutture egli si avvale per delinquere è, dunque, una scelta coerente.

Così, le ragioni politico-criminali che giustificano l'esistenza della nuova fattispecie di autoriciclaggio nel sistema penale – “congelare il profitto in mano al soggetto che ha commesso il reato-presupposto, in modo da impedirne la sua utilizzazione maggiormente offensiva, quella che espone a pericolo o addirittura lede l'ordine economico”¹⁸ attraverso la re-immissione di proventi illeciti nel circuito legale e l'ostacolo alla tracciabilità della provenienza delittuosa – possono essere prese con buona nota e ben possono arricchirsi di sottoscrivibile logica se poste a fondamento della estensione della responsabilità per autoriciclaggio nei confronti degli enti, con l'ipotesi che viene a rientrare a pieno titolo nella sfera degli illeciti caratterizzanti la stessa criminalità d'impresa, finalizzati al conseguimento illegale di un profitto che, di norma, istituzionalmente le imprese perseguono – e dovrebbero perseguire – lecitamente. Come *supra* anticipato, la fattispecie – *primo punto di criticità* – è stata peraltro inserita nello stesso articolo contenitore degli illeciti dell'ente di ricettazione, riciclaggio e re-impiego, in riferimento ai quali la persona giuridica si presenta con un ruolo, affatto diverso, di mera copertura di attività apparentemente lecite. Merita peraltro ribadire come non sia invece corretto attribuire all'autoriciclaggio dell'ente tale qualificazione, trattandosi di fattispecie 'in prima linea', ben più invasiva e coinvolgente l'attività imprenditoriale dell'ente, pertanto rapportabile al tipo 'reati strumentali alla politica d'impresa – nel caso intesa quale politica economico/finanziaria – della persona giuridica'.

3.2. Ripercorrendo quanto *supra* posto in evidenza quali dati informativi sul reato della persona fisica ed orientandosi sui riflessi e sulle ricadute nei confronti del nuovo 'analogo' illecito della persona giuridica, l'art. 3, 5° comma della legge 186 del 2014 ha appunto introdotto la fattispecie nel d.lgs. 231/2001, art. 25 *octies*, semplicemente prevedendo nel caso di autoriciclaggio commesso da uno dei soggetti di cui all'art. 5 del d.lgs. 231/2001 nell'interesse o a vantaggio dell'ente una sanzione da duecento a ottocento quote, sanzione che diventa da quattrocento a mille quote ove il denaro, i beni e le altre utilità (oggetto dell'autoriciclaggio) provengano da un delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni. Nei casi di condanna, si applicheranno all'ente le sanzioni interdittive per una durata non superiore a due anni.

Premesso che nel reato di autoriciclaggio della persona fisica il 'percorso' sanzionatorio è inverso, con indicazione normativa della minor gravità in seconda istanza, mentre per la responsabilità dell'ente l'attrazione dell'autoriciclaggio nel disposto di cui all'art. 25 *octies* – già costruito in punto sanzioni dal 2007 nei modi *supra* evidenziati in riferimento alla ricettazione, al riciclaggio ed al re-impiego – ne ha determinato l'opposta strutturazione, comunque

¹⁸ Così F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 5.

la modulazione del disvalore dell'illecito dell'ente (enucleata attraverso la diversa entità della cornice edittale della sanzione pecuniaria) in linea con la 'parallela' modulazione del disvalore del reato della persona fisica (enucleata attraverso la diversa entità della cornice edittale della pena) si segna in astratto positivamente. Tuttavia, proprio qui si insinua a mio vedere la *prima incertezza* sul buon operato del legislatore, che si è limitato al riguardo a fare esclusivo riferimento ai due diversi stadi di gravità dei delitti a monte realizzati dall'autore-persona fisica, astenendosi peraltro da qualsivoglia connessione anche con la diversa e più o meno grave entità delle sanzioni per quote di cui agli strumentali illeciti a monte dell'autoriciclaggio degli enti. Incertezza, questa, che mi pare doveroso subito evidenziare a livello generale, che ben comprendo possa allo stato delle mie considerazioni apparire – mi si conceda il termine – oggettivamente 'stranita', ma sulla quale tornerò e meglio cercherò di spiegare quando nelle successive pagine proverò ad individuare quali potrebbero e dovrebbero essere gli effettivi e preindividuati illeciti a monte strumentali dell'illecito dell'ente di autoriciclaggio.

Per contro, il legislatore si è astenuto – e qui si possono portare all'attenzione *nuove criticità* – dal considerare l'incidenza degli effetti sulla sanzione della persona giuridica nei casi in cui il denaro, i beni o le altre utilità provengano da un delitto commesso “*con le condizioni e le finalità*” di cui all'associazione di stampo mafioso, effetti invece negativamente presenti in punto pena in relazione all'autoriciclaggio della persona fisica.

Del pari, non vi è considerazione nei confronti dell'ente del fatto commesso “*nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale*”, fatto questo aggravatore della pena per la persona fisica, che, come già evidenziato, trova la sua logica nello 'sfruttamento illegale' di strutture operative ed attività assai utili per l'ottimizzazione del risultato criminale insito nell'autoriciclaggio: ben e vieppiù si potrebbero destabilizzare i circuiti economici con un autoriciclaggio che si estrinsecasse nell'interesse o a vantaggio di un ente esercente attività bancaria o finanziaria o altra attività professionale comunque funzionale al 'nostro' tipo di illecito; ma il legislatore ne è indifferente. E non vale certo a giustificare il perché dell'omissione normativa la mancanza del *genus* 'circostanze aggravanti/criteri di aumento della sanzione pecuniaria' nella parte generale del d. lgs. 231 del 2001, posto che si sarebbe potuta espressamente stabilire (anche) in detta eventualità una diversa e più grave entità della cornice edittale della sanzione pecuniaria, appunto 'dedicata' a queste attività maggiormente 'rischiose'; e così forse non nella sola ipotesi di illecito di autoriciclaggio, ma con opportuna previsione anche per l'illecito dell'ente di riciclaggio e per quello di re-impiego, non da ultimo osservandosi che entrambi quali fatti di reato si connotano per la presenza della circostanza aggravante comune della commissione nell'esercizio (quantomeno) di un'attività professionale.

Per l'autore del reato è prevista la circostanza attenuante speciale per l'autoriciclaggio dell'essersi “*efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto*” a monte. E' interessante osservare che un criterio simile di riduzione della sanzione pecuniaria per gli enti è a livello generale previsto nell'art. 12, cpv. lett. a) del d. lgs. 231 del 2001, ai sensi del quale appunto la sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado “*l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tale senso*”; in linea, ai sensi dell'art. 17 *Riparazione delle conseguenze del reato*, le sanzioni interdittive “*non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di Modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca*”.

Anche la confisca 'diretta' (“*del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato*”) o per equivalente trova nei confronti dell'ente espressa previsione generale ai sensi dell'art. 19 del d. lgs. 231. E si ricorda la copiosa 'attenzione' giurisprudenziale all'estensione dell'operatività proprio nei confronti degli enti della sanzione di cui è causa.

Il rischio – reale o soltanto paventato che sia – della automatica moltiplicazione dell'illecito di autoriciclaggio realizzato nell'interesse o a vantaggio dell'ente si prospetta con analoga problematicità del suo possibile ipotizzarsi e del suo eventuale concretizzarsi nei confronti della persona fisica.

La *querelle* relativa ai contenuti dell'art. 8, 1° comma, lett. a) del d. lgs. 231 si potrà 'cumulare' (ma v. *infra* per una particolare ipotesi nel caso di mancata identificazione del soggetto attivo del fatto di reato-presupposto a monte dell'autoriciclaggio o del soggetto attivo dell'autoriciclaggio) con quanto asserito sulla portata della clausola dell'ultimo comma dell'art. 648 *ter.1* c. p. nell'autoriciclaggio a seguito della trasposizione dell'assunto di cui alla ricettazione. Se ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 648 *ter.1* c. p. le disposizioni dell'autoriciclaggio teoricamente "si applicano anche quando l'autore del delitto da cui il denaro o le cose provengono non è imputabile o non è punibile ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita a tale delitto" ed ai sensi dell'art. 8, 1° comma, lett. a) d. lgs. 231 "la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile", si potrebbe ipotizzare che da un reato a monte realizzato da un non imputabile poi autore non imputabile dell'autoriciclaggio si determini ugualmente la responsabilità dell'ente.

3.3. Temo che siano di difficile attualizzazione nei confronti degli enti le modalità di esclusione di responsabilità della destinazione alla mera utilizzazione od al godimento personale del denaro, dei beni e delle altre utilità seppur di provenienza illecita. A prescindere dal fatto che sull'inquadramento in termini di teoria del reato, sul tenore e sulla valenza di dette modalità già si presenta – ed ancor più si ipotizza si presenterà nel futuro dell'applicazione – divisa la dottrina allorquando da analizzarsi in riferimento all'ipotesi (base) del delitto della persona fisica, in relazione all'illecito di autoriciclaggio realizzato nell'interesse o a vantaggio dell'ente sembra macchinoso (se non, addirittura, forse impossibile) prospettare il caso in cui il provento derivante dall'illecito a monte sia stato appunto meramente utilizzato o destinato al godimento personale dell'ente medesimo. Infatti, quand'anche le modalità comportamentali di non punibilità venissero rivisitate con interpretazione finalizzata alla loro operatività nei confronti di persone giuridiche, forte sarebbe il rischio di ricadersi invece inevitabilmente in condotte di impiego, sostituzione, trasferimento in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, in quanto tali in modo – ed in grado – di ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa. Quanto prima svelerò il (personale) perché di questa mia al momento certo 'curiosa' asserzione.

3.4. Entrando ora in quello che credo essere il 'vivo' della funzionalità ed il DNA della struttura dell'autoriciclaggio *solo quale ed in quanto illecito proprio dell'ente*, vanno ripresi e riportati all'attenzione, in sintesi, i seguenti già 'mirati' punti-chiave oggetto della pregressa trattazione, che costituiscono la base della mia ipotesi, *rectius* del mio finale azzardo esegetico. Punti-chiave che, a) relativi alle caratteristiche generali della responsabilità diretta delle persone giuridiche da reato e b) alle caratteristiche strutturali dell'autoriciclaggio quale fatto di reato, mi piace qualificare 'regole di validità' del nuovo illecito 'collettivo', in quanto tali demandate a fissarne il confine operativo ed a perimetrarne l'intervento punitivo:

a) lo stretto legame che deve intercorrere tra il reato della persona fisica e l'illecito della persona giuridica trova i suoi punti di forza nell'inserimento dell'autore del reato-presupposto in quello che possiamo definire organigramma dell'ente, in qualità di 'apicale' (anche di fatto) o di 'sottoposto' alla direzione o alla vigilanza di un apicale e nel fatto che detto reato-presupposto debba essere realizzato nell'interesse (esclusivo o almeno concorrente) od a vantaggio dell'ente 'di appartenenza', con l'ente che non risponderà qualora l'autore del reato (in questo caso solo ipoteticamente presupposto) abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi;

il fatto-reato della persona fisica 'interna' alla persona giuridica dà origine, è strumentale e sfocia nel fatto-illecito di questa, di cui essa deve rispondere, ed è qualificabile come 'proprio' della persona giuridica in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega la prima alla seconda;

la realizzazione del reato-presupposto non costituisce una determinazione autonoma ed individuale del soggetto-persona fisica, ma risulta essere una manifestazione di palese strumentalità al raggiungimento di un obiettivo criminoso della *societas*;

per la concretizzazione della responsabilità diretta dell'ente i soggetti attivi dei reati-presupposto non devono servirsi della copertura della persona giuridica, intesa quale 'strumento occasionale';

il reato-presupposto deve essere perpetrato in esecuzione ed in aderenza ad una ben delineata strategia aziendale, posto che la commissione di un reato d'impresa si traduce in commissione di un reato per l'impresa ed 'in nome e per conto' di questa;

il reato-presupposto e l'illecito della persona giuridica si caratterizzano per medesimezza di condotta e così di *nomen iuris*;

la parte speciale del d. lgs. 231 del 2001 è costituita dagli illeciti degli enti derivanti dai reati-presupposto ed è tassativamente 'fissata' ed ogni nuovo reato-presupposto/illecito dell'ente necessita di espresso intervento normativo;

l'adozione del Modello di organizzazione, gestione e controllo consente all'ente di non rispondere ai sensi del d. lgs. 231 allorché sia idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

b) con l'autoriciclaggio il legislatore si è prefisso lo scopo di congelare il profitto in mano al soggetto che ha commesso il reato-presupposto, in modo da impedirne la sua utilizzazione maggiormente offensiva attraverso la re-immissione di proventi illeciti nel circuito legale e l'ostacolo alla tracciabilità della provenienza delittuosa;

l'autoriciclaggio è un reato proprio, a soggettività ristretta normativamente prevista, con il soggetto attivo individuato *per relationem* rispetto alla commissione di (o al concorso in) un delitto presupposto non colposo;

il (qualsivoglia) delitto non colposo a monte, a prescindere dal fatto che sia stato realizzato in autonomia operativa ovvero in concorso, deve essere attribuibile al/ad almeno uno dei/a tutti i soggetti attivi dell'autoriciclaggio;

due, distinti cronologicamente, sono i reati perfezionati dall'autore- persona fisica: il delitto a monte, prima e l'autoriciclaggio, poi, tra loro strumentalmente legati.

Tanto elencato, nel ribadire che l'autoriciclaggio dell'ente enuclea una fattispecie 'in prima linea' coinvolgente l'attività imprenditoriale dello stesso e pertanto rapportabile al tipo 'illeciti da reato strumentali alla politica d'impresa – nel caso intesa quale politica economico/finanziaria – della persona giuridica' e posto in forte evidenza che tra i reati che dal 2001 ad oggi il legislatore ha previsto quali reati-presupposto (che, mi permetto ancora una volta ribadirlo, 'trasformati' in illeciti degli enti vengono a costituire la parte speciale del d. lgs. 231), l'autoriciclaggio pare essere l'unico che richiede la realizzazione di due distinti fatti illeciti da parte del medesimo soggetto-persona fisica, mi piace provare a sostenere che la struttura del particolare illecito dell'ente di autoriciclaggio richieda che *già il delitto a monte produttore dell'utilità illecita in quanto strumentale all'autoriciclaggio dell'ente debba essere uno dei reati-presupposto costituenti ad oggi la parte speciale del d. lgs. 231 determinanti la responsabilità diretta della persona giuridica e non già qualsiasi fatto di delitto non colposo*. Con la conseguenza che l'ente nel contesto del quale è stato realizzato il reato a monte sarà il medesimo nel contesto del quale è stato successivamente realizzato l'autoriciclaggio (se così non fosse, non vi sarebbe autoriciclaggio dell'ente) e soprattutto che il soggetto attivo-persona fisica oltre ad essere ovviamente lo stesso autore, in esecuzione monosoggettiva od in concorso eventuale di persone, del reato a monte strumentalmente collegato e produttivo delle utilità economicamente rilevanti/oggetto materiale dell'autoriciclaggio, dovrà aver perfezionato detto reato nel prevalente o concorrente interesse od a vantaggio dell'ente ed essere anche soggetto (od uno dei soggetti concorrenti) già inserito nella stessa persona giuridica. Così quindi mantenendosi la necessità della duplice e distinta realizzazione degli illeciti 'in gioco' anche nei confronti della persona giuridica: l'illecito a monte produttore delle utilità e l'illecito a valle, di autoriciclaggio di dette utilità. Ed ulteriormente specificandosi che il limite della punibilità dell'ente a valere per entrambi gli illeciti troverebbe sede nella realizzazione dei reati-presupposto nell'esclusivo interesse proprio dell'autore o di terzi, mentre l'interesse concorrente dell'autore in parola e della persona giuridica verrebbe a determinare una peculiare forma di manifestazione 'in concorso' (atecnicamente inteso) tra ente appunto e persona fisica in esso inserita.

Come anticipato, quanto appena sostenuto può dare una logica alle mie precedenti affermazioni 'curiose'. Alla prima, ove lamentavo che il legislatore, nel modulare il disvalore dell'illecito dell'ente (attraverso la diversa entità della cornice edittale della sanzione pecuniaria) avesse fatto riferimento ai due diversi stadi di gravità dei delitti a monte realizzati dall'autore-persona fisica, astenendosi da qualsivoglia connessione anche con la diversa e più o meno grave entità delle sanzioni per quote di cui agli strumentali illeciti a monte dell'autoriciclaggio degli enti. Alla seconda, ove ho ritenuto quantomeno macchinoso che le modalità di non pu-

nibilità del mero utilizzo o del godimento personale dei proventi comunque illeciti derivanti dall'illecito a monte dell'autoriciclaggio siano formulate in modo tale da poter operare e pertanto giovare nei confronti delle persone giuridiche.

Circa l'operatività dell'art. 8, 1° comma lett. a) d. lgs. 231, seguendosi la linea qui prospettata potrebbe ipotizzarsi il caso in cui, perfezionato l'illecito dell'ente a monte seppur senza identificazione dell'autore del reato-presupposto, l'ente si troverebbe nella condizione di rispondere del successivo autoriciclaggio realizzato da uno dei soggetti in esso 'inseriti' a suo interesse o vantaggio: i problemi sorgerebbero invece circa i rapporti tra i due reati della persona fisica, non risultandone accertata l'identità dell'autore appunto. La medesima risultanza si avrebbe nel caso opposto (non identificato l'autore dell'autoriciclaggio). Ancora, se ai sensi dell'art. 8, 1° comma, lett. a) "*la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile*", si potrebbe ipotizzare che dal reato a monte realizzato da un non imputabile derivi comunque l'illecito ascrivibile all'ente e pertanto dal reato di autoriciclaggio posto in essere dallo stesso soggetto non imputabile si determini ugualmente la responsabilità dell'ente.

Va aggiunto che l'eventuale ampliamento normativo dei reati-presupposto determinerà (per il futuro, nel rispetto del principio di irretroattività 'duplice') una espansione dell'autoriciclaggio dell'ente. Con il pensiero che corre ai reati tributari, al momento della pubblicazione di questo scritto non rientranti nel catalogo...

Enfin, se si volesse 'giocare' a costruire l'illecito di autoriciclaggio dell'ente direttamente realizzabile ed ascrivibile ad esso, per *factio iuris* si potrebbe così ipotizzare la fattispecie: "*si applica la sanzione pecuniaria da duecento a ottocento quote alla persona giuridica che, avendo commesso o concorso a commettere un illecito derivante da reato-presupposto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale illecito, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza illecita; ove il denaro, i beni e le altre utilità provengano da un illecito per il quale è stabilita la sanzione pecuniaria superiore a XXX quote derivante da reato-presupposto non colposo per il quale è stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni, è prevista la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote. Nei casi di condanna, si applicano le sanzioni interdittive per una durata non superiore a due anni*".

In queste prime note ho anch'io "cercato di far emergere pregi e difetti di futuribili opzioni esegetiche: sarà il tempo a dischiudere le strade euristicamente più feconde ed operativamente più soddisfacenti, nel temperamento delle insopprimibili esigenze di certezza del diritto, di conservazione dei valori giuridici e del superiore principio di legalità"¹⁹ sia dei reati, sia degli illeciti amministrativi dipendenti da reato-presupposto. Certo, l'esegesi è azzardata, sarà foriera di facili critiche e verrà disattesa in giurisprudenza, ma come affermato (seppur in un'ottica di finalità differenti²⁰, tuttavia asserzione anche in questo contesto valida) è il legislatore che nel costruire il nuovo autoriciclaggio ha voluto prendere in considerazione il legame strumentale tra la commissione dell'illecito (reato od illecito dell'ente che sia, io credo) produttivo di utilità economicamente rilevanti "e la condotta di impiego di tali risorse", cristallizzando in tali termini il rapporto tra due illeciti che, distinti logicamente e cronologicamente, vedono il primo funzionale al secondo "e non indipendente da esso", con identico soggetto attivo.

3.5. Mi permetto formulare almeno i voti che, una volta ritenuta insostenibile l'interpretazione principale, giunga in subordine a radicarsi la necessità che il reato a monte dell'autoriciclaggio, pur non essendo un reato-presupposto rientrante nel catalogo ai sensi del d. lgs. 231, ma un qualsivoglia delitto non colposo, risulti comunque *obbligatoriamente* perfezionato nell'interesse o a vantaggio dell'ente e sia quindi stato posto essere dal soggetto già inserito nella stessa persona giuridica. Rispetto alla linea precedente, esclusa la predeterminata e vincolante seriazione, si amplierebbe il novero dei reati a monte, con possibile attenzione quindi anche ai reati tributari ad esempio realizzati da un amministratore nell'interesse o a vantaggio della società, mantenendosi peraltro almeno 'vivo' il duplice, stretto legame che deve intercorrere tra il reato della persona fisica e l'illecito della persona giuridica sia in relazione al reato a

¹⁹ Testualmente S. CAVALLINI e L. TROYER, *op. cit.*, 18.

²⁰ Così D. BRUNELLI, *op. cit.*, 10.

monte dell'autoriciclaggio, sia in relazione al reato di autoriciclaggio.

Va peraltro evidenziato che potrebbe ipotizzarsi il particolare caso in cui un ente del tutto 'estraneo' al (qualsivoglia) reato a monte si determini di accettare od avvantaggiarsi (quindi con suo interesse o vantaggio, seppur per logica certamente non esclusivi, ma concorrenti con quelli dell'autore del reato a monte) del fatto che l'autore di detto delitto non colposo produttore di utilità economiche, quale soggetto inserito nell'organigramma dell'ente e quindi 'perfetto' anche dal punto di vista del legame richiesto dal d. lgs. 231 *in parte qua*, perfezioni la condotta di autoriciclaggio. A mio vedere, sarebbe difficile costruire sulla unitaria condotta e l'illecito dell'ente di autoriciclaggio e il delitto della persona fisica, ma si verrebbe a creare la sorprendente situazione di ente quale soggetto-persona giuridica riciclatore di proventi delittuosi altrui, con soggetto attivo-persona fisica autoriciclatore e riciclatore nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica.

Per contro, lasciare 'impunita' la persona giuridica parrebbe eticamente inaccettabile: ma questo potrebbe essere il risultato della disattenta e semplicistica trasposizione normativa. Si giungerà così ad un 'aggiustamento' operativo, con indifferenza alla costruzione giuridica ed in disprezzo della caratteristica dell'autoriciclaggio in punto identità del soggetto attivo dei due illeciti strumentalmente collegati, punendosi per autoriciclaggio l'ente che ha agevolato l'autoriciclaggio altrui; ma tant'è²¹.

²¹ A livello generale, v. su autoriciclaggio e responsabilità degli enti, M. PANSARELLA e F. PETRILLO, *L'impatto del nuovo reato di autoriciclaggio sul Modello organizzativo 231*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2015, n. 1, 9 ss.

IL NUOVO DELITTO DI “AUTORICICLAGGIO”: UNA FONTE INESAURIBILE DI “EFFETTI PERVERSI” DELL’AZIONE LEGISLATIVA

Filippo Sgubbi

SOMMARIO

1. Considerazioni introduttive. – 2. Effetto perverso n. 1. La nuova norma privilegia l’edonismo e condanna come riprovevole l’attività produttiva. – 3. Effetto perverso n. 2. La nuova norma fagocita quasi tutti i delitti contro il patrimonio e i delitti che generano profitto a qualsiasi titolo. – 4. Effetto perverso n. 3. Deriva dal precedente: la nuova norma determina la competenza territoriale del reato presupposto. – 5. Effetto perverso n. 4. L’autoriciclaggio si moltiplica all’infinito per lo stesso autore, come di fronte a specchi (processuali) paralleli. – 6. Effetto perverso n. 5. È di natura socio-economica: la nuova norma induce a mantenere nell’economia sommersa il danaro o l’utilità proveniente dal delitto presupposto. La causa di non punibilità è destinata ad una *interpretatio abrogans*.

1. Considerazioni introduttive

La nuova norma sull'autoriciclaggio (art. 648-ter1), introdotta nel codice penale a seguito dell'approvazione definitiva da parte del Parlamento, induce a ricordare la lezione di Raymond Boudon¹.

L'azione sociale, in questo caso l'azione legislativa, può dare origine a effetti indesiderabili, definiti come 'perversi'.

Talvolta questi effetti sono davvero imprevisi.

Altre volte (come penso in questo caso) sono previsti o prevedibili, ma le circostanze politico-sociali sono tali da imporre a chi legifera di provvedere egualmente, essendo qualsiasi critica o perplessità stigmatizzata a priori come collusiva con i fenomeni criminali.

Ma, forse, non si tratta di un problema serio: la legge, oggi, nasce come manufatto semilavorato, come elaborato sperimentale.

Se del caso, si provvederà a successive correzioni, quando verranno a manifestarsi le conseguenze indesiderate; e quando l'estesa applicazione del *novum* legislativo muoverà la stupita indignazione² in talune fasce dell'opinione pubblica.

La nuova incriminazione è una fonte inesauribile di tali effetti perversi.

Ne indico alcuni, con una elencazione che certo non sarà esaustiva: nell'attuale contesto giustizialista e di corrosione dei principi fondamentali in materia penale, l'esperienza pratica ne farà emergere molti altri. Con il contributo anche della tendenza giurisprudenziale a svalutare un elemento costitutivo portante nella descrizione della condotta tipica, cioè il "concreto ostacolo"³.

2. Effetto perverso n. 1. La nuova norma privilegia l'edonismo e condanna come riprovevole l'attività produttiva

È punito a titolo di autoriciclaggio chi impiega il danaro, beni o le altre utilità provenienti da delitto non colposo in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali e speculative. Non è punito, se destina tali beni alla mera utilizzazione o al godimento personale.

Dunque, il piacere individuale costituisce il bene sociale e individuale più alto nonché il fondamento della vita morale, almeno nell'ottica di questa disposizione.

L'attività produttiva merita discredito, riprovazione e conseguente punizione.

Certo, anche il piacere individuale e il consumismo contribuiscono indirettamente alla crescita economica⁴: può darsi che l'attento legislatore abbia pensato a questo risvolto.

Il messaggio è sociologicamente interessante e rivelatore della scala di valori insita nella fattispecie.

Ma i risvolti possono essere inquietanti. Penso ad un esempio, forse estremo, ma idoneo a riassumere due paradossi: la non punibilità del reato presupposto e i profili di responsabilità del nuovo delitto.

Un nipote si impadronisce di una consistente somma della nonna, o mediante circonvenzione dell'anziana incapace o mediante furto o appropriazione indebita. Se utilizza il profitto di tali reati per avviare una piccola attività artigianale o un negozio di articoli informatici (o altro) sarà punito per autoriciclaggio; se li destina al consumo personale di droga⁵ andrà tranquillamente esente da pena. Invero, l'ultimo comma del nuovo art. 648-ter1 c.p. richiama l'ultimo comma dell'art. 648 c.p.: pertanto, il furto (o appropriazione indebita o circonvenzio-

¹ R. BOUDON, *Gli effetti perversi dell'azione sociale*, Feltrinelli, Milano, 1981.

² S'intende: l'indignazione dell'opinione pubblica insorgerà di fronte all'estesa applicazione della norma; i primi casi di processi per autoriciclaggio vedranno come cavie, e avranno come oggetto, casi eclatanti: casi idonei a suscitare nei *mass media* compiacimento per la riforma tanto a lungo invocata.

³ Tracciabilità e trasparenza pare non contino nulla. Cass. Sez. II, 6 ottobre 2010, n. 35763: "È riciclaggio depositare in banca denaro di provenienza illecita, anche se avviene in modo trasparente e tracciabile, perché è un'operazione di per sé sufficiente a ostacolare l'identificazione dei contanti per via dell'automatica sostituzione delle somme versate; per la stessa ragione, costituisce riciclaggio «mediato» il trasferimento dei denari ad un altro conto corrente, sebbene diversamente intestato ed aperto presso un differente istituto di credito".

⁴ Penso alla polemica sul lusso descritta da C. BORGHERO (a cura di), *La polemica sul lusso nel Settecento francese*, Einaudi, Torino, 1974.

⁵ Ovviamente, non soltanto droga: *Venerem sine Libero et Cerere frigere*, dicevano gli antichi. E quindi anche vino, cibo, amore.

ne) ai danni dell'ascendente – pur non punito come tale *ex art. 649 c.p.* – costituisce comunque reato presupposto ai fini della configurazione dell'autoriciclaggio.

Certo, nella nozione di *mera utilizzazione o godimento personale* può rientrare qualche altra destinazione più commendevole: la cultura personale, i viaggi (più o meno esotici, ma forse rigorosamente solitari, per salvare la natura meramente personale della utilizzazione e del piacere⁶), nonché la propria personale campagna elettorale.

Un altro esempio, meno estremo e la cui realizzazione è alla portata di molti.

Ipotizzo un provento derivante da illecito tributario, ancorché al di sotto della soglia prevista per la fattispecie delittuosa. Se ciò avviene nell'ambito di una società (anche di persone) e il provento viene accantonato dal titolare, pur nell'interesse della società stessa, si configura – e accade spesso nella pratica – un'appropriazione indebita *ex art. 646 c.p.*⁷. Il successivo utilizzo non personale del provento realizza quindi l'autoriciclaggio. La forza espansiva dell'art. 648 *ter1 c.p.* si presenta notevole, anche nei casi in cui l'illecito tributario non sia tale da integrare la soglia di punibilità.

3. Effetto perverso n. 2. La nuova norma fagocita quasi tutti i delitti contro il patrimonio e i delitti che generano profitto a qualsiasi titolo

Con l'introduzione dell'autoriciclaggio, i delitti contro il patrimonio e i delitti che generano profitto a qualsiasi titolo avranno sempre un ingombrante compagno che occuperà, con tutto l'arsenale di misure cautelari personali e reali, tutta la scena processuale.

Il che costituisce, a mio giudizio, un inedito meccanismo per obliterare ancora una volta il principio di tassatività e di certezza. Come è noto, cardine della certezza è la *frammentarietà* del sistema penale: la tassatività vive sulla descrizione articolata delle condotte punite e sulla forza della lacuna; scomparirebbe di fronte ad un'unica fattispecie penale onnicomprensiva.

Ecco: la nuova disposizione minaccia di diventare la fattispecie Moloch nei cui confronti tutte le altre incriminazioni devono immolarsi come tributo sacrificale.

Non solo. Dato che si parla di mostri leggendari e dato che anche la fattispecie in argomento è un *monstrum* giuridico (ancorché meno mitico e più concreto), il richiamo al Leviatano si presenta inevitabile: se non altro perché l'art. 648-*ter1 c.p.* costituisce il simbolo – nel solco di Hobbes – di uno Stato penalisticamente assoluto.

Un *bis in idem* tiranno, dunque. E sarà interessante valutare la compatibilità della nuova incriminazione con le garanzie elaborate sul punto dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo⁸.

4. Effetto perverso n. 3. Deriva dal precedente: la nuova norma determina la competenza territoriale del reato presupposto

Si tratta di una rilevante conseguenza processuale.

Salvi in casi in cui il delitto presupposto sia più grave⁹, la competenza territoriale sarà sempre del luogo in cui l'autoriciclaggio viene commesso. Invero, fra il delitto di autoriciclaggio

⁶ Si veda *infra*, § 6., l'Effetto perverso n. 5.

⁷ Solitamente, in tali casi, il delitto di appropriazione indebita viene contestato come aggravato dall'art. 61 n. 11 c.p. e, quindi, considerato perseguibile d'ufficio. In ogni caso, anche se fosse perseguibile a querela, la mancanza della stessa nel delitto presupposto – in quanto condizione di procedibilità – non impedisce che l'autoriciclaggio si configuri ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 648 c.p.

⁸ La Corte EDU tende a censurare il *bis in idem* in materia penale, come è ben noto: rilevanti sono le sentenze 10 febbraio 2009, n. 14939/03, *Zolotukhin vs Russia*, seguite nel 2014 dalle sentenze *Grande Stevens vs Italia*, e *Nykanen Vs Finlandia*.

⁹ Dato il livello di pena edittale (da due a otto anni) prevista nella fattispecie del primo comma, l'autoriciclaggio assumerà la posizione di reato satellite soltanto quando il reato presupposto sia punito con pena edittale superiore a quella prevista dall'art. 648 *ter1 c.p.*; in tutti gli altri casi si presenterà come il reato più grave, in particolare in materia di delitti tributari. Lo stesso fenomeno si verificherà a proposito della fattispecie attenuata di cui al comma 2: generalmente i delitti 'minori' aventi contenuto patrimoniale (appropriazione indebita, furto, truffa, reati societari) sono puniti con una pena edittale che, nel massimo, è inferiore a quattro anni, sì che risulteranno satelliti rispetto all'autoriciclaggio contemplato nel secondo comma dell'art. 648 *ter1 c.p.*; anche il delitto di finanziamento illecito ai partiti (art. 7 della legge 195/1974) è meno grave della, pur attenuata, figura di autoriciclaggio, essendo punito con pena minima inferiore.

e il delitto presupposto vi è inevitabilmente connessione; si applicheranno quindi le regole di cui agli artt. 4 e 16 c.p.p., che attribuiscono la competenza territoriale al Giudice del luogo ove è stato commesso il reato più grave.

È interessante: l'autore del delitto presupposto (se di minore gravità) potrà determinare egli stesso il Giudice territorialmente competente, anche nei casi in cui – come nel diritto penale tributario ex art. 18 d. lvo 74/2000 – siano dettate regole speciali di competenza.

Ora, come è noto, “*Le regole sulla competenza derivante dalla connessione di procedimenti non sono subordinate alla pendenza dei procedimenti nello stesso stato e grado, essendo anche quello basato sulla connessione un criterio originario e autonomo di attribuzione della competenza*”¹⁰.

È facile quindi pronosticare un consistente incremento di questioni preliminari di competenza territoriale, con correlato impegno professionale delle parti e dei Giudici.

5. Effetto perverso n. 4. L'autoriciclaggio si moltiplica all'infinito per lo stesso autore, come di fronte a specchi (processuali) paralleli

L'autore del delitto presupposto incorre nel delitto di autoriciclaggio se impiega il danaro in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali, speculative.

Se tale primo impiego genera proventi (si pensi ad un felice investimento finanziario/imprenditoriale che produca plusvalenze), l'ulteriore impiego di tali proventi darà luogo ad un'altra ipotesi di autoriciclaggio, e così via, fino a che gli investimenti non risulteranno in perdita per l'agente o fino a che egli non deciderà di spendere i proventi stessi per piacere personale.

L'autoriciclaggio funge così da delitto presupposto dell'autoriciclaggio.

Anche il versamento in un conto corrente del danaro proveniente da un delitto tributario costituisce autoriciclaggio¹¹; lo stesso dicasi per un investimento in strumenti finanziari. Il versamento in conto delle plusvalenze derivanti da tali operazioni sarà una nuova ipotesi di autoriciclaggio.

La metafora degli specchi paralleli che riproducono l'immagine all'infinito mi pare appropriata: qui però non è in gioco la moltiplicazione virtuale della figura, bensì la moltiplicazione reale del delitto. Con tutti gli effetti concernenti le consequenziali confische e le responsabilità degli enti ai sensi del decreto legislativo 231/2001.

Per giunta, in tale ipotesi, si tratta di proventi via via diversi: si che è anche complesso invocare le garanzie sottese al principio del *ne bis in idem*.

6. Effetto perverso n. 5. È di natura socio-economica: la nuova norma induce a mantenere nell'economia sommersa il danaro o l'utilità proveniente dal delitto presupposto. La causa di non punibilità è destinata ad una *interpretatio abrogans*.

Ritengo che la nuova norma finirà col favorire il mantenimento dei proventi dal delitto presupposto nell'area della economia sommersa.

L'autore del delitto presupposto eviterà con ogni scrupolo di investire in attività produttive il provento dell'illecito.

Ma starà attento anche a non destinare al proprio godimento o piacere tale provento.

Il rischio è comunque altissimo e non soltanto per le varie presunzioni tributarie che circondano i consumi.

Infatti.

Da un lato, la causa di non punibilità di cui al comma 4 dell'art. 648-ter1 c.p. costituisce pur sempre un mero argomento difensivo, da dimostrare in giudizio nel corso di un processo

¹⁰ Giurisprudenza costante. Da ultimo: Cass. SS.UU., 21 giugno 2013, n. 27343.

¹¹ Cass. Sez. II, 7 gennaio 2011, n. 546.

per autoriciclaggio: processo che comunque è stato già iniziato con il consueto corredo di sequestri e altre misure coercitive.

Dall'altro lato, la causa di non punibilità è formulata in termini incerti, ambigui, molto restrittivi, che rendono oscuri i confini fra il perimetro della non punibilità e la condotta tipica.

Osservo, al riguardo, quanto segue.

6.1. È indeterminata la nozione di *personale* quale predicato delle locuzioni “mera utilizzazione” e “godimento”. Non è dato capire se nella causa di non punibilità rientrino o meno i casi in cui il provento del delitto presupposto sia destinato a utilizzazione/godimento *condiviso* con altri: dalla cena con amici, all'acquisto di un'auto utilizzata in famiglia, per fare gli esempi moralmente più neutri.

Prima o dopo il problema sarà affrontato dalle Sezioni Unite.

Si possono ipotizzare varie tesi al riguardo.

La prima è basata su una visione *solipsistica e misantropa* (utilizzazione/godimento esclusivamente personale): tale tesi che potrebbe trovare giustificazione nell'aggettivo *mera*, che suggerisce l'idea di “semplice”, “esclusiva”¹².

Va peraltro osservato che tale aggettivazione pare riservata alla sola utilizzazione e non al godimento.

Una seconda tesi, che si può definire *socievole*, porta a ritenere applicabile la non punibilità anche ai casi di utilizzazione/godimento non strettamente (uni)personale.

Al riguardo verranno presumibilmente distinte due sotto tesi: la prima – definibile come *socievolezza limitata* – applicherà la non punibilità ai soli casi in cui l'utilizzazione/godimento da parte dell'autore del reato presupposto sia *prevalente* rispetto all'utilizzazione e godimento degli altri partecipi; la seconda – definibile come *socievolezza estesa* – consentirà l'esenzione da pena anche ai casi di utilizzazione/godimento di gruppo. Sempre che, beninteso, l'autore del reato presupposto partecipi attivamente, in qualunque misura, alla utilizzazione/godimento.

E sempre che non si possa configurare il concorso di persone nel reato: la causa di non punibilità si presenta, invero, con natura essenzialmente soggettiva-personale ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 119 c.p.

Penso che, nella pratica, prevarrà la tesi *misanropa*: sia perché più restrittiva (la non punibilità è pur sempre – oggi – da considerare quale figura di eccezione), sia perché più coerente con le attuali ossessioni pauperistiche e penitenziali¹³.

6.2. È del tutto indeterminata anche la linea di demarcazione fra la nozione di “attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative” di cui alla fattispecie incriminatrice del comma 1 (e comma 2 di conseguenza) e la nozione di “mera utilizzazione o godimento personale” di cui alla causa di non punibilità del comma 4.

Ci si deve chiedere se si possano ricomprendere nella causa di non punibilità i casi in cui la destinazione alla utilizzazione/piacere personale sia accompagnata da un risvolto economico e di profitto, come tale, dunque, riprovevole e vergognoso: un esempio, fra i tanti ipotizzabili, può essere dato dalla spesa per una cena di promozione e pubblicità concernente la propria attività imprenditoriale.

Ma il problema esorbita dall'ambito imprenditoriale: l'acquisto di un appartamento – che l'autore del reato presupposto vada ad abitare rigorosamente da solo, ovviamente – non dovrebbe porre problemi; ma nel momento in cui l'immobile venga dato in locazione, si fuoriesce dalla non punibilità e si rientra agevolmente nella condotta tipica di “attività economica”.

Nella pratica, la causa di non punibilità verrà applicata in limitatissimi casi oppure sarà addirittura soggetta ad una interpretazione abrogatrice da parte dell'Autorità Giudiziaria.

¹² Così nel linguaggio comune, ma anche nel lessico legislativo: cfr. art. 1355 c.c.

¹³ P. BRUCKNER, *Tirannia della penitenza*, Guanda, Milano, 2007, nonché ID., *Il fanatismo dell'apocalisse*, Guanda, Milano, 2014.

ALTRE RECENTI RIFORME

-
- 143** **Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità**
Giuliano Balbi
-
- 160** **La rescissione del giudicato ex art. 625 *ter* c.p.p.: un istituto da rimeditare**
Marta Bargis
-
- 170** **La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi**
Gian Marco Caletti
-
- 196** **Alcune considerazioni sulla nuova disciplina del processo in assenza e nei confronti degli irreperibili**
Agata Ciavola
-
- 219** **Considerazioni sulla (in)applicabilità delle fattispecie di cui agli artt. 727-*bis* e 733-*bis* c.p.**
Elio Lo Monte
-
- 231** **Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia**
Alessandro Roiati
-
- 241** **Concussione e induzione indebita: il formante giurisprudenziale tra legalità *in the books* e critica dottrinale**
Antonino Sessa

SULLE DIFFERENZE TRA I DELITTI DI CONCUSSIONE E DI INDUZIONE INDEBITA A DARE O PROMETTERE UTILITÀ

Alcune osservazioni in margine a Cass., Sezioni Unite, 24 ottobre 2013 n 12228

Giuliano Balbi

ABSTRACT

Nella sentenza annotata, le Sezioni unite penali della Cassazione affrontano il tema, delicato e controverso, della distinzione tra le condotte di costrizione e di induzione di cui, rispettivamente, agli artt. 317 e 319-quater c.p. I criteri discretivi individuati sono molteplici: su tutti, l'entità della pressione psicologica, la presenza/assenza di una minaccia, lo scopo perseguito dal privato, la presenza/assenza del *metus publicae potestatis*, la pregnanza del bene minacciato. A volte tali criteri vengono ulteriormente articolati, a volte sembrano operare in sinergia, a volte in modo decisamente alternativo tra loro. Non v'è peraltro dubbio che privilegiarne uno oppure un altro conduca frequentemente a risultati opposti. La Corte, consapevole di ciò, rileva come nei casi controversi debba optarsi per il criterio maggiormente rispondente al caso di specie: una "fuga" dalla nomofilachia che rischia di travolgere non pochi principi fondamentali.

SOMMARIO

1. Costrizione e induzione nelle ricostruzioni anteriori alla sentenza delle Sezioni Unite. – 1.1. Segue. Le "veloci" critiche della Corte ai modelli pregressi. – 2. I passaggi attraverso cui si articola la decisione delle Sezioni Unite. – 3. La pluralità dei criteri recepiti. – 4. La critica al criterio "quantitativo" e i limiti di oggettivizzazione. – 5. Il ruolo attribuito alla "minaccia" all'interno delle dinamiche concussive. – 5.1. Segue. Tra minaccia-mezzo e minaccia-fine. Le aporie della ricostruzione. – 5.2. Sul rapporto tra la minaccia e la compressione della libertà di autodeterminazione. – 6. Lo scopo perseguito dal privato come momento differenziale tra la concussione e l'induzione indebita. – 7. La costrizione "vera e propria" e il bilanciamento degli interessi. – 8. Il ruolo attribuito al *metus publicae potestatis*. – 9. Questioni di diritto intertemporale. – 10. Conclusioni.

1.

Costrizione e induzione nelle ricostruzioni anteriori alla sentenza delle Sezioni Unite.

Non mi soffermo, se non per passaggi estremamente rapidi, sulle ragioni – ampiamente conosciute e analizzate – che hanno condotto all'intervento delle Sezioni unite penali della Corte di Cassazione (SS. UU., 24 ottobre 2013, n. 12228) sul rapporto tra le fattispecie di *concussione* e di *induzione indebita a dare o promettere utilità*¹. Come è noto, prima della riforma introdotta dalla l. 190/2012, la concussione (art. 317 c.p.) era integrata dal fatto del pubblico ufficiale, o dell'incaricato di un pubblico servizio, che, abusando dei suoi poteri o della sua qualità, avesse costretto o indotto un privato a dare o promettere indebitamente – a lui o a un terzo – denaro o altra utilità. Successivamente alla riforma, sottratta la soggettività attiva all'i.p.s. e leggermente innalzato il minimo edittale, l'illecito risulta invece realizzabile soltanto attraverso la condotta di *costrizione*, mantenendosi inalterati gli altri elementi strutturali. Nel contempo, viene introdotta, al nuovo art. 319-quater c.p., la fattispecie di *induzione indebita a dare o promettere utilità* – realizzabile sia dal p.u. sia dall'i.p.s. – che, sanzionata in modo meno grave della concussione, ritrova anch'essa al suo interno le opzioni modali dell'abuso del potere o della qualità, modulandosi però sulla sola condotta *induttiva* da parte del pubblico agente. Momento “qualificante” della riforma, la previsione, al secondo comma, della punibilità, sia pur in limiti meno elevati, anche del privato indotto, e dunque di un soggetto che, sino ad allora, avremmo correttamente individuato quale vittima del delitto di concussione.

Anteriormente alla novella del 2012, il problema relativo alla distinzione tra la condotta costrittiva e quella induttiva non risultava particolarmente pregnante: che la condotta dell'agente fosse stata riferita all'uno o all'altro modello, infatti, sarebbero stati comunque integrati gli estremi della concussione. In astratto, la corretta qualificazione della condotta avrebbe potuto, o forse dovuto, incidere sul piano della commisurazione della pena, ma in realtà la prassi tendeva frequentemente ad annullare del tutto la portata prammatica dell'alterità, facendola confluire in una sorta di bizzarra endiadi, riconoscendo la responsabilità dell'agente perché, abusando del suo potere, “*costringeva, o comunque induceva*”², la vittima a consegnargli una somma di denaro.

L'approccio, certamente superficiale, sottovalutava il fatto che dietro la condotta di induzione si nascondevano, già prima della riforma, problemi tutt'altro che marginali, perché proprio lì si collocava l'ambiguo territorio di confine con le fattispecie corruttive, un confine mai delimitato con appagante certezza né tracciato con apprezzabili margini di riconoscibilità.

In effetti, non era difficile prevedere che la scelta del legislatore del 2012 di costruire una nuova fattispecie incentrandola sull'incognita – scarsamente esplorata e intrinsecamente ambigua – condotta di induzione avrebbe generato problemi gravi. Ma procediamo con ordine. Va infatti rilevato che, sebbene scarsamente sentito, il problema relativo alla distinzione tra le condotte di costrizione e di induzione era stato affrontato già prima della riforma, soprattutto – ma non soltanto – in dottrina, anche se da una prospettiva essenzialmente didattico/didascalica. Ne discendeva, nella frequente assenza di un particolare approfondimento, il carattere abbastanza apodittico delle soluzioni offerte, inquadrabili, pur con una certa approssimazione, in tre distinti modelli ricostruttivi:

a) nella *costrizione* l'agente, normalmente con l'uso della minaccia, più raramente della violenza³, pone il suo interlocutore in uno stato di coazione psichica assoluta, non lasciandogli

¹ Sulla decisione delle Sezioni Unite, in generale, cfr. M. DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014*, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1482 ss.; M. GAMBARDILLA, *La “massima provvisoria” delle Sezioni unite Maldera: le possibili conseguenze intertemporali*, in www.archiviopenale.it, fasc. 3/2014; G. L. GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e “induzione indebita”: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, in *Dir. pen. cont.*, 17 marzo 2014; A. MANNA, *La differenza tra concussione per costrizione ed induzione indebita: riflessioni a margine del dispositivo delle Sezioni Unite*, in www.archiviopenale.it, fasc. 3/2013; P. PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 568 ss.; D. PIVA, *“Alla ricerca dell’induzione perduta”: le Sezioni Unite tentano una soluzione*, in *Dir. pen. cont.*, 11 maggio 2014; S. SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle sezioni unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 546 ss.; V. VALENTINI, *Le Sezioni unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele*, in www.archiviopenale.it, fasc. 2/2014.

² Tra le tante, *Cass.*, 3 dicembre 2007, n. 8907.

³ Si noti che questa ricostruzione modale è tendenzialmente comune ai tre indirizzi.

– dunque – alcuna *chance* esistenzialmente plausibile se non quella di acconsentire all'indebita "richiesta". Nell'induzione, al contrario, la pressione psicologica, pur apprezzabile e fortemente motivante, non arriva al punto di porre l'interlocutore "con le spalle al muro", determinando in lui soltanto uno stato di coazione psichica relativa, con la conseguenza di una sua partecipazione attiva – e in qualche misura volontaria – alla compiuta integrazione dell'illecito⁴. In questa prospettiva, la distinzione tra il costringere e l'indurre viene modulata in termini essenzialmente quantitativi: potremmo dire che *costringere è più che indurre*;

b) la *costrizione* determina nel privato uno stato di coazione psichica relativa (la coazione psichica assoluta, in questa prospettiva, viene ritenuta estranea alle dinamiche concussive, e tale da integrare vuoi la fattispecie di rapina, vuoi quella di estorsione aggravata), mentre l'*induzione* risulta essenzialmente riconducibile all'induzione in errore, e dunque a una condotta ingannatoria posta in essere dal pubblico agente⁵. A sostegno della tesi, anche l'argomento storico, in particolare la distinzione, consolidata in vigenza del codice Zanardelli, tra una concussione costrittiva e una a carattere fraudolento o ingannatorio;

c) la *costrizione* determina nel privato uno stato di coazione psichica relativa, l'*induzione* è invece integrata da qualsiasi tipologia di condotta – di carattere vuoi ingannatorio, vuoi persuasivo, vuoi allusivo, vuoi minaccioso, e così via – tale da incidere, per quanto in modo blando, sul piano della libertà di autodeterminazione, creando nel destinatario uno stato di soggezione psicologica che lo determina ad accogliere la "richiesta" dell'agente⁶.

La riforma del 2012 non poteva che portare a un complessivo ripensamento della problematica. A imporre massima attenzione è il ruolo fondamentale conferito alla distinzione tra costrizione e induzione, non più alternative rispetto all'integrazione del medesimo illecito ma fondanti la tipicità di due fattispecie distanti sul piano sanzionatorio e, soprattutto, caratterizzate l'una dal ruolo di vittima del privato costretto, l'altra dal ruolo di co-autore del privato indotto. La distinzione tra costringere e indurre, in altre parole, è improvvisamente diventata essenziale, e il carattere incerto e innocuamente confuso che l'aveva contraddistinta non risulta più sistematicamente tollerabile.

Nel contempo, è apparso subito abbastanza evidente che separare il destino di induzione e costrizione avrebbe ben potuto determinarne un mutamento di identità, e dunque di contenuto. Se, ad esempio, l'idea che l'induzione risultasse integrata anche dall'inganno appariva in qualche modo sostenibile prima della riforma, essa diviene decisamente più problematica con l'introduzione della punibilità del privato nel secondo comma del nuovo art. 319-quater c.p. Perché mai, in effetti, si dovrebbe punire un privato che, ingannato dal pubblico agente, gli abbia consegnato una somma di denaro che non andava invece corrisposta?

Era inevitabile, a questo punto, che la nostra giurisprudenza iniziasse ad affrontare in modo attento, e approfondito, il problema relativo all'individuazione dei termini di alterità tra le condotte qui in esame. Ma l'assenza di un patrimonio ermeneutico consolidato, la decisa ampiezza semantica dell'*induzione*, probabilmente anche differenti opzioni di politica giudiziaria, hanno condotto all'affermarsi ondivago di una pluralità di soluzioni, molto diverse tra loro, schematicamente sintetizzabili nei tre orientamenti da cui prende le mosse la sentenza delle Sezioni Unite alla quale dedicherò alcune riflessioni.

a) Il primo orientamento, ricalcando il criterio "quantitativo" elaborato già prima della riforma, distingue costrizione e induzione sulla base dell'intensità della pressione prevaricatrice operata dall'agente⁷. Nel primo caso la libertà di autodeterminazione dell'*extraneus* risulta ampiamente compromessa, ricorrendo il p.u. "*a modalità di pressione molto intense e perentorie*"; non nel secondo, in cui a una pressione più blanda corrisponde sì un condizionamento di tale libertà, continuando tuttavia a sussistere, in capo al privato, "*un ampio margine di libertà di non accedere alla richiesta indebita proveniente dal pubblico agente*". Proprio nel persistere di tale libertà riposerebbe la ragione della punibilità del privato, perché, pur potendo sottrarsi alla pressione indebita, ha invece scelto di accoglierla.

b) Il secondo criterio discrezionale muove dal rilievo che sia nella concussione sia nell'induzione indebita il pubblico agente prospetta al suo interlocutore cosa accadrebbe qualora non

⁴ In questo senso, ad es., Cass., 19 giugno 2008, n. 33843.

⁵ Per tutti, A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Milano, 2008, p. 147 ss.

⁶ Così, già N. LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di Diritto penale*, coordinato da E. Florian, Milano, 1935, p. 249.

⁷ Per tutte, Cass., 12 giugno 2013, n. 28431.

accedesse alla indebita richiesta⁸. La differenza consisterebbe nel fatto che nel primo caso si tratta di *un danno ingiusto*, nel secondo di *una qualsiasi conseguenza dannosa non contraria alla legge*. Questo, da un lato giustificherebbe il trattamento sanzionatorio più rigoroso previsto per l'agente pubblico nella concussione – “è ragionevole, infatti, la più severa punizione di chi prospetta un danno ingiusto rispetto a colui che prospetta un pregiudizio conseguente all'applicazione della legge” –, dall'altro spiegherebbe la punibilità del privato nell'induzione indebita, poiché egli “orienta il suo agire nell'ottica del tornaconto personale, ponendo così in essere una condotta rimproverabile”.

c) Il terzo criterio si propone di trovare un punto di equilibrio tra i due precedentemente esposti, costituendone una sorta di sintesi. La differenza tra il costringere e l'indurre, si dice in questa prospettiva, sarebbe sì di ordine quantitativo – riposando sulla *maggiore o minore pressione psicologica esercitata dal pubblico agente* e sul conseguente differente grado di condizionamento dell'interlocutore –, ma la prima ipotesi si verificherebbe quando il privato sia posto di fronte all'alternativa “secca” di condividere la richiesta indebita oppure di subire un pregiudizio oggettivamente ingiusto, la seconda quando egli mantenga un margine di autodeterminazione perché dall'accogliere la richiesta del p.u. trarrebbe comunque un certo vantaggio⁹. Tutto questo, si dice, spiega la scelta di incriminare anche la condotta del privato nella seconda ipotesi, ma non nella prima. All'interno di tale criterio trova dunque spazio, sia pur correlato a situazioni differenti, anche quell'orientamento che, prima della riforma, individuava la differenza tra *corruzione* e *concussione* nel fatto che, nell'una, il privato fosse mosso dall'obiettivo *de lucro captando*, nell'altra, *de damno vitando*.

1.1.

Segue. Le “veloci” critiche della Corte ai modelli progressi.

Le Sezioni Unite, in premessa, non accolgono nessuno dei modelli ricordati, “liquidandoli”, se così si può dire, in modo molto sbrigativo (§ 3 della sentenza). Il primo avrebbe il pregio di delineare correttamente – “dal punto di vista teoretico” – i concetti di induzione e costrizione, ma la ricostruzione di essi in esclusivi termini di pressione psicologica finirebbe per creare problemi di accertamento pressoché insormontabili, esponendosi dunque a una “*deriva di arbitrarietà*”.

Il secondo inquadrebbe correttamente la distinzione in termini obiettivi, ma sulla base di argomentazioni eccessivamente “*nette*”, e dunque inadeguate a spiegare al meglio le “*situazioni ambigue*”.

Il terzo, sintesi degli altri, rischierebbe di dar luogo a equivoci, soprattutto laddove riserva “*un'autonoma valenza alla verifica 'soggettivizzante', replicando così, per questa parte, i limiti del primo orientamento*”.

Ecco allora che la Corte si pone l'obiettivo di condurre le soluzioni verso “*approdi più sicuri*”. Il compito è complesso, e infatti – per proseguire nella metafora –, quel che a questo punto ha inizio è un viaggio (ermeneutico) tempestoso, costellato di insidie e di episodi razionalmente inspiegabili, decisamente segnato dalla crescente difficoltà di mantenere salda la rotta. Un po' come Ulisse, insomma, ma senza trovare Itaca.

2.

I passaggi attraverso cui si articola la ricostruzione delle Sezioni Unite.

Dopo una veloce, ma pregevole, ricognizione dei precedenti storici del delitto di concussione, delle ragioni ideologiche sottese alle modifiche di cui è stato oggetto nel corso degli anni, delle istanze – anche sovranazionali – che hanno condotto alla riforma del 2012 (§§ 4, 5, 6, 7, 8 e 9), la Corte ricostruisce i punti di contatto che oggi accomunano i delitti di cui agli artt. 317 e 319-quater c.p., in specie quell'*abuso della qualità o dei poteri* di cui si auspica una maggiore, doverosa, valorizzazione da parte della prassi (§§ 10, 10.1, 10,2). Il passo successivo

⁸ Ad es., Cass., 23 maggio 2013, n. 29338.

⁹ Da ultima, Cass., 8 maggio 2013, n. 20428.

è la ricostruzione dei punti di alterità, ovvero del significato da riconoscere alla *costrizione* da un lato, all'*induzione* dall'altro. I passaggi attraverso cui si articola l'analisi delle Sezioni Unite sono molteplici:

a) i delitti di concussione e di induzione indebita differiscono innanzitutto sul piano dell'oggettività giuridica. Il primo ha carattere plurioffensivo, tutelando il buon andamento della pubblica amministrazione ma anche la libertà di autodeterminazione del privato. Solo il primo di tali beni è invece riferibile all'induzione indebita (§11.3);

b) viene condivisa la tesi che distingue costrizione e induzione in relazione alla "*maggiore o minore gravità della pressione psichica*" esercitata dal pubblico agente sul privato. Si ritiene comunque necessario *ampliare* il criterio, per conferirgli maggiore determinatezza, obiettività, concretezza probatoria (§ 12);

c) in particolare, la costrizione indica la presenza di una "*etero-determinazione*", ovvero dell'attività di taluno che obblighi altri a tenere un determinato comportamento, da intendersi in termini di coazione psichica relativa. Se la coazione psichica fosse assoluta, ci troveremmo in presenza non di concussione, ma di rapina (§ 13.1);

d) il mezzo attraverso il quale viene determinata la costrizione può essere la violenza, nell'ipotesi di abuso di poteri coercitivi (§ 13.2), o più frequentemente la minaccia. In proposito, la Corte ravvisa l'esistenza di una struttura sostanzialmente speculare rispetto all'ipotesi di cui all'art. 336 c.p., norma che incrimina il fatto di colui che *usa violenza o minaccia al pubblico ufficiale ... per costringerlo* alla realizzazione di un'attività funzionale (§ 13.1);

e) individuato nella minaccia lo strumento elettivo di costrizione, le SS. UU. si pongono l'obiettivo di delinearne il concetto alla luce dei riferimenti normativi presenti nel nostro ordinamento (§§ 13.3, 13.4), non prima, però, di aver concettualmente distinto la minaccia-fine, sanzionata – nei relativi ambiti – dagli artt. 612 c.p. e 2043 c.c., dalla minaccia-mezzo, strumento di compressione della libertà di autodeterminazione del suo destinatario, modalità di condotta comune a più figure di reato e, sul piano civile, tipico vizio del consenso e causa di annullamento del contratto.

Quella che rileva *ex art. 317* è, evidentemente, la minaccia-mezzo, ma, ci dice la Corte, il suo contenuto corrisponde a quello della minaccia-fine, incriminata all'art. 612 c.p., e dunque è da ritenersi tale solo quella che abbia ad oggetto "*un ingiusto danno*" (lo stesso varrebbe per il diritto civile, pur in assenza di una norma definitoria, alla luce del combinato disposto dell'art. 1435 e del secondo comma dell'art. 1322 c.c. argomentato *a contrario*).

Loggetto della minaccia deve dunque essere "*ingiusto in senso giuridico*", e dunque *contra ius*, nonché "*lesivo di un interesse personale o patrimoniale della vittima riconosciuto dall'ordinamento*";

f) conseguenza di ciò è che la minaccia – che potrebbe anche essere implicita – sarà tale solo se idonea "*a incutere timore, paura*" in chi la subisce, "*si da pregiudicarne l'integrità del benessere psichico e la libertà di autodeterminazione*" (§ 13.4);

g) nella concussione, dunque, vi è prospettiva da parte dell'agente di un male *contra ius*; tutto questo pone il privato *con le spalle al muro*, e dunque comprime in modo decisivo la sua libertà di autodeterminazione, costringendolo – "*deprivato di ogni capacità di resistenza*" – ad accedere alla richiesta del p.u. per evitare un danno maggiore (*certat de damno vitando*). Non ci sarà allora costrizione se quest'ultimo si determina ad accettare perché spinto da un "*movente opportunistico di vantaggio indebito*" (§ 13.5);

h) in questo schema, elemento indiretto di tipizzazione della concussione, per quanto implicito, sarà anche il *metus publicae potestatis*: "*l'altra faccia dell'abuso della qualità o dei poteri da parte del pubblico agente*" (§ 13.6);

i) passando all'analisi della fattispecie di induzione indebita, e dunque alla ricostruzione della condotta di *induzione*, la Corte ne evidenzia innanzitutto il "*più tenue valore condizionante ... sull'altrui sfera psichica*" (§ 14.1), ma anche, relativamente al disposto dell'art. 317 c.p., la "*funzione di selettività residuale*" (§ 14.3): molteplici tipologie di comportamenti "*abusivi e penalmente rilevanti*" sono in grado di integrarla – fatta eccezione per la minaccia di un male ingiusto –, comportamenti che comunque, rispetto alla costrizione, lasciano al privato "*più ampi margini decisionali*" (§14.4), con conseguente onere di resistenza per non concorrere nella lesione di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione. Anche qui, dunque, una compressione della libertà di autodeterminazione, ma resistibile. Proprio questo, peraltro, giustificerebbe la punibilità del privato;

j) sul piano modale, la distinzione tra costringere e indurre si modula sul binomio "*mi-*

naccia/non minaccia” (§ 14.4); sul piano dell'essenza, sul rilievo che nell'ipotesi di cui all'art. 319-quater il privato asseconda il pubblico agente per conseguire un *vantaggio indebito* (*certat de lucro captando*) e non per il timore di subire un danno *contra ius* (§ 14.5); sul piano relazionale, sul fatto che nell'un caso vi è *coartazione* e nell'altro *persuasione* (§14.6);

k) tutto ciò sottenderebbe, peraltro, anche un significativo messaggio culturale rivolto ai consociati circa l'illiceità “*del pagare pubblici funzionari, salvo il caso di costrizione scriminante*” (§14.5);

l) la consapevolezza che i molteplici caratteri strutturali individuati potrebbero essere inadeguati a fornire una univoca qualificazione del fatto come integrante gli estremi della concussione o dell'induzione indebita (§ 16), conduce le Sezioni Unite a confrontarsi con una serie di casi problematici, caratterizzati o dall'assenza degli evidenziati indici di alterità (ad esempio il p.u. non prospetta esplicitamente alcuna conseguenza al privato qualora questi non aderisca alla sua indebita pressione, per cui quest'ultimo potrebbe averla accolta vuoi in ragione del timore dei danni *contra ius* che altrimenti ne sarebbero potuti derivare, vuoi, al contrario, per una mera *captatio benevolentiae*, e dunque per trarre un complessivo vantaggio dalla vicenda), o dalla loro equivoca compresenza, nel senso che l'uno sembrerebbe condurre verso una qualificazione del fatto in termini di concussione e l'altro di induzione indebita (ad esempio, nel caso di contestuale prospettazione al privato, da parte del p.u., di un danno ingiusto in caso di mancata accettazione della “richiesta”, ma anche di un vantaggio indebito nel caso di suo accoglimento) (§§ 17, 18, 19, 19.1, 19.2). Nell'ambito della disamina delle tipologie di casi peculiarmente problematici, la Corte fa riferimento anche all'ipotesi in cui il privato accolga l'indebita richiesta del p.u. per trarne un vantaggio *contra ius*, vantaggio che tuttavia consiste nella tutela di un suo bene fondamentale, altrimenti compromesso. In tale caso, ritenuto paradigmaticamente assimilabile allo schema della coazione morale di cui all'art. 54, comma 3, c.p., la soluzione non andrà affrontata – ci dice la Corte – secondo lo schema della dicotomia vantaggio *secundum* o *contra ius*, discendendo invece da una prospettiva di bilanciamento tra i beni complessivamente coinvolti nella vicenda (§ 21);

m) più ampiamente, in tutti i casi ambigui, e comunque caratterizzati dalla presenza di “indizi” incerti o contraddittori circa la qualificazione giuridica dell'accaduto, dovrà apprezzarsi “*il registro comunicativo nei suoi contenuti sostanziali, rapportati logicamente all'insieme dei dati di fatto disponibili*” (§ 22), sì da “*scongiurare mere presunzioni e inaffidabili automatismi*”. Dovrà ad esempio valutarsi, nel caso di minaccia e promessa contestuali, se, nell'adesione del privato, la prospettiva del “*vantaggio indebito annunciato abbia prevalso sull'aspetto intimidatorio*”, e così via. Più ampiamente, il criterio (a questo punto) tendenziale del danno/vantaggio dovrà “*essere opportunamente calibrato, all'esito di una puntuale e approfondita valutazione in fatto, sulla specificità della vicenda concreta, tenendo conto di tutti i dati circostanziali, del complesso dei beni giuridici in gioco, dei principi e dei valori che governano lo specifico settore di disciplina*”. Analisi, questa, che potrà dunque ben condurre a una soluzione antitetica rispetto a quella cui si sarebbe pervenuti sulla base del criterio-guida;

n) le Sezioni Unite si soffermano anche sui problemi di diritto intertemporale, in particolare sui rapporti intercorrenti tra il nuovo illecito di cui all'art. 319-quater e il previgente art. 317 (§ 23). In proposito, la Corte si chiede se tra gli stessi sia ravvisabile un fenomeno di successione della legge penale nel tempo o se, piuttosto, si tratti di una *abolitio criminis* con contestuale nuova incriminazione (§ 23.1). Il problema, evidentemente, attiene alla disciplina da riconoscere alle ipotesi “induttive” poste in essere anteriormente alla riforma: nel primo caso, se non ancora oggetto di sentenza definitiva, ai sensi dell'art. 2 comma 4, c.p., andrebbero sussunte nella nuova fattispecie di induzione indebita in quanto più favorevole. Accedendo alla seconda opzione, invece, ai sensi del combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 2, i loro autori dovrebbero ritenersi non punibili. La Corte evidenzia come il problema discenda essenzialmente dall'intervenuta punibilità del privato indotto, dato ritenuto da alcuni interpreti, anche nella prassi, a tal punto pregnante da creare seri dubbi circa la continuità tra le norme in esame (§ 23.4). Le Sezioni Unite si confrontano innanzitutto con quell'indirizzo giurisprudenziale che, muovendo dalla premessa ricordata, è giunto a ricostruire separatamente le fattispecie di cui ai due commi dell'art. 319-quater, ritenendole espressive di differenti illeciti monosoggettivi – l'uno realizzato dall'inducente, l'altro dall'indotto –, e non di un unico reato a concorso necessario. La ricostruzione separata consentirebbe di riconoscere piena continuità tra le disposizioni di cui al previgente art. 317 e all'attuale primo comma dell'art. 319-quater,

ravvisando nel contempo un'ipotesi di nuova incriminazione nel fatto di cui al secondo comma di quest'ultima disposizione.

La Corte, tuttavia, non concorda con questo *iter* ricostruttivo, pur convenendo con la conclusione che la vicenda vada ricondotta al fenomeno della successione della legge penale nel tempo.

L'art. 319-quater delinea infatti un'ipotesi di illecito unitaria, stante “*la necessaria convergenza, sia pure nell'ambito di un rapporto 'squilibrato', dei processi volitivi dei più soggetti attivi*”. Nel contempo, non vi sarebbe *abolitio criminis* – si legge in sentenza – perché nessun elemento strutturale del fatto è stato soppresso, inserendo il legislatore, al contrario, un dato nuovo e ulteriore quale la punibilità del privato, dato che non altera, per la Corte, la sostanza dell'illecito, non investendo “*direttamente la struttura tipica del reato*”, ma intervenendo solo “*al suo esterno*”.

In relazione alle ipotesi costrittive vi è successione tra il previgente e l'attuale testo dell'art. 317 – il punto, in effetti, non appare problematico –, così come tra le ipotesi originariamente concussive poste in essere dall'incaricato di un pubblico servizio e l'estorsione aggravata *ex art.* 61, n. 9, c.p.;

o) la distinzione tra la concussione e le fattispecie corruttive appare oggi più agevole, ci dice la Corte, essendo stata espunta dalla concussione quella condotta induttiva che ne costituiva il punto più debole in termini di determinatezza e riconoscibilità (§ 24.1). Nella prima ritroviamo oggi “*abuso e violenza/minaccia*” da parte del p.u., nella seconda un libero accordo tra due soggetti che si muovono su di un piano di “*parità sinallagmatica*”.

Parità sinallagmatica assente anche nell'induzione indebita – venendo alla distinzione tra quest'ultima e la corruzione –, illecito in cui alla condotta abusiva dell'agente pubblico corrisponde “*uno stato di soggezione del privato*”, una “*debolezza psicologica*” che ne rende il processo volitivo non spontaneo. Ecco, allora, che anche il criterio dell'iniziativa, che nell'induzione indebita è presa dal p.u., trova qui uno spazio importante (§ 24.2);

p) per quanto riguarda infine il rapporto tra induzione indebita e istigazione alla corruzione, si evidenzia come *indurre* sia cosa diversa dal *sollecitare*, implicando il “*carattere perentorio ed ultimativo della richiesta*”, e la “*natura reiterata ed insistente della medesima*”. Sul piano strutturale, la differenza tra le due ipotesi riposa su di un piano quantitativo: coniugandosi con l'abuso, la pressione psicologica è qui, infatti, “*superiore rispetto a quella conseguente alla mera sollecitazione*” (§ 24.3).

3.

La pluralità dei criteri recepiti.

La Corte, chiamata a riconoscere i caratteri differenziali tra i delitti di cui agli artt. 317 e 319-quater c.p., e dunque, essenzialmente, a individuare i criteri di cui valersi per distinguere la condotta costrittiva da quella induttiva, opera in modo decisamente strano, utilizzandone un numero decisamente elevato, compresi quelli in passato prospettati per distinguere la concussione dalle fattispecie corruttive. Ecco allora, sintetizzando al massimo, che la differenza riposa nella diversa entità della pressione psicologica, nello strumento utilizzato per determinarla, nella diversa oggettività giuridica, nell'obiettivo perseguito dal privato, nella presenza nell'un caso, e non nell'altro, del *metus publicae potestatis*, nella maggiore, o minore, sperequazione posizionale tra i soggetti. Ma l'evidente caratteristica di questi criteri è il loro tendere – nell'analisi dei casi concreti – a contraddirsi l'un l'altro, soprattutto nella *zona grigia*, quella di confine tra le due fattispecie. E purtroppo è proprio in relazione a tali tipologie di ipotesi che si pongono i problemi. Qui, ci dice la Corte, bisognerà valutare caso per caso, tenendosi conto un po' di tutto: *dei dati circostanziali, del complesso dei beni giuridici in gioco, dei principi e dei valori che governano lo specifico settore di disciplina*, ma anche di una peculiare analisi introspettiva delle motivazioni sottese alle scelte del privato.

Il rischio, evidentemente, è che la moltitudine disomogenea dei criteri, con l'incertezza ricostruttiva che inevitabilmente ne consegue, e l'impossibile prova dell'introspezione determinino un pericoloso “*libera tutti*”, alla stregua del quale ciascun Collegio, pressoché svincolato dalla legalità – con la determinatezza tradita dal legislatore, e la tassatività dispersa nella fluidità ricostruttiva – potrà giungere a qualsiasi conclusione in tema di qualificazione giuridica del fatto.

L'impressione è che da una prima fase, le cui coordinate riposavano nel modello illuministico, e costituzionale, di divisione dei poteri – *spetta al legislatore individuare con precisione il fatto oggetto di incriminazione, al giudice applicare la legge* –, già superata, in decenni di latitanza e impresentabilità della politica, da un secondo modello a prevalenza giudiziaria – *il legislatore scriva pure malissimo la norma, perché sarà la giurisprudenza a individuarne gli estremi di concretezza e riconoscibilità* –, sia in atto la transizione verso una terza fase in cui l'obiettivo prammatico di pervenire alla Soluzione Giusta in assenza di eccessivi vincoli formali, stia determinando la compiuta rarefazione delle garanzie fondamentali, ridotte a immagini sbiadite, se non a vuoti simulacri di se stesse.

Certo, sarebbe decisamente auspicabile, quantomeno per chi non abbia perduto quel gusto un po' retrò per i valori costituzionali, che questa mia lettura fosse del tutto errata, e, nello specifico, che il rigore delle argomentazioni delle SS.UU. sia tale da non ingenerare nell'interprete alcuna perplessità in tal senso, magari inducendolo a concludere – e sarebbe peculiarmente *trendy* – che il *case by case* sia il portato inevitabile di una società liquida. Ma le argomentazioni della Corte sono fragili, o almeno questa è la mia impressione. Con lo specifico di esse, a questo punto, diviene necessario il confronto.

4.

La critica al criterio “quantitativo” e i limiti di oggettivizzazione.

Il criterio “quantitativo” – *costringere è più che indurre* – viene ritenuto sostanzialmente corretto dalla Corte, ma nel contempo di per sé solo inadeguato a reggere il peso della distinzione perché, collocandosi in una dimensione intrapsichica, e dunque probatoriamente sfuggente, darebbe adito a possibili arbitrii. Lo scrupolo di oggettivizzazione è indiscutibilmente apprezzabile, ma in altri passi della sentenza appare, al contrario, totalmente assente. Quando si tratterà, ad esempio, di analizzare l'ipotesi in cui il p.u. prospetti un ingiusto danno qualora il privato non acconsenta alla sua minacciosa pretesa, ma contestualmente un vantaggio indebito qualora invece dovesse accoglierla, secondo la Corte dovrà accertarsi “*se il vantaggio indebito annunciato abbia prevalso sull'aspetto intimidatorio, sino al punto da vanificarne l'efficacia, e se il privato si sia convinto di scendere a patti, pur di assicurarsi, quale ragione principale e determinante della sua scelta, il lucroso contratto*”. Posto che non è affatto detto che nella psiche del privato si innesti una competizione tra i due aspetti motivazionali, risultando molto più plausibile che egli si sia risolto ad accettare alla luce del quadro complessivo prospettatogli, resta il fatto che la prova dell'esito di questa supposta, un po' bizzarra, competizione intrapsichica è totalmente impossibile. Eppure si tratterebbe, secondo le SS. UU., del punto dirimente per ricostruire la qualificazione giuridica dell'accaduto. Anche quest'aspetto – di ordine sostanziale – merita alcune considerazioni, sia nella prospettiva dell'agente pubblico sia in quella del privato. Per quanto riguarda il primo, questi risponderebbe, a fronte della medesima condotta posta in essere, di concussione o di induzione indebita a seconda dell'esito della competizione motivazionale che si assume innescata nella mente del privato, di un reato oppure dell'altro, dunque, a seconda della personalità del suo interlocutore (persona timorosa oppure scaltra, disillusa oppure fiera, e così via). Ma dov'è la differenza di disvalore che fonderebbe – *rectius*: legittimerebbe – il diverso titolo di responsabilità?

Il problema diventa pressoché insuperabile in relazione al privato, che, a questo punto, sarebbe vittima di concussione o penalmente responsabile *ex art. 319-quater, comma 2*, a seconda del suo modo di essere, se vogliamo – ma non è neanche detto che sia così – della sua dirittura morale.

Quel che ne vien fuori, insomma, accanto a un modello intrapsichico esasperato e totalmente sfuggente all'ambito probatorio, è l'implicita presenza di intollerabili opzioni eticizzanti da diritto penale d'autore. Se la distinzione tra concussione e induzione indebita – sia pur nello specifico di tale peculiare ipotesi – fosse davvero da ricostruire in questi termini, da un lato dovremmo prendere atto della totale regressione pre-moderna, direi pre-illuminista, del nostro modello ordinamentale, dall'altro della assoluta illegittimità del quadro normativo di riferimento. Più sobriamente, e senza drammatizzare, credo che dovremo limitarci a ritenere inaccoglibile la ricostruzione operata, sul punto, dalle SS.UU.

Un ultimo rilievo. Quando si afferma, in premessa, che il criterio quantitativo andrebbe incontro ad arbitrii in ragione della sua essenza di ordine psicologico, non si dice una cosa

necessariamente vera. Il punto è, a mio avviso, che ben potrebbe ricostruirsi quale costrittiva quella condotta che, *in obiecto*, non lasci al privato alcuna opzione esistenziale plausibile, alternativa all'accogliere la pretesa del pubblico agente. Certo, la valutazione andrebbe contestualizzata alla specificità individuale e interpersonale dei soggetti coinvolti nella vicenda, ma anche questo aspetto, tipico dei delitti di relazione, costituisce, a ben vedere, un portato di ordine oggettivo. In questi termini, l'insondabilità della psiche umana c'entra ben poco, perché il carattere costrittivo viene ricostruito quale requisito obiettivo della condotta posta in essere dal pubblico agente. In tal modo, peraltro, si riconoscerebbe al verbo "costringere" il significato che gli è proprio sul piano della semantica – dato, in termini di legalità, tutt'altro che irrilevante –, e non un significato ambiguo e dai confini incerti.

5.

Il ruolo attribuito alla "minaccia" all'interno delle dinamiche concussive.

Nella composita ricostruzione delle SS.UU., un ruolo fondamentale nella delimitazione delle fattispecie in esame viene riconosciuto allo strumento attraverso il quale il pubblico agente adopera pressione sul suo interlocutore: nella concussione, la *minaccia* (eccezionalmente anche la *violenza*, ma solo nell'abuso di poteri coercitivi), nell'induzione indebita, altre tipologie di condotta dal carattere residuale – "*persuasione, suggestione, allusione, silenzio, inganno*" (purché non cada sulla doverosità della dazione), e così via –, tutte accomunate dal loro determinare una pressione non totalizzante sulla libertà di autodeterminazione dell'interlocutore e, soprattutto, dal non avere a oggetto la prospettazione di un male *contra ius*. Proprio in questo consisterebbe, invece, la minaccia, così ricostruita, essenzialmente, alla luce del disposto dell'art. 612 c.p. Certo, nell'art. 612 ci troviamo al cospetto di una minaccia-fine e non di una minaccia-mezzo, come invece accade nell'ipotesi qui esaminata, ma si tratta di un dato che, per la Corte, non appare peculiarmente rilevante: "*nel codice penale ... assume certamente rilievo la norma incriminatrice della minaccia-fine (art. 612 cod. pen.), il cui oggetto è individuato in un 'ingiusto danno', (ma) non vi è alcuna ragione giuridicamente plausibile per ritenere che questo sia estraneo alla minaccia-mezzo*".

L'impressione è che in questo argomentare molte cose non funzionino. Innanzitutto, perché l'individuazione nella minaccia dello strumento elettivo per l'integrazione della concussione, per quanto sicuramente esatta, è il frutto di una valutazione di tipo empirico-razionale. Mi spiego meglio: all'interrogativo "*in che modo, abusando dei propri poteri o della propria qualità, un p.u. può costringere taluno a dargli del denaro non dovuto?*", è estremamente probabile che una persona ragionevole risponderà "*minacciandolo*". Sia il buon senso sia l'esperienza, a ben vedere, lo condurranno a questa conclusione, al punto che non sembra necessario, per giungervi, essere dei raffinati giuristi o degli attenti ermeneuti. Anzi, più esattamente, l'ermeneuta non sarebbe qui sul suo terreno, perché non di interpretazione si tratta, ma di un mero giudizio di realtà modulato su inferenze razionali. Ma se si tratta di un dato di realtà, esso non può divenire (a sua volta) oggetto di interpretazione – l'ermeneutica ha a oggetto la norma, non la realtà –, e dunque il suo contenuto non è in alcun modo evincibile dal disposto dell'art. 612 c.p., riposando, al contrario, nel nucleo di significato consolidato sul piano semantico: minaccia come *prospettazione di un male futuro, dunque, e non di un male ingiusto*.

Ecco, allora, che la base su cui le SS. UU. recuperano il criterio discrezionale tra concussione e induzione indebita fondato sulla contrarietà/conformità a *ius* di quanto prospettato dal pubblico agente, appare il frutto di un errore di prospettiva, un po' come quello in cui cadrebbe chi – convinto di poter interpretare la realtà alla luce di una norma – mettesse senza timore un dito in una presa di corrente, forte dell'equiparazione, operata dall'art. 624, comma 2, c.p., tra l'energia elettrica e i beni mobili.

5.1.

Segue. Tra minaccia-mezzo e minaccia-fine. Le aporie della ricostruzione.

Si dirà che le cose non stanno necessariamente così, che la minaccia costituisce un elemento non scritto di fattispecie. E' questo, tuttavia, un concetto non solo tradizionalmente ambiguo – e dal retrogusto vagamente manipolativo –, ma che qui apparirebbe il frutto, più che di un'opzione ermeneutica, di un'operazione sostanzialmente alchemica, volta a trasformare, se non il piombo in oro, la realtà in dato normativo.

Ipotizziamo, tuttavia, che tale schema sia praticabile, che il *facere de albo nigrum* – antico anelito un tempo ammantato di tensione all'onnipotenza – non costituisca un tradimento della legalità, ma una praticabile scelta ricostruttiva, tanto più che sarebbe qui strumentale a restringere il concetto di *minaccia* penalmente apprezzabile, e dunque a non collidere con alcun portato di garanzia. Anche muovendo da questa – comunque un po' strana – premessa, i conti continuerebbero a non tornare. Innanzitutto, perché l'art. 612 c.p. non definisce la minaccia quale *prospettazione di un male ingiusto*, ma incrimina la minaccia *che abbia ad oggetto un male ingiusto*, sancendo così – nella fisiologica funzione selettiva della norma incriminatrice – quale peculiare tipologia di minaccia sia oggetto di diretta incriminazione. D'altronde, l'impossibilità logica di evincere il significato del predicato dalla specificità del complemento è di immediata evidenza, salvo ritenere, ad esempio, che il concetto di *sostituzione* recepito dal sistema penale consista esclusivamente nella *sostituzione di persona*, perché tale è il fatto incriminato all'art. 494 c.p., che quello di *diffusione* coincida con la *diffusione di una malattia alle piante o agli animali*, perché ciò è incriminato all'art. 500 c.p., quello di *violazione* con la *violazione di tomba o di sepolcro* ex art. 407 c.p., e così via. In altre parole, non può in alcun modo evincersi dallo specifico dell'art. 612 c.p. un significato penalistico di *minaccia* quale *prospettazione di un danno ingiusto*.

Una cosa che, sul punto, stupisce sia sul piano metodologico sia su quello dello sviluppo argomentativo, è che le SS. UU. costruiscono qui il loro discorso seguendo ampiamente il solco tracciato da una recente, estremamente interessante, elaborazione dottrina¹⁰ che, dopo aver distinto la minaccia-fine dalla minaccia-mezzo – e la Corte recepisce in pieno la distinzione – individua la contrarietà a *ius* del suo oggetto come elemento imprescindibile della prima ma non della seconda: “*l'abito della minaccia contra ius va stretto alla minaccia-mezzo, il cui disvalore non risiede tanto e solo nella prospettazione di un male non giustificato dall'ordinamento, quanto nella imposizione di una condizione*”¹¹; qui, allora, “*la qualifica di 'ingiusto' può ... essere attribuita – anche – alla prospettazione di un male di per sé giusto, allorché manca una relazione, una connessione, tra lo scopo perseguito dall'agente con la minaccia e il mezzo rappresentato dal male minacciato*”. Secondo la tesi in esame, dunque, la minaccia-mezzo risulta integrata anche nell'ipotesi in cui si prospettino conseguenze in astratto conformi a *ius* per conseguire un fine ingiusto. Più nello specifico, “*dove c'è abuso di potere*”, elemento comune ai delitti di cui all'artt. 317 e 319-quater c.p., a prescindere dalla specificità dell'oggetto della minaccia, non ci troveremo mai di fronte alla “*prospettazione di un male giusto*”¹². La dicotomia male ingiusto/male giusto, in altre parole, viene prospettata come del tutto inadeguata a reggere il peso della distinzione tra concussione e induzione indebita, in quanto frutto di un evidente “*errore di prospettiva*”¹³.

Le SS.UU., invece, ritenendo che anche la minaccia meramente modale abbia come imprescindibile tratto identitario la necessaria contrarietà a *ius* del suo oggetto, tradiscono profondamente la dottrina assunta a riferimento, cui solo in apparenza, dunque, mostrano di aderire. Al punto che fondare la distinzione tra concussione e induzione indebita sull'alternativa minaccia/non minaccia, ritenendo in tal modo – come fa la Corte – di superare, o comunque “migliorare”, l'altro criterio discrezionale fondato sulla contrarietà/conformità a *ius* di quanto minacciato, ha un preciso significato nella posizione dottrina richiamata, mentre non si comprende nella ricostruzione delle SS. UU. Se si muove infatti dalla premessa che la minaccia consista sempre nella prospettazione di un male *contra ius*, i due criteri perdono qualsiasi possibile alterità, e la conclusione del discorso costituirà null'altro che la negazione della

¹⁰ G. L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013.

¹¹ *Ivi*, p. 187.

¹² *Ivi*, p. 213.

¹³ *Ivi*, p. 212.

premessa: 1) la distinzione tra concussione e induzione indebita **non attiene** alla contrarietà/conformità a *ius* dell'oggetto della prospettazione del p.u., ma al mezzo utilizzato: minaccia/non minaccia → 2) la minaccia è la prospettazione di un male *contra ius* → 3) la distinzione tra concussione e induzione indebita **attiene** alla contrarietà/conformità a *ius* dell'oggetto della prospettazione del p.u.

5.2.

Segue. Sul rapporto tra la minaccia e la compressione della libertà di autodeterminazione.

La dicotomia minaccia/non minaccia, se da un lato finisce dunque per sovrapporsi inopinatamente al binomio contrarietà/conformità a *ius* dell'oggetto della prospettazione, dall'altro, nello schema della Corte, dovrebbe comunque coordinarsi con il modello che distingue concussione e induzione indebita in relazione al *quantum* di pressione psichica esercitato dal pubblico agente sul suo interlocutore. Il criterio quantitativo, infatti, non è mai apertamente ripudiato dalle SS. UU., risultando anzi esplicitamente utilizzato, sul piano argomentativo, in molteplici passi della sentenza. La Corte, infatti, rileva frequentemente che nell'induzione – a differenza di quanto accade nella costrizione – il privato “*conserva pur sempre un ampio margine di scelta*”, che qui vi è un “*più tenue valore condizionante*”, arrivando perfino a individuare in ciò la *ratio* della punibilità del privato nell'ipotesi di cui all'art. 319-quater, comma 2, c.p.: la sua volontà, sebbene compressa, non era infatti annullata. Aveva ancora margini decisionali, ed era tenuto a attivarli nel senso imposto dalla norma. Non lo ha fatto, va punito (§ 14.4).

Lo schema potrebbe suscitare alcune perplessità. In particolare, non convince appieno il suo ricostruire gli estremi di una responsabilità commissiva sulle coordinate di un modello strutturalmente omissivo che sembrerebbe peraltro individuare – con implicazioni ideologiche inquietanti – in ciascun consociato una sorta di garante *omnibus* della legalità.

Comunque, anche a prescindere da ciò, va detto che il criterio “quantitativo”, a differenza di quanto ritenuto dalla Corte, non è in alcun modo compatibile con quello modulato sull'alternativa tra la prospettazione di un danno ingiusto o di un danno giusto. Se è infatti vero che nel primo caso si determina una compressione della libertà di autodeterminazione del destinatario della minaccia, ciò non accade affatto nel secondo, che si connota non già – come invece scrivono le SS. UU. – per una più blanda compressione di quella libertà ma, al contrario, per un suo innegabile ampliamento. Il poliziotto che intimasse a un ladro colto in flagrante di consegnargli la refurtiva, minacciando, in caso contrario, di arrestarlo (“male” *secundum ius*); il funzionario dell'agenzia delle entrate che intimasse a un imprenditore di consegnargli una somma di denaro, minacciandolo, in caso contrario, di elevare un verbale per il pagamento all'erario di una somma di gran lunga superiore in ragione delle irregolarità contabili riscontrate (“male” *secundum ius*) – e così via –, non comprimerebbero infatti, neanche parzialmente, la libertà di autodeterminazione dei loro interlocutori. Al contrario, starebbero fornendo loro una *chance* in più, certamente illegittima, ma comunque consistente in una facoltà di scelta che non avrebbero mai posseduto se il p.u. si fosse comportato nel modo a lui imposto dalla legge. Ancora una volta, insomma, i plurimi criteri discretivi individuati dalla Corte, lungi dal sorreggersi l'un l'altro, risultano tra loro totalmente contraddittori.

A ben vedere, anche l'idea che la conformità a *ius* del male prospettato fornisca ragionevolezza alla scelta del legislatore di investire di responsabilità il privato, apparentemente sostenibile in ragione del fatto che in tal caso anch'egli collabora alla realizzazione di un fatto complessivamente *contra ius*, appare abbastanza inadeguata.

Il punto è che concludere, sulla base di questo schema ricostruttivo, per l'integrazione della fattispecie di induzione indebita e non di quella di concussione, conduce non soltanto a ritenere che in tali ipotesi il privato sia penalmente responsabile, ma anche che l'agente pubblico vada sottoposto a un più lieve trattamento sanzionatorio. Questa seconda conseguenza è totalmente irragionevole. Mettiamoci infatti per un istante, seguendo il modello esaminato, nella prospettiva del p.u. Egli adopera pressione psichica sul suo interlocutore prospettandogli: a) che, nel caso di mancata adesione alla sua “richiesta”, agirà *contra ius*; b) che, nel caso di adesione alla sua “richiesta”, non agirà *secundum ius*. Il disvalore delle due ipotesi è, evidentemente, del tutto equivalente. Eppure, nel primo caso egli sarebbe responsabile di concussione,

nel secondo di induzione indebita. Se le cose stessero davvero in questi termini, il quadro normativo di riferimento si caratterizzerebbe per un insanabile contrasto con il principio di uguaglianza. Un'ulteriore conferma, in realtà, che il modello elaborato dalla Corte (ma anche, più in generale, il criterio distintivo fondato sulla conformità/contrarietà a *ius* dell'oggetto della minaccia), non può essere condiviso.

6. Lo scopo perseguito dal privato come momento differenziale tra la concussione e l'induzione indebita.

Le SS. UU., a questo punto, inseriscono nel discorso un elemento ulteriore che, nel complesso della ricostruzione, sembrerebbe svolgere un ruolo importante. Si tratta del criterio, peraltro ben noto perché presente nel tradizionale dibattito relativo alla distinzione tra corruzione e concussione, incentrato sull'obiettivo perseguito dal privato nel momento in cui aderisce alla "richiesta" del p.u.: nella concussione, ci dice la Corte, egli *certat de damno vitando*, nell'induzione indebita, *de lucro captando*. A ben vedere, però, sul piano prammatico l'incidenza di quest'ulteriore parametro sulle conclusioni cui la Corte era fin qui pervenuta è decisamente modesta. E' infatti difficile ipotizzare casi di prospettazione di un male *secundum ius* che non si accompagnino a una rappresentazione di vantaggio per il privato. Tale prospettazione è infatti munita di attitudine condizionante, e dunque ha una sua plausibilità razionale e fenomenologica, soltanto nella misura in cui il privato tragga vantaggio dal fatto che l'agente pubblico disattenda i suoi doveri: riprendendo gli esempi fatti, per il ladro è decisamente più vantaggioso consegnare la refurtiva al poliziotto che lasciarsi arrestare; l'imprenditore trae un indiscutibile vantaggio dall'accogliere la richiesta di denaro fattagli dal funzionario dell'agenzia delle entrate in alternativa al pagamento di una somma superiore dovuta all'erario, e così via.

Ecco, allora, che cambiando davvero poco nella sostanza – e nelle conclusioni –, i limiti di ragionevolezza che abbiamo visto caratterizzare, sinora, la ricostruzione della SS.UU. permangono tutti anche coinvolgendo tra i criteri discretivi il parametro del danno/vantaggio valutato dalla prospettiva del privato. Non è un caso, infatti, che in tal modo si riesca ancora una volta a individuare un possibile fondamento razionale alla scelta di punire quest'ultimo nell'induzione indebita e non nella concussione – se ha agito per conseguire un ingiusto vantaggio va punito, se lo ha fatto per evitare un danno maggiore è soltanto una vittima – ma che, nel contempo, continui a mancare qualsiasi possibile fondamento razionale al differente trattamento sanzionatorio di cui sarebbe investito il pubblico agente a fronte di condotte munite del medesimo disvalore.

Tale lettura, peraltro, rielabora ulteriormente la struttura del delitto di induzione indebita, inserendovi un altro "elemento non scritto" – il fine del privato di conseguire un ingiusto vantaggio –, trasformandone *d'emblee* le coordinate in termini di dolo specifico, con tutte le tradizionali tensioni che ciò determina con il modello del diritto penale del fatto. Anche a volerne prescindere, non può tuttavia negarsi che ciò incide negativamente sul piano della determinatezza, crea ulteriori problemi su quello probatorio e soprattutto, nel caso di specie, mette in significativa evidenza il carattere tendenzialmente manipolativo della ricostruzione operata dalla Corte: i suoi due cardini – a) minaccia/non minaccia; b) ridurre il danno/perseguire un vantaggio –, pur frequentemente utilizzati (*altrove*) dal legislatore, sono infatti del tutto estranei allo specifico testuale delle disposizioni qui esaminate, e la loro proiezione in fattispecie non risulta, nel contempo, la conseguenza di uno snodarsi rigoroso dell'analisi ermeneutica, forte dei suoi passaggi e della saldezza razionale delle conclusioni cui perviene. Quel che ne consegue, al contrario, è una soluzione ricostruttiva a tal punto irragionevole che, se accolta, determinerebbe l'evidente contrasto delle disposizioni in esame con l'art. 3 Cost.

La Corte, tuttavia, attribuisce un gran peso all'inserimento nelle dinamiche di fattispecie dello scopo perseguito dal privato, elemento strutturale cui sarebbe affidato il – fondamentale – compito "di lanciare un chiaro messaggio sull'illiceità del pagare i pubblici funzionari, salvo il caso di costrizione scriminante".

Non mi soffermo sul fatto che alla norma penale venga in tal modo attribuito un "ruolo" decisamente originale, al cui interno prevenzione generale positiva e pedagogia etico-sociale sfumerebbero a tal punto i loro contorni da sublimarsi in una sorta di inedita funzione "aral-

dica". Mi interessa di più dedicare una – pur rapida – attenzione al concetto di *costrizione scriminante*, un concetto che, a dire il vero, non capisco.

Certo, se ho pagato perché costretto non sarò penalmente responsabile: quanto da me realizzato non è infatti oggetto di incriminazione. *Possiamo allora ragionare della costrizione in termini di tipicità*. Se ci spostiamo sul piano della *ratio* – e la supposta funzione “araldica” ci stimola in tal senso –, potremmo ben dire che il fatto del privato non viene qui investito di tipicità perché il principio di colpevolezza preclude al legislatore tale opzione: in quanto costretto, non era da me esigibile un comportamento diverso, e quel che ho fatto non mi è dunque rimproverabile. *Possiamo allora ragionare della costrizione in termini di colpevolezza* (anzi, la colpevolezza costituisce, evidentemente, il contesto elettivo in cui si collocano tutti gli istituti ordinamentali incentrati sulla costrizione). Quello che mi sembra invece impraticabile è *ragionare della costrizione in termini di anti-giuridicità*. In effetti, il riferimento al carattere “scriminante” della costrizione determina nel lettore una certa sensazione di disagio sistematico. La stessa sensazione che lo coglie, a ben vedere, in un altro passaggio della sentenza.

7.

La costrizione “vera e propria” e il bilanciamento degli interessi.

Mi riferisco alle osservazioni della Corte relative all’ipotesi in cui il privato, pur traendo un indiscutibile vantaggio indebito dall’accondiscendere alla “proposta abusiva” del pubblico agente, l’abbia tuttavia accolta perché, in caso contrario, sarebbe stato compromesso un suo “*interesse di rango particolarmente elevato (si pensi al bene vita, posto in pericolo da una grave patologia)*”. Prendiamo, ad esempio, il caso del paziente di una struttura pubblica che necessiti di un trapianto con estrema urgenza, urgenza tuttavia frustrata dalla presenza di una lunga lista di attesa. Ipotizziamo che il primario gli prospetti la possibilità, verso il pagamento di una somma cospicua, di avere la priorità assoluta: in caso contrario, rispetterà il corretto ordine della lista (“minaccia” *secundum ius*). Il paziente accetta.

Sulla base dei criteri individuati dalle SS. UU., il fatto dovrebbe essere qualificato come induzione indebita: non vi è infatti una *minaccia* (il “male” prospettato non è *contra ius*), e il privato agisce per conseguire un vantaggio indebito. Certo, potremmo discutere circa l’effettiva punibilità di quest’ultimo, e plausibilmente la escluderemo ai sensi dell’art. 54 c.p., ma resterebbe intatta la responsabilità del primario ai sensi del primo comma dell’art. 319-quater. La ricostruzione operata dalla Corte sembrerebbe insomma condurre a una conclusione, in presenza di un fatto di estrema gravità, non del tutto equilibrata.

Per risolvere il problema, e ritenere integrata la fattispecie di concussione e non quella di induzione indebita, le SS. UU. fanno ricorso a un nuovo criterio. In tali ipotesi – scrive il Collegio –, vi è concussione perché il privato si viene a trovare “*in uno stato psicologico di vera e propria costrizione, assimilabile alla coazione morale di cui all’art. 54, comma terzo, cod. pen., con conseguente decisiva incidenza sulla sua libertà di autodeterminazione*”. Tale conclusione si implementa su una significativa premessa: “*per assicurare la corretta qualificazione giuridica del fatto come concussione piuttosto che come induzione indebita, non si può prescindere dal confronto e dal bilanciamento tra i beni giuridici coinvolti nel conflitto decisionale: quello oggetto del male prospettato e quello la cui lesione consegue alla condotta determinata dall’altrui pressione*”.

Non ho molti dubbi sul fatto che nel caso in esame siano effettivamente integrati gli estremi della concussione. Il paziente non ha, infatti, alcuna alternativa esistenzialmente plausibile all’accogliere la “proposta” del primario. Direi che siamo davvero ai confini della coazione psichica assoluta, perché se non accetta probabilmente morirà. Il punto è che giungere a questa conclusione muovendo dalle premesse delle SS.UU. è davvero difficile, salvo possedere uno strumento in grado di modificare radicalmente lo scenario prospettato, e proiettarci improvvisamente in una realtà altra. Ad esempio l’otre dei venti, che Eolo regalò a Ulisse.

Lo scenario da cui la Corte è partita, infatti, riconduce la coazione psichica assoluta (che qui è presente) alla rapina, vede nella prospettazione di un male *contra ius* (che qui è assente) un elemento essenziale, sia pur non scritto, della concussione, individua nel fine del privato di conseguire un vantaggio ingiusto (che qui è presente) un elemento essenziale, sia pur non scritto, dell’induzione indebita.

A sovvertire radicalmente il quadro irrompono il criterio del bilanciamento degli interessi e la presenza della *vera e propria costrizione*, evidentemente differente dalla *costrizione* così

come ricostruita dalla Corte, che dunque, ma lo si era oramai intuito, vera e propria costrizione non è.

Ma, anche a voler seguire il ragionamento del collegio, il bilanciamento degli interessi, nel caso in esame, non possiede affatto l'attitudine a sovvertire radicalmente il modello di "costrizione" elaborato. Perché se da un lato c'è la vita del nostro paziente, dall'altro non ritroviamo soltanto l'interesse al rispetto della lista d'attesa, proiezione occasionale del buon andamento della pubblica amministrazione (se così fosse i beni in gioco sarebbero davvero incomparabili). Il punto è che anche sull'altro piano c'è una vita, quella che un altro paziente perderà per essere stato ingiustamente pretermesso.

Nondimeno, per la Corte si tratterebbe comunque di *costrizione* perché assimilabile alla coazione morale. Anche questo passaggio è però incompatibile con le premesse date, perché la "minaccia" di cui al terzo comma dell'art. 54 c.p., sebbene meramente modale, secondo la ricostruzione precedentemente operata dalla Corte non potrebbe che consistere nella prospettiva di un male *contra ius*, cosa che non accade nel caso di specie. Quand'anche, tuttavia, si dovesse ritenere che l'assimilazione alla coazione morale sia comunque praticabile in ragione della similarità degli effetti, ciò condurrebbe a escludere la punibilità del privato per induzione indebita, ma non a configurare una responsabilità del p.u. per concussione, risultando assenti sia la minaccia sia l'obiettivo, perseguito dal privato, di evitare un danno ingiusto, ovvero gli indici di tipicità su cui la Corte ha ricostruito la struttura della fattispecie concussiva. La tipicità "ad assetto variabile" – perché a questo punto dovremmo distinguere una concussione per costrizione da una per costrizione "vera e propria", totalmente diverse tra loro sul piano della struttura –, l'idea che la fattispecie astratta sia uno strumento plasticamente adattabile ad ogni opportunità, sono concetti di inusitata pericolosità.

In effetti, Eolo aveva avvertito Ulisse di non aprire l'otre dei venti, ma i compagni, approfittando del sonno dell'eroe, trasgredirono a quel divieto. E la nave si allontanò ancor di più da Itaca.

8.

Il ruolo attribuito al *metus publicae potestatis*.

Nel continuo intrecciarsi, e sovrapporsi, dei criteri, la Corte rileva come anche il *metus* assolva a una funzione di tipizzazione, sia pur indiretta, della fattispecie concussiva. Un ulteriore elemento discrezionale, dunque, rispetto all'induzione indebita. Ma non si tratta qui di quel *metus* vago e indistinto che conosciamo da sempre, di quel timore che colora di una strana valenza emozionale uno dei tradizionali criteri distintivi tra corruzione e concussione. Con quel *metus* ha in comune la tendenziale attitudine a essere insuscettibile di prova e a proiettare sulla tipicità del fatto la personalità della vittima (a fronte di situazioni omologhe, evidentemente, c'è chi si spaventa e chi no), requisiti che, a dire il vero, già avrebbero dovuto indurre l'interprete a liberarsene una volta per tutte. Qui, non solo ciò non accade, ma il *metus* compie, per così dire, un indiscutibile salto di qualità: il male ingiusto minacciato deve infatti possedere, per la Corte, l'idoneità a determinare "*paura in chi lo percepisce, sì da pregiudicare l'integrità del benessere psichico e la libertà di autodeterminazione*". Più che un *metus* un *pavor*, dunque, una sorta di profondo terrore. Se tutto ciò, sul piano culturale, parrebbe iscriversi in quell'insidioso modello di emozionalizzazione del diritto penale così frequente nel crepuscolo delle democrazie – perché esalta la funzione simbolica del sistema, indebolendo, nel contempo, le coordinate garantiste di un penale del fatto –, dall'altro, su di un piano ermeneutico-ricostruttivo, appare decisamente eccessivo: non è infatti un caso che tale affermazione non risulti accompagnata da alcun argomento in grado di sostenerla.

Fermo restando il riferimento alla libertà di autodeterminazione – il convitato di pietra di tutta la ricostruzione delle SS.UU., da queste sempre evocato ma il cui ruolo non risulta mai realmente chiarito –, richiedere la presenza della *paura* non ha alcun senso. Tizio, pubblico ufficiale competente per il rilascio di un'autorizzazione di cui Caio ha assoluta, urgente necessità, dice a quest'ultimo che, sebbene il rilascio tempestivo dell'autorizzazione sia un suo pieno diritto, lui rallenterà enormemente l'iter del rilascio, creandogli un insostenibile danno lavorativo. Questo, sempre che Caio non gli consegna immediatamente 200 euro. Caio accetta. Di ciò è decisamente seccato, se volete anche amareggiato, ma certamente non è spaventato, e mai è stata messa a rischio l'*integrità del suo benessere psichico*. Eppure, concludere, sulla base di

questo rilievo, per la non configurabilità della concussione mi sembra davvero problematico. D'altronde, secondo lo schema ricostruttivo delle SS. UU., non ci sarebbero neanche gli estremi dell'induzione indebita, stante il carattere evidentemente *contra ius* del "male" prospettato dal pubblico ufficiale.

Il problema di fondo è complesso, e complicarlo ulteriormente inserendo sulla scena – apparentemente senza motivo – continuamente nuovi "attori" non è certo il modo migliore per affrontarlo. Il rischio, calcolato o meno, è quello di renderlo irrisolvibile.

9.

Questioni di diritto intertemporale.

Non mi soffermo sui problemi di diritto intertemporale che, pur estremamente rilevanti, incontrano solo marginalmente l'oggetto del presente lavoro. Mi interessa soltanto rilevare, in proposito, che la Corte conclude per la piena continuità tra la previgente ipotesi di concussione per induzione e l'attuale induzione indebita – con conseguente riconduzione alla disciplina di cui all'art. 2, comma 4, c.p. –, sulla base di uno schema ermeneutico estremamente fragile, ancor più alla luce del complessivo *iter* ricostruttivo seguito in sentenza.

Il problema, essenzialmente, discende dal fatto che il legislatore del 2012 ha inserito, al secondo comma dell'art. 319-quater, la punibilità del privato indotto, elemento che potrebbe esser ritenuto a tal punto rilevante da conferire alla nuova fattispecie un carattere di assoluta novità: inassimilabile alla concussione per induzione, ci troveremmo allora in presenza di un'*abolitio criminis* con contestuale nuova incriminazione. Se le cose stessero davvero in questi termini, gli effetti prammatici sarebbero dirimpenti, e il sistema – ma anche il Paese nel suo complesso – darebbe una nuova prova di scarsissima credibilità.

Una soluzione elegante – peraltro già presente in giurisprudenza¹⁴ – potrebbe consistere nel ritenere che il comma 2 dell'art. 319-quater c.p. configuri un'ipotesi di illecito distinta da quella di cui al primo comma di quella disposizione. In tal modo, non vi sarebbero ostacoli a ravvisare continuità tra quest'ultimo e il previgente art. 317. La Corte, pur apprezzando "*la chiarezza intuitiva*" di tale schema ricostruttivo (?), ne afferma tuttavia – ma in modo sostanzialmente apodittico – l'incompatibilità con un dato normativo "*che postula, per l'esistenza del reato, la necessaria convergenza, sia pure nell'ambito di un rapporto 'squilibrato', dei processi volitivi di più soggetti attivi e la punibilità dei medesimi*". Ecco, allora, che il discorso si complica: perché se l'induzione indebita si modula sulla necessaria convergenza della volontà di più soggetti, e – soprattutto – sulla punibilità dei medesimi, sembra essere davvero lontana dall'originaria concussione per induzione.

Per le SS. UU., tuttavia, il problema non sussiste. Non vi sarebbe, infatti, *abolitio criminis*, perché la stessa si verifica quando "*l'intervento legislativo posteriore altera la fisionomia della fattispecie, nel senso che ne sopprime un elemento strutturale ...; il fatto cioè, già penalmente rilevante, diventa penalmente irrilevante proprio per la soppressione di quell'elemento*". E questo nel caso in esame, ci dice la Corte, non accade, perché qui il legislatore non ha espunto alcun elemento dal fatto tipico, limitandosi ad aggiungerne uno nuovo, ovvero la punibilità del privato indotto. Nessun problema allora? Non proprio.

Il punto è che l'idea che vi sia *abolitio criminis* quando si "sopprime" un elemento del fatto tipico appare davvero difficile da condividere. Il venir meno di un elemento specializzante – ipotesi diversa da quella dell'*abrogatio sine abolitione* ricordata in sentenza –, ad esempio, determinerà l'espansione dell'ambito di tipicità. Nel contempo, l'inserimento di un nuovo elemento possiede l'attitudine a determinare una – parziale o totale – *abolitio*, perché fatti in precedenza tipici potrebbero ben difettare proprio dell'elemento ulteriore, successivamente inserito. Non nel caso di specie – scrive il collegio –, perché qui la struttura del fatto oggetto di incriminazione non ha subito alterazioni: "*la prevista punibilità dell'indotto non investe direttamente la struttura tipica del reato, ma interviene, per così dire, solo al suo esterno*". Non entro nel merito dell'argomentazione, non mi domando se la punibilità del pubblico agente, secondo la Corte, si collochi anch'essa all'esterno oppure no. Immagino di sì, immagino si voglia dire che una cosa è il fatto tipico, altra l'individuazione dei soggetti chiamati a risponderne, che non c'è stata alcuna alterazione strutturale perché il "fatto" è sempre lo stesso, per nulla sfiorato dal

¹⁴ Cass., 11 gennaio 2013, rv. 254620.

dato che un suo attore da vittima ne sia diventato autore.

Ma le cose non stanno in questi termini, men che meno nella ricostruzione delle SS. UU. I significati di costrizione e di induzione elaborati dalla Corte sono infatti profondamente differenti da quelli riconosciuti loro in passato, e ciò accade proprio perché viene assunta a baricentro ricostruttivo la neo-introdotta punibilità del privato indotto. E' questo, infatti, a giustificare i binomi differenziali minaccia/non minaccia (non può punirsi chi viene minacciato) e *damno vitando/lucro captando* (l'obiettivo di conseguire un ingiusto profitto come elemento essenziale dell'induzione indebita, proprio in ragione della punibilità del privato). In altre parole, nella ricostruzione delle SS. UU., *la punibilità dell'indotto investe direttamente la struttura tipica del reato, e interviene* – per così dire – *decisamente al 'suo interno'*.

Ora, a prescindere dallo specifico della sentenza in esame, va detto che significative difficoltà in tema di diritto intertemporale qui evidentemente si pongono, che con ogni probabilità verranno superate in nome dell'opportunità, e che non sarà particolarmente agevole coniugare tale risultato con una rigorosa conformità a *ius* delle soluzioni offerte. Ecco, la ricostruzione operata dalle SS. UU. della struttura dei delitti di cui agli artt. 317 e 319-quater c.p. acuisce enormemente il problema, rendendolo – a rigore – pressoché irrisolvibile.

10. Conclusioni.

In sintesi, la decisione delle SS.UU., relativa all'individuazione dei criteri distintivi tra i delitti di concussione e di induzione indebita, non è in alcun modo condivisibile. Si dirà che il problema di fondo era estremamente complesso, cosa della quale non sono, in realtà, pienamente convinto, perché non mi sembra così difficile cogliere la differenza di significato tra *costringere* e *indurre*. I termini non sono ambigui: costringere significa non lasciare alternative, indurre operare una pressione di tipo psicologico sull'interlocutore. D'accordo, argomentando in questi termini c'è il rischio di essere superficiali, né esiste mai davvero una soluzione ermeneutica obbligata, dovendo il dato semantico essere vagliato alla luce dei valori, e dei principi, che caratterizzano il sistema ordinamentale di riferimento. Ma non v'è dubbio che il problema si complica all'inverosimile, e la soluzione smarrisce adeguate coordinate di ragionevolezza, se si arriva a ritenere – come fa la Corte – che *costringere* e *indurre*, nelle accezioni di cui agli artt. 317 e 319-quater c.p., posseggono un significato totalmente diverso da quello che la semantica riconosce loro – *rectius*: che non necessariamente significano quel che significano –, anche perché, a questo punto, si può sostenere davvero di tutto, soprattutto se i vincoli di coerenza e di rigore ermeneutico-argomentativo appaiono fortemente sfumati.

Comunque, ritornando alla decisione delle SS. UU., la cosa più inquietante – a mio avviso – è che essa risulta pericolosa per la stessa, già di per sé fragile, tenuta democratica del sistema. Non solo infatti, e non è poco, la Cassazione finisce per abdicare alla sua funzione nomofilattica, ma nel contempo, recependo una serie di criteri intimamente contraddittori, apre la strada a un futuro estremamente insidioso in cui gli stessi principi fondanti, e identitari, rischiano di disperdersi in un mare oscuro retto da regole a noi ignote, se non dal tendenziale arbitrio. A fronte di due fattispecie i cui confini vengono ricostruiti in modo assolutamente fluido, con gli indici di alterità che si affollano, si sovrappongono, si contraddicono, chiunque – sulla base di parametri non verificabili – potrà essere ritenuto responsabile dell'uno o dell'altro reato, chiunque potrà essere indifferentemente ritenuto autore o vittima, chiunque – o, più esattamente, "qualcuno" – potrà essere ritenuto non responsabile pur avendo indiscutibilmente abusato della sua qualità, operato una pressione totalmente indebita sui suoi interlocutori, indotto gli stessi ad avvantaggiare taluno nello sprezzo di qualsiasi regola (qui, in effetti, si viene investiti da una inquietante sensazione di *déjà vu*), argomentando che *non erano presenti gli elementi non scritti di fattispecie*. Siamo ai limiti del paradosso, ancor di più se si tratta di elementi inseriti nella struttura dell'illecito in assenza di un rigoroso, condivisibile fondamento teorico o razionale.

Molte cose, insomma, avrebbero dovuto trattenere la Corte dall'intraprendere questo pericolosissimo viaggio. Così non è stato.

Un po' come Ulisse, insomma, l'Ulisse di Dante¹⁵. Una volta ritornato a Itaca (lui, che

¹⁵ Dante, *Inferno*, XXVI.

almeno l'aveva trovata), decide infatti di partire nuovamente, lasciandosi alle spalle tutto ciò conosceva: nessuna delle cose che avrebbero dovuto trattenerlo riesce infatti a prevalere *sull'ardore a divenir del mondo esperto e de li vizi umani e del valore*. Nulla poté fermarmi, racconta l'eroe, e *misi me per l'alto mare aperto*. Ma era un mare sconosciuto e denso di ostacoli insuperabili, da cui non riuscì più a fare ritorno.

Noi, forse, siamo ancora in tempo per invertire la rotta.

LA RESCISSIONE DEL GIUDICATO EX ART. 625 TER C.P.P.: UN ISTITUTO DA RIMEDITARE

Marta Bargis

ABSTRACT

Il rimedio restitutorio della rescissione del giudicato, inserito nel codice di rito penale dalla l. 28 aprile 2014, n. 67, viene analizzato in chiave critica: la scelta del legislatore di affidare la competenza funzionale in materia alla Corte di Cassazione appare improvvida e la tecnica normativa, lacunosa e sciatta, dà luogo ad innumerevoli risvolti problematici. Anche talune indicazioni provenienti dalla sentenza delle Sezioni Unite che si è occupata dell'istituto non possono considerarsi come dei punti fermi. Sarà il futuro a riservare nuovi sviluppi.

SOMMARIO

1. Rescissione del giudicato e competenza funzionale della Corte di Cassazione: un "peccato originale"? – 2. La tecnica normativa, tra silenzi e sciatte, di fronte alle Sezioni Unite: *a)* considerazioni scontate e occasioni perdute. – 3. Segue: *b)* soluzioni opinabili. – 4. Segue: *c)* un'interpretazione sistematica a garanzia della libertà personale. – 5. Problematiche concernenti il giudizio di rinvio conseguente alla rescissione del giudicato. – 6. Futuribili.

* Catedrática de Derecho penal, Universidad de Cádiz. Grupo de Investigación del Plan Andaluz de Investigación SEJ/378 "Sistema penal y actividad económica" (Investigador responsable: Juan María Terradillos Basoco).

1.

Rescissione del giudicato e competenza funzionale della Corte di Cassazione: un “peccato originale”?

La rescissione del giudicato, introdotta mediante l'interpolazione dell'art. 625 *ter* c.p.p. ad opera dell'art. 11 comma 5 l. 28 aprile 2014, n. 67, completa, quale valvola di chiusura, la manovra normativa che ha espunto dal nostro ordinamento la figura del contumace, disciplinando nel contempo il processo in assenza. Si tratta, in altre parole, di un rimedio restitutorio finale, posto a presidio delle situazioni in cui non abbiano funzionato gli altri rimedi previsti dalla medesima l. n. 67 del 2014 in via preventiva (cioè la sospensione del processo *ex* art. 420 *quater* comma 2 c.p.p.) o in via restitutoria nella fase processuale di primo grado (artt. 420 *bis* commi 4-5 e 489 comma 2 c.p.p.) e nelle fasi di impugnazione ordinaria (artt. 604 comma 5 *bis* e 623 comma 1 lett. *b* c.p.p.).

La terminologia utilizzata per denominare l'istituto è nuova in sé, nel senso che compare per la prima volta nel tessuto del codice di rito penale, ma, ovviamente, non è nuovo il procedimento ad essa sotteso¹. In particolare, per assonanza, non si può non ricordare che, vigendo il c.p.p. 1930, il giudizio di revisione era appunto strutturato nelle fasi rescindente e rescissoria (la prima si svolgeva davanti alla Corte di Cassazione, la seconda, eventuale, davanti al giudice di rinvio: art. 561 c.p.p. 1930) e che ancora oggi, pur essendo funzionalmente competente a decidere sulla richiesta di revisione la Corte di appello individuata secondo i criteri di cui all'art. 11 c.p.p. (art. 633 comma 1 c.p.p.), parte della giurisprudenza – a testimonianza di come il passato sia “duro a morire” – continua a ricondurre la valutazione d'inammissibilità ad una fase rescindente, benché l'oggetto della valutazione preliminare della Corte di appello non sia più la rescissione del giudicato, ma unicamente l'ammissibilità della richiesta di revisione². Va, peraltro, sottolineato come l'antica struttura del giudizio di revisione sia stata solo riecheggiata dal legislatore del 2014 per la rescissione del giudicato di nuovo conio: infatti, quando la Corte di Cassazione accoglie la richiesta «revoca la sentenza e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado», cioè si comporta come la Corte di appello che giudica sulla richiesta di revisione senza dare luogo alla fase rescissoria (l'art. 637 comma 2 c.p.p. prescrive che tale giudice «revoca la sentenza di condanna o il decreto penale di condanna e pronuncia il proscioglimento indicandone la causa nel dispositivo»)³. Il codice abrogato, invece, parlava di annullamento con rinvio (art. 561 comma 1 c.p.p. 1930, ai sensi del quale «la Corte di Cassazione, se ammette la revisione, annulla la sentenza o le sentenze di condanna, ordinando il rinvio a nuovo giudice, quando il caso lo richiede»), adottando anche in rapporto a una sentenza di condanna irrevocabile lo schema tipico delle pronunce di accoglimento da parte della Corte di Cassazione. Ma, come meglio si vedrà, l'art. 625 *ter* c.p.p. non brilla per purezza formale, caratterizzandosi, piuttosto, per lacune e sciatterie.

Nell'intento di classificare la rescissione del giudicato, la si può certamente inquadrare tra le impugnazioni straordinarie: non già perché l'art. 625 *ter* c.p.p. è collocato subito dopo l'art. 625 *bis* c.p.p., disciplinante il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto⁴, ma perché ha inequivocabilmente ad oggetto una «sentenza passata in giudicato» (art. 625 *ter* comma 1 c.p.p.), che si mira a travolgere (riconducendo il processo in primo grado). Non senza precisare, peraltro, che si tratta di una impugnazione straordinaria di tipo ibrido⁵, in quanto soggetta ad un termine perentorio, dovendo la richiesta venire presentata, a pena di inammissibilità, «entro trenta giorni dal momento dell'avvenuta conoscenza del procedimento» (art. 625 *ter*

¹ V., sul punto, le considerazioni di C. CARVELLI, *Rescissione del giudicato e reformatio in peius*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, pp. 1043 s.

² In proposito v. A. PRESUTTI, *Art. 634*, in G. CONSO-G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2^a ed., Cedam, Padova, 2015, p. 2817.

³ Analogamente, l'art. 673 c.p.p., che nella rubrica (*Revoca della sentenza per abolizione del reato*) e nel testo utilizza la locuzione «revoca», non prevede distinzione tra fase rescindente e fase rescissoria.

⁴ D'altronde, non tutta la dottrina è d'accordo nel riconoscere al ricorso straordinario per errore di fatto – a dispetto della nomenclatura – la natura di impugnazione straordinaria (in specie v. A. CAPONE, *Gli errori della Cassazione e il diritto al controllo di legittimità*, Cedam, Padova, 2005, p. 184). Per un quadro aggiornato delle posizioni dottrinali cfr. L. SCOMPARI, *Art. 625 bis*, in G. CONSO-G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 2780.

⁵ Cfr. M. BARGIS, *Impugnazioni*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, 7^a ed., Cedam, Padova, 2014, p. 934. Tale carattere ibrido apparenta, a meri fini classificatori, la rescissione del giudicato e il ricorso straordinario per errore di fatto (con riguardo a quest'ultimo, v. M. BARGIS, *ibidem*; F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 1168). Per una critica al concetto di impugnazione straordinaria ibrida, che sarebbe privo della capacità di descrivere in modo sintetico il rapporto tra rimedi processuali e formazione del giudicato, v. però A. CAPONE, *Gli errori della Cassazione*, cit., pp. 184 s., nota 5.

comma 2 c.p.p.), locuzione, quest'ultima, su cui avremo occasione di ritornare fra breve⁶.

V'è chi ha scorto nell'art. 625 *ter* c.p.p. una sorta di «epilogo, nel solco del lungo e complesso travaglio esegetico volto a reperire uno strumento straordinario volto a dare attuazione alle sentenze di condanna pronunciate dalla Corte europea dei diritti umani nei confronti dell'Italia»⁷. Ora, è vero che nella relazione di accompagnamento al testo in seguito approvato si afferma che sull'istituto in questione «si potranno poi innestare» anche i casi di «processo dichiarato ingiusto dalla Corte europea dei diritti umani»⁸, con il velato proposito di eliminare dall'ordinamento il caso di «revisione europea» introdotto dalla Corte costituzionale⁹, ma, pur con tutti gli aspetti irrisolti di quest'ultimo caso¹⁰, un innesto del tipo prefigurato potrebbe farci «cadere dalla padella nella brace». Come si è giustamente osservato, infatti, non è corretto leggere nel nuovo istituto «la matrice ideale delle forme di esecuzione delle condanne maturate dall'Italia in sede europea»: il risvolto indesiderabile sta nella generalizzazione di «un rimedio talora addirittura sproporzionato rispetto alla violazione accertata, la quale non sempre impone che il processo nazionale regredisca sino all'esordio del giudizio di primo grado»¹¹.

Rebus sic stantibus, comunque, l'art. 625 *ter* c.p.p. va analizzato nella sua attuale sfera applicativa e, piuttosto, ne va evidenziata la connessione con la riscrittura dell'art. 489 c.p.p. dovuta all'art. 10 comma 1 l. n. 67 del 2014: nella versione iniziale di tale norma, si prevedeva (al comma 3) che, nel corso del giudizio di revisione, il condannato (*rectius*, imputato) già contumace potesse chiedere di rendere le dichiarazioni spontanee previste dall'art. 494 c.p.p., che venivano assunte, con le garanzie difensive, dal magistrato di sorveglianza del luogo in cui egli si trovava. Nell'odierno testo la previsione non compare più, perché oggi, soppressa la figura del contumace, il condannato in assenza può, sussistendone le condizioni, chiedere la rescissione del giudicato.

Prima di esaminare l'art. 625 *ter* c.p.p. attraverso la lente delle Sezioni Unite¹², si deve accennare al vero *punctum dolens* della scelta legislativa, una sorta di «peccato originale» che sarebbe auspicabile venisse superato *de iure condendo*¹³: ci si riferisce alla improvvida idea di attribuire alla Corte di Cassazione la competenza funzionale a decidere sulla richiesta di rescissione del giudicato¹⁴. Documentando un preoccupante «scollamento» tra politica e realtà, l'opzione segue la via opposta a quella di recente indicata sia dall'interno della Corte di Cassazione¹⁵ (e, da questo punto di vista, stupisce che le Sezioni Unite non abbiano dedicato neppure una riga al tema) sia dalla dottrina processualpenalistica e, in particolare, dall'Associazione tra gli studiosi

⁶ V. *infra*, § 2.

⁷ Cfr. P. TONINI-C. CONTI, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 517.

⁸ Lo ricorda S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *questa Rivista*, n. 2/2014, p. 101.

⁹ Con la sentenza n. 113 del 7 aprile 2011 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost. in rapporto all'art. 46 c.e.d.u., dell'art. 630 c.p.p. «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

¹⁰ Per una panoramica v. A. PRESUTTI, *Art. 630*, in G. CONSO-G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., pp. 2812 s.

¹¹ In tal senso H. BELLUTA, *Le impugnazioni come rimedi ripristinatori: verso il giusto processo in assenza dell'imputato*, § 4 (saggio di prossima pubblicazione in un volume collettaneo di commento alla l. n. 67 del 2014, a cura di M. Daniele-P.P. Paulesu, Giappichelli, Torino, 2015). Per S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena*, cit., p. 102, nota 16, invece, il nuovo istituto racchiuso nell'art. 625 *ter* c.p.p. potrebbe offrire «potenzialità ben più armoniose» rispetto a quelle scaturenti dall'art. 630 c.p.p., come rivisitato dalla sentenza costituzionale n. 113 del 2011.

¹² Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 17 luglio 2014, Burba, in *Guida dir.*, 2014, n. 40, p. 20, con commento di R. BRICCHETTI, *Per i giudizi in contumacia anteriori alla riforma vale la disciplina sulla restituzione nel termine*, *ivi*, pp. 24 ss.; e in *Dir. pen. cont.*, 5 dicembre 2014, con nota di J. DELLA TORRE, *Le Sezioni Unite sulla rescissione del giudicato: nonostante i primi chiarimenti l'istituto rimane problematico*.

¹³ Su tale prospettiva v. *infra*, § 6.

¹⁴ Critiche sulla scelta sono state espresse, fra i primi commentatori, da A. DE CARO, *Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in www.archiviopenale.it, p. 24. V. pure D. CHINNICI, *La sospensione del processo e il rito degli irreperibili tra novità e ambiguità*, *ivi*, p. 12; C. CARVELLI, *Rescissione del giudicato*, cit., pp. 1042 s.

¹⁵ Come documentano le Relazioni sull'amministrazione della giustizia presentate del Primo Presidente della Corte di Cassazione in occasione delle ultime inaugurazioni dell'anno giudiziario.

del processo penale, attraverso le due stesure della c.d. Carta di Napoli¹⁶. Se la parola d'ordine è una ragionevole deflazione dei giudizi di legittimità¹⁷, non si comprende perché gravare la Suprema Corte di una ulteriore decisione che avrebbe potuto venire utilmente demandata ad un giudice di merito: pur nel silenzio della norma, infatti, è chiaro che, nel caso specifico, la Corte di Cassazione diventa «giudice della “prova” [...] e del “merito”, del fatto processuale dell'assenza, nei termini dedotti dal ricorrente, autorizzato alla rilettura di tutti gli atti del processo utili per valutare la domanda»¹⁸. Certamente la disciplina intertemporale introdotta dalla l. 11 agosto 2014, n. 118, attraverso l'inserimento dell'art. 15 *bis* (Norme transitorie) nella l. n. 67 del 2014¹⁹ (e sostanzialmente anticipata, quanto all'art. 625 *ter* c.p.p., dalla pronuncia delle Sezioni Unite alla quale si è appena fatto richiamo)²⁰, produrrà un contenimento dei flussi di richieste di rescissione del giudicato, ma la questione di principio permane intatta.

2.

La tecnica normativa, tra silenzi e sciatterie, di fronte alle Sezioni Unite: a) considerazioni scontate e occasioni perdute.

Si è anticipato come la tecnica normativa impiegata nel redigere l'art. 625 *ter* c.p.p. si caratterizzi per lacunosità e sciatterie. Rilievo, quest'ultimo, che traspare altresì dalla decisione del Primo Presidente della Corte di Cassazione di assegnare d'ufficio, con decreto in data 29 maggio 2014, la prima richiesta di rescissione del giudicato alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 610 comma 2 c.p.p., rilevando che il nuovo istituto implicava «la definizione di inedite modalità procedurali e la soluzione di problemi di diritto intertemporale, aspetti entrambi di speciale importanza»²¹.

Il primo aspetto, relativo alle modalità procedurali, è quello che più interessa per la pratica applicazione dell'istituto e spiega perché, al di là della risoluzione del pur nevralgico nodo intertemporale, le Sezioni Unite vi si siano a lungo intrattenute. Tuttavia, gli aspetti affrontati e le corrispondenti indicazioni offerte non si possono porre tutti sullo stesso piano: accanto a considerazioni che potremmo definire scontate per la “grammatica” processuale e ad occasioni perdute, troviamo affermazioni opinabili fatte passare come incontroverse, e interpretazioni sistematiche ispirate invece a condivisibili obiettivi di garanzia.

Cominciando dalle affermazioni scontate, il primo problema affrontato dalle Sezioni Unite concerne le modalità e il termine di presentazione della richiesta di rescissione (art. 625 *ter* comma 2 c.p.p.) da parte dei soggetti legittimati, cioè – a pena di inammissibilità – l'interessato (definito dal comma precedente come il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato²², nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, qualora provi che tale assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata

¹⁶ La prima stesura della c.d. Carta di Napoli, elaborata in un incontro preparatorio svoltosi appunto a Napoli il 18 maggio 2012, conteneva le proposte dell'ASPP, da presentare al Convegno annuale tenuto a Roma, presso la Corte di Cassazione, nei giorni 27-29 settembre 2012: in ordine a tale stesura v., anche in chiave critica, M. BARGIS-H. BELLUTA, *Rimedi per i “mali” della Corte di Cassazione: ovvero “Carta di Napoli” e dintorni*, in M. BARGIS-H. BELLUTA, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 303 ss. La seconda stesura della c.d. Carta di Napoli è stata varata dopo un ulteriore Convegno tenutosi a Napoli, presso l'Università Parthenope, il 13 giugno 2014, nel quale si è discusso il tema “Quali confini per la Corte Suprema. Riforme urgenti della Cassazione penale”: nel preambolo si osserva, tra l'altro, che «il legislatore si è mostrato insensibile» all'aggravarsi, rispetto al 2012, del fenomeno della «valanga dei ricorsi», là dove «ha previsto recentemente la ricorribilità in Cassazione a proposito della sospensione del procedimento con messa alla prova (art. 464 *quater* comma 7 c.p.p. introdotto dalla legge n. 67/2014) e con riguardo al nuovo istituto della rescissione del giudicato (art. 625 *ter* c.p.p.), provvedimenti che avrebbero meritato un controllo da parte del giudice di merito».

¹⁷ V. i contributi raccolti in *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Atti del Convegno, Roma, 27-29 settembre 2012, Giuffrè, Milano, 2014 (in Appendice è pubblicata la prima stesura della c.d. Carta di Napoli).

¹⁸ Cfr. R. BRICCHETTI, *Per i giudizi in contumacia*, cit., p. 26; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 104. V. anche le considerazioni di P. SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo “in assenza” dell'imputato*, Rel. III/07/2014, in www.cortedicassazione.it, p. 59.

¹⁹ Su tale innovazione v. R. BRICCHETTI, *Dopo il necessario intervento legislativo “spartiacque” per i giudizi al 17 maggio 2014*, in *Guida dir.*, 2014, n. 36, pp. 53 s.

²⁰ Su questo profilo si rinvia a J. DELLA TORRE, *Le Sezioni Unite*, cit., pp. 12-14, anche per le citazioni bibliografiche.

²¹ Al riguardo v. G. LEO, *Subito alle Sezioni unite la nuova procedura di “rescissione del giudicato” (e la disciplina transitoria per il processo in assenza)*, in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2014.

²² Nel caso di persona sottoposta a misura di sicurezza, la sentenza passata in giudicato può essere anche di proscioglimento: si nota qui una differenza rispetto alla pregressa disciplina della contumacia, dove «la restituzione nel termine per impugnare valeva per qualunque tipologia di sentenza, e dunque pure per le sentenze di proscioglimento che non avessero disposto misure di sicurezza» (M. BARGIS, *Impugnazioni*, cit., p. 1060).

conoscenza della celebrazione del processo medesimo) o un difensore munito di procura speciale autenticata nelle forme dell'art. 583 comma 3 c.p.p.²³. Quanto alle modalità, nel silenzio della legge ci si domanda dove vada presentata la richiesta di rescissione: le Sezioni Unite esordiscono sottolineando come si potrebbe pensare che tale richiesta vada depositata nella cancelleria della Corte di Cassazione, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 625 *bis* comma 2 c.p.p. nel caso di ricorso straordinario per errore di fatto. Ragionamento, a dire il vero, che non regge: se nell'art. 625 *bis* comma 2 c.p.p., trattandosi di errori contenuti nei provvedimenti della stessa Corte di Cassazione, il legislatore ha inteso semplificare le modalità procedurali, espressamente statuendo che la richiesta per la correzione dell'errore di fatto «è proposta dal procuratore generale o dal condannato, con ricorso presentato alla Corte di Cassazione entro centottanta giorni dal deposito del provvedimento», mentre ha taciuto sul punto nell'art. 625 *ter* c.p.p., se ne può solo concludere che nel secondo caso devono valere le regole generali²⁴.

A questa ovvia conclusione pervengono, alla fine, pure le Sezioni Unite, ritenendo applicabile l'art. 582 c.p.p.: dunque, la richiesta di rescissione va presentata «nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato» (art. 582 comma 1 c.p.p.)²⁵, da intendersi – si precisa – come «cancelleria del giudice la cui sentenza è stata posta in esecuzione». Assai meno convincente è l'argomento addotto per avvalorare l'applicabilità delle regole generali sulla presentazione delle impugnazioni, fondato sull'esplicito riferimento, contenuto nell'art. 625 *ter* comma 2 c.p.p., all'art. 583 comma 3 c.p.p. per le forme di autenticazione della procura speciale: qui, infatti, una volta ammesso che la richiesta di rescissione, vista come atto «personalissimo» dell'interessato, possa essere presentata anche da un difensore munito di procura speciale, diventava necessitato il richiamo alle forme di autenticazione dettate dall'art. 583 comma 3 c.p.p. (del resto, previsioni consimili si rinvenivano altresì al di fuori della tematica delle impugnazioni: cfr., ad esempio, gli artt. 438 comma 3 e 446 comma 3 c.p.p.). Discorso analogo vale per l'accostamento proposto dalle Sezioni Unite fra la richiesta di rescissione del giudicato e la richiesta di rimessione del processo – accomunate dalla non appartenenza al *genus* del ricorso – che emergerebbe dalla disciplina dettata nell'art. 46 commi 1 e 3 c.p.p.: di nuovo, una previsione resa necessaria dal fatto che l'istituto della rimessione è estraneo alla tematica delle impugnazioni. Essendo viceversa la rescissione del giudicato un'impugnazione (sia pur straordinaria, come riconoscono le Sezioni Unite, instaurando un parallelo con la richiesta di revisione, senza peraltro rilevare il carattere ibrido del nuovo istituto), nel silenzio della legge si applicherà l'art. 590 c.p.p. sulla trasmissione di atti in seguito all'impugnazione.

Le Sezioni Unite non si soffermano più di tanto, invece, sul *dies a quo* relativo al termine entro cui presentare la richiesta di rescissione del giudicato, individuato, come già detto, dall'art. 625 *ter* comma 2 c.p.p., a pena di inammissibilità, in «trenta giorni dal momento dell'avvenuta conoscenza del procedimento». Probabilmente preoccupata dalle particolari evenienze del caso concreto²⁶, la Corte nel suo massimo consesso ha perduto l'occasione di fare chiarezza sulla sciatta formula legislativa, che riferisce l'avvenuta conoscenza al procedimento, invece che al processo, come sarebbe stato corretto, visto che i presupposti per la richiesta di rescissione, espressi nell'art. 625 *ter* comma 1 c.p.p., sono imperniati per l'appunto sulla mancata incolpevole conoscenza della celebrazione del processo. In conclusione, la confusa locuzione legislativa va riferita alla conoscenza del processo²⁷, che dovrebbe concretarsi, di regola, nella conoscenza del provvedimento, cioè della sentenza irrevocabile²⁸.

²³ Pertanto, la procura potrà venire autenticata dal difensore medesimo (v. anche art. 122 comma 1 periodo secondo c.p.p.). Secondo A. DIDI, *Novità in materia di impugnazioni e di restituito in integrum*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Giappichelli, Torino, 2014, p. 225, si è così inteso «impedire che, nell'eventuale successiva fase rescissoria, il condannato possa eccepire di non aver avuto conoscenza del processo».

²⁴ Tuttavia, non è mancato chi ha ritenuto che la richiesta di rescissione andasse presentata direttamente alla Corte di Cassazione: v., ad esempio, R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Processo sospeso*, cit., p. 103; A. DE CARO, *Processo in absentia*, *ibidem*, che, peraltro, riconduce la richiesta di rescissione al *genus* del ricorso per cassazione.

²⁵ In tal senso, in dottrina, M. BARGIS, *Impugnazioni*, cit., p. 1061; S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena*, cit., p. 102; P. TONINI-C. CONTI, *Il tramonto della contumacia*, *ibidem*; P. SILVESTRI, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 58.

²⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 17 luglio 2014, Burba, cit., punto 3 del Considerato in diritto.

²⁷ In tema v. *infra*, § 3.

²⁸ Cfr. M. BARGIS, *Impugnazioni*, cit., pp. 1061 s.; S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena*, cit., p. 102, nota 15; nonché, più di recente, G. BISCARDI, *Eclissi della contumacia e sospensione per irreperibilità, tra conoscenza legale e conoscenza reale del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 6, p. 119.

3.

Segue: b) soluzioni opinabili.

Le Sezioni Unite si occupano in seguito di altri due profili dell'art. 625 *ter* c.p.p.: il primo, risultante in modo espresso dal disposto normativo, concerne l'onere probatorio in capo all'interessato; il secondo, che ricade nel dimentico silenzio del legislatore, riguarda la procedura da seguire davanti alla Corte di Cassazione di fronte a una richiesta di rescissione del giudicato. Come subito si dirà, le risposte fornite dalle Sezioni Unite per entrambi i profili danno luogo ad affermazioni opinabili.

Dalla lettera dell'art. 625 *ter* comma 1 c.p.p., secondo cui il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, può chiedere la rescissione del giudicato qualora provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo medesimo²⁹, le Sezioni Unite traggono l'innegabile conclusione dell'esistenza di «un onere a carico del richiedente di allegazione della documentazione a sostegno». Si tratta di quell'inversione dell'onere probatorio – rispetto alla previgente disciplina della restituzione nel termine per impugnare prevista per il contumace dall'art. 175 comma 2 c.p.p., nel testo riformulato dal d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, convertito con l. 22 aprile 2005, n. 60 – prontamente denunciata dai primi commentatori³⁰, preoccupati dalle conseguenze negative prospettabili sul piano europeo, costituendo la nuova disciplina, da questa angolatura, un passo indietro rispetto alla pur criticabile riforma del 2005.

Ma le Sezioni Unite non sponano tali preoccupazioni; anzi, in modo piuttosto apodittico, vista la delicatezza della problematica, si esprimono per la «plausibilità» della previsione, che risiederebbe negli «specifici accertamenti ora demandati al giudice ai fini della verifica dei presupposti per la dichiarazione di assenza», ai sensi del novellato art. 420 *bis* c.p.p.³¹

A parte il fatto che di questo onere probatorio a carico del richiedente dovrebbe darsi un'interpretazione convenzionalmente conforme³², a non convincere è il fondamento ravvisato dalle Sezioni Unite alla sua plausibilità, da cui traspare una non completa comprensione della sfera applicativa dell'istituto. Va rammentato, infatti, che per poter chiedere la rescissione del giudicato l'interessato deve dimostrare la propria incolpevole mancata conoscenza del processo, «a nulla rilevando la sua eventuale pregressa conoscenza del procedimento»³³. Ne consegue che anche il richiedente, il quale a suo tempo sia stato senz'altro a conoscenza del procedimento a suo carico (ad esempio, per avere dichiarato o eletto domicilio o per avere nominato un difensore di fiducia durante le indagini preliminari), potrà provare di non avere poi avuto, incolpevolmente, effettiva conoscenza della celebrazione del processo³⁴. In altri termini, il rimedio restitutorio della rescissione è esperibile pure qualora l'art. 420 *bis* comma 2 c.p.p. sia stato correttamente applicato, non pretendendo la normativa una corrispondenza biunivoca tra pregressa patologia e praticabilità del rimedio.

La sbrigativa presa di posizione delle Sezioni Unite potrebbe dunque rientrare nel novero delle occasioni perdute³⁵, se non fosse parzialmente bilanciata da altre considerazioni. Premes-

²⁹ Da notare che nell'art. 625 *ter* comma 1 c.p.p., a differenza di quanto previsto nell'art. 420 *bis* comma 4 c.p.p., non viene richiamata la situazione nella quale il condannato dimostri che versava nell'assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento e che la prova di tale impedimento è pervenuta con ritardo senza sua colpa (cfr. M. BARGIS, *Impugnazioni*, cit., p. 1060; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Processo sospeso*, *ibidem*; A. DIDI, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., p. 224 e, per un esempio concreto, p. 231).

³⁰ In senso critico cfr., *ex multis*, M. BARGIS, *Impugnazioni*, cit., p. 1061; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 98; C. CARVELLI, *Rescissione del giudicato*, cit., pp. 1041 s.; A. DIDI, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., p. 232; S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena*, cit., p. 102; e, con particolare veemenza, P. TONINI-C. CONTI, *Il tramonto della contumacia*, cit., p. 518.

³¹ Per considerazioni in parte analoghe, sia pure con qualche dubbio concreto da sciogliere nella prassi, v. C. CARVELLI, *Rescissione del giudicato*, cit., p. 1042. V. altresì P. TONINI-C. CONTI, *Il tramonto della contumacia*, cit., p. 516, a parere dei quali il presupposto per la richiesta di rescissione del giudicato «è che si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, evidentemente sulla base di una errata valutazione dei presupposti di cui all'art. 420-*bis*» c.p.p.

³² In argomento v. le riflessioni di S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena*, cit., pp. 105 s.

³³ Cfr. F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 667 (il medesimo presupposto vale, del resto, per poter esercitare le facoltà previste dall'art. 420 *bis* comma 4 c.p.p., in caso di comparizione tardiva).

³⁴ V. ancora, con chiarezza, F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari*, cit., p. 668: «Questo significa che la rescissione del giudicato va disposta anche quando l'imputato – sussistendo le condizioni di cui all'art. 420-*bis* comma 2 – sia stato giudicato *in absentia* del tutto legittimamente» (v. inoltre i rilievi espressi *ivi*, p. 664).

³⁵ Tale la considera J. DELLA TORRE, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 11.

so che la decisione sulla richiesta di rescissione «presuppone inevitabilmente l'esame degli atti del procedimento di merito», le Sezioni Unite ritengono che – fermo restando l'onere di allegazione in capo al richiedente – alla Corte di Cassazione non sia inibita «l'acquisizione, eventualmente anche in sede di esame preliminare, di documentazione integrativa, potendo essere necessario chiarire aspetti ambigui o colmare possibili lacune o verificare la rispondenza della documentazione esibita alla realtà processuale»³⁶. In sostanza, una indicazione alle sezioni singole (compresa la sezione-filtro), nel senso di alleggerire in qualche misura l'onere probatorio per il richiedente, che potrebbe funzionare come utile grimaldello al fine di superare eventuali atteggiamenti critici a livello europeo³⁷.

L'altro profilo preso in esame dalle Sezioni Unite concerne, come già rammentato, la procedura da seguire davanti alla Corte di Cassazione nel procedimento ai sensi dell'art. 625 *ter* c.p.p.: ancora una volta, il silenzio legislativo lascia aperta la via a più soluzioni. Secondo le Sezioni Unite va adottata la procedura c.d. *de plano* – sulla falsariga di quanto stabilisce l'art. 625 *bis* comma 4 c.p.p.³⁸ – qualora l'esito prevedibile della richiesta di rescissione sia l'inammissibilità o la manifesta infondatezza; altrimenti, la Corte di Cassazione procederà in camera di consiglio non partecipata, a norma dell'art. 611 c.p.p.

Pure in questa eventualità le soluzioni proposte paiono opinabili, essendo possibile, proprio per il silenzio del legislatore, attingere al sistema per giungere ad alternative di maggiore garanzia. Quanto alla procedura *de plano* – anche considerando che la differenza tra le finalità perseguite con i due istituti disciplinati negli artt. 625 *bis* e 625 *ter* c.p.p. non sostiene con saldezza un'applicazione analogica, oltretutto *in malam partem*, dell'art. 625 *bis* comma 4 c.p.p. – la mancanza di agganci normativi espressi fa propendere per l'applicazione della disciplina generale: in altre parole, la richiesta di rescissione del giudicato, sebbene non qualificata come ricorso, andrà sottoposta all'esame preliminare di ammissibilità da parte dell'apposita sezione-filtro, dovendo dunque venire data comunicazione, ai sensi dell'art. 610 comma 1 c.p.p., dell'avviso di deposito degli atti e della data dell'udienza, con l'enunciazione della causa di inammissibilità rilevata. Va, infatti, posto in luce che le Sezioni Unite, al fine di risolvere i propri dubbi, instaurano paralleli *ad hoc*, a seconda del caso: come si ricorderà³⁹, per giustificare l'applicabilità dell'art. 582 c.p.p. utilizzano il parallelo con l'art. 46 c.p.p., in tema di rimessione del processo (che prevede una richiesta alla Corte di Cassazione, non un ricorso): orbene, l'art. 48 comma 2 c.p.p. stabilisce che il Presidente della Corte di Cassazione, se rileva una causa d'inammissibilità della richiesta, dispone che per essa si procede a norma dell'art. 610 comma 1 c.p.p.

Venendo alla richiesta di rescissione ammissibile, il silenzio del legislatore non impedisce – vista la delicatezza del possibile travolgimento del giudicato – di optare per la camera di consiglio partecipata ai sensi dell'art. 127 c.p.p.: del resto, se non si riconduce la rescissione al *genus* del ricorso, ne consegue l'inapplicabilità sia del procedimento in camera di consiglio sia del procedimento in pubblica udienza⁴⁰. Comunque, non si può fare a meno di sottolineare il ragionamento ondivago delle Sezioni Unite, che si servono dell'art. 625 *bis* comma 4 c.p.p. per sponsorizzare il procedimento *de plano*, ma non lo tengono presente là dove – al di fuori dei casi di dichiarazione d'inammissibilità della richiesta – prevede che la Corte di Cassazione proceda in camera di consiglio *ex art.* 127 c.p.p.⁴¹.

³⁶ A dire il vero, se si ritiene applicabile l'art. 590 c.p.p. (v. *supra*, § 2), la Corte di Cassazione dovrebbe ricevere l'atto d'impugnazione (nella specie, la richiesta di rescissione e la documentazione allegata) e gli atti del procedimento, ma eventuali integrazioni resterebbero possibili.

³⁷ Per considerazioni simili v. J. DELLA TORRE, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 9, che vi ravvisa «una precisazione di fondamentale importanza per l'assetto complessivo dell'istituto».

³⁸ Quanto ai riferimenti giurisprudenziali v. L. SCOMPARIN, *Art. 625 bis*, cit., p. 2787.

³⁹ V. *supra*, § 2.

⁴⁰ Propendono invece per la trattazione in pubblica udienza G. BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., pp. 120 s. e A. DIDI, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., p. 226: ma tale trattazione è ricollegata al *genus* del ricorso dall'art. 610 commi 3 e 5 c.p.p. (lo riconosce G. BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., p. 121, nota 262).

⁴¹ Pure l'art. 48 comma 1 c.p.p., per la richiesta di rimessione del processo, stabilisce che la Corte di Cassazione decide in camera di consiglio a norma dell'art. 127 c.p.p., dopo aver assunto, se necessario, le opportune informazioni.

4.

Segue: c) un'interpretazione sistematica a garanzia della libertà personale.

Da condividere senz'altro, per la sua portata garantistica costituzionalmente orientata, è l'assunto delle Sezioni Unite secondo cui la Corte di Cassazione potrebbe adottare, anche per la rescissione del giudicato, un provvedimento di sospensione provvisoria dell'esecuzione della sentenza irrevocabile di condanna e/o di sottoposizione a misura di sicurezza. In questo caso, poi, le Sezioni Unite fanno giustamente riferimento ad una interpretazione "di sistema", richiamando allo scopo non solo l'art. 625 *bis* comma 2 c.p.p., ma altresì gli artt. 666 comma 7 e 670 comma 2 c.p.p., in materia di esecuzione. L'ancoraggio di sistema va infatti individuato nel *favor* per la libertà personale di fronte ad «aspettative del richiedente» che «appaiano *prima facie* fondate». Ai richiami normativi operati dalle Sezioni Unite può affiancarsi inoltre la sospensione dell'esecuzione prevista, nel giudizio di revisione, dall'art. 635 comma 1 c.p.p.: l'organo che la dispone si identifica, ovviamente, nella Corte di appello, ma oggetto della sospensione è l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza irrogate con sentenza irrevocabile di condanna.

Non sembra, invece, nel silenzio dell'art. 625 *ter* c.p.p., che si possa travasare, come adombrano le Sezioni Unite⁴², il presupposto relativo ai «casi di eccezionale gravità», richiesto dall'art. 625 *bis* comma 2 c.p.p. per legittimare la sospensione degli effetti del provvedimento contro il quale è stato presentato il ricorso straordinario.

5.

Problematiche concernenti il giudizio di rinvio conseguente alla rescissione del giudicato.

Qualche riflessione viene stimolata dall'ipotesi in cui la Corte di Cassazione, accolta la richiesta di rescissione del giudicato⁴³, revoca la sentenza⁴⁴ e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado⁴⁵. La scelta di regressione al giudizio di primo grado consegna sempre il processo al giudice di prime cure, in modo indipendente dalle concrete vicende di quel giudicato (a passare in giudicato potrebbe essere stata la sentenza di appello, confermata dalla Corte di Cassazione). Ci troviamo di fronte a un giudice di rinvio del tutto atipico, perché il travolgimento del giudicato, che si sostanzia nella revoca della sentenza, attribuisce al giudice di primo grado i suoi ordinari poteri, senza che dalla pronuncia della Corte di Cassazione gli derivino limiti: in questa evenienza, ad esempio, non ci saranno questioni di diritto decise dalla Corte alle quali il giudice di rinvio debba uniformarsi (come accade nel "normale" annullamento con rinvio *ex* art. 627 comma 3 c.p.p.); inoltre, sulla base di quanto appena detto, appare incongruo l'art. 627 comma 2 c.p.p.

Ci si domanda poi se siano da ritenere inapplicabili le previsioni contenute nell'art. 627 commi 1 e 4 c.p.p.⁴⁶; in proposito il discorso si fa più articolato.

L'art. 627 comma 1 c.p.p. stabilisce che nel giudizio di rinvio non è ammessa discussione sulla competenza attribuita con la sentenza di annullamento, salvo quanto previsto dall'art. 25 c.p.p.: si potrebbe allora considerare l'art. 25 c.p.p., in base al quale le decisioni della Corte di

⁴² Nega che le Sezioni Unite abbiano inteso circoscrivere il potere di sospensione nel modo previsto dall'art. 625 *bis* comma 2 c.p.p. G. BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., p. 120, nota 254.

⁴³ L'art. 625 *ter* c.p.p. tace sull'ipotesi di non accoglimento della richiesta di rescissione e quindi non chiarisce se essa possa venire ripresentata, ovviamente sulla base di elementi diversi: pone la questione e si mostra scettica, sul piano pratico, C. CARVELLI, *Rescissione del giudicato*, cit., p. 1042, ma si deve osservare che è il termine per la presentazione, stabilito a pena di inammissibilità e temporalmente piuttosto contenuto, a impedire, di fatto, una nuova richiesta. Risposta negativa è stata data anche alla possibilità di ricorrere, *ex* art. 625 *bis* c.p.p., avverso la pronuncia della Corte di Cassazione che nega la rescissione (G. BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., p. 121). Senza dubbio, peraltro, una volta esperita senza successo la richiesta ai sensi dell'art. 625 *ter* c.p.p., è ancora aperta per l'interessato la via del ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo: così la pronuncia della Corte di Strasburgo diventerebbe una "cartina di tornasole" del rapporto fra il rimedio *de quo* e l'onere probatorio che incombe su chi chiede la rescissione.

⁴⁴ Sugli effetti della revoca, che fa venire meno il titolo esecutivo, v. A. DIDI, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., pp. 227 s.

⁴⁵ Nel giudizio di primo grado si applica l'art. 489 comma 2 c.p.p. e dunque il condannato e/o il sottoposto a misura di sicurezza, che riacquisterà la qualità di imputato (l'art. 60 comma 3 c.p.p. avrebbe dovuto essere integrato con questa nuova ipotesi), sarà rimesso nel termine per formulare la richiesta di giudizio abbreviato o di patteggiamento.

⁴⁶ Risponde in senso positivo H. BELLUTA, *Le impugnazioni come rimedi ripristinatori*, cit., § 5.

Cassazione sulla competenza sono attributive della competenza medesima, salvo l'eccezione ivi contemplata, come norma informatrice del sistema e dunque applicabile pur nel silenzio dell'art. 625 *ter* c.p.p.

L'art. 627 comma 4 c.p.p. prevede, a sua volta, che nel giudizio di rinvio non possono proporsi nullità, anche assolute, o inammissibilità verificatesi nei precedenti giudizi o nel corso delle indagini preliminari. Adattando la previsione all'art. 625 *ter* c.p.p., potrebbe concludersi per la sua applicabilità parziale, nel senso che la scelta del legislatore del 2014 di non regredire alla fase preliminare potrebbe condurre a ritenere improponibili davanti al giudice di primo grado le nullità/inammissibilità verificatesi nel corso di essa.

Il carattere atipico di questo rinvio rende più semplice risolvere la problematica dell'applicabilità del divieto di *reformatio in peius* davanti al giudice di primo grado⁴⁷. La specifica decisione della Corte di Cassazione, ai sensi dell'art. 625 *ter* c.p.p., supera il *distinguo* dottrinale e giurisprudenziale tra rinvio prosecutorio e rinvio restitutorio⁴⁸: il travolgimento del giudicato fa *tabula rasa* della precedente decisione e dunque elimina in radice il termine di paragone rispetto al quale innestare un eventuale divieto di riforma in peggio. Si tratta, per così dire, di una restituzione "all'ennesima potenza", che determina un nuovo giudizio di primo grado.

Infine, e per le stesse ragioni, va data risposta positiva al quesito se in questo atipico giudizio di rinvio operi l'incompatibilità stabilita dall'art. 34 comma 1 c.p.p.⁴⁹: pertanto, il nuovo giudice di primo grado non potrà essere composto dalle stesse persone fisiche che ne facevano parte nel "vecchio" processo di primo grado, incluso nella sequenza processuale infine culminata nella rescissione del giudicato, né da persone fisiche che, in quella stessa sequenza, abbiano pronunciato sentenza in grado di impugnazione. Sembra derivarne, al di là dell'esercizio del diritto alla prova *ex art.* 493 c.p.p., la necessità di rinnovare le prove in precedenza acquisite, conformemente al principio di immediatezza (art. 525 comma 2 c.p.p.)⁵⁰: ma saranno soltanto le prossime applicazioni concrete a fornire le opportune coordinate, di fronte alle prime proposte dottrinali⁵¹.

6. Futuribili.

Che cosa riserva il futuro alla rescissione del giudicato? Se l'istituto dovesse venire mantenuto, la sua *performance* concreta si giocherà sull'applicazione che il diritto vivente fornirà alle indicazioni provenienti dalla pronuncia delle Sezioni Unite, in particolare a quelle che abbiamo definito quantomeno opinabili. Con riguardo al delicatissimo profilo dell'onere probatorio in capo al richiedente, non si può neppure escludere un coinvolgimento della Corte costituzionale per l'impossibilità, di fronte alla lettera della legge, di dare un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'innovato procedimento *in absentia*⁵².

I segnali legislativi vanno però nel senso di un intervento di modifica ispirato dalla necessità di sgravare la Corte di Cassazione di quest'ennesima incombenza. Dalla Relazione sullo "Schema di disegno di legge recante modifiche al codice penale e di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi, oltre che

⁴⁷ Pervengono alla conclusione negativa H. BELLUTA, *Le impugnazioni come rimedi ripristinatori*, cit., § 5 e C. CARVELLI, *Rescissione del giudicato*, cit., p. 1045, la quale si sofferma però su alcuni risvolti problematici (*ivi*, p. 1046). *Contra* G. BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., pp. 119 s., fondandosi su una precisazione contenuta nella sentenza costituzionale n. 113 del 2011, che, in tema di "revisione europea", si esprime per l'operatività del divieto in questione. Da un punto di vista procedurale, tuttavia, nel caso della rescissione del giudicato, la revoca della sentenza, con trasmissione degli atti al giudice di primo grado per la fase rescissoria, costituisce una forma atipica di giudizio di rinvio, che deve fare i conti con gli orientamenti formati in rapporto al giudizio di rinvio tipico.

⁴⁸ Per un quadro riassuntivo v. C. CARVELLI, *Rescissione del giudicato*, cit., pp. 1044 s.

⁴⁹ Sull'argomento v. H. BELLUTA, *Le impugnazioni come rimedi ripristinatori*, cit., § 5.

⁵⁰ Se il tempo trascorso non consentisse la rinnovazione di alcune prove, la loro "conservazione" sarebbe subordinata al consenso di tutte le parti.

⁵¹ Nel senso che, nel silenzio della norma (dove non si parla di annullamento come invece avviene negli artt. 604 comma 5 *bis* e 623 comma 1 lett. *b* c.p.p.), si applicherebbero analogicamente gli artt. 636 e seguenti in materia di revisione v. G. BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., p. 119; si pronuncia per un raccordo con la situazione contemplata dall'art. 420 *bis* comma 4 secondo e terzo periodo c.p.p. A. DIDI, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., p. 227: in sostanza, per entrambi gli autori gli atti regolarmente compiuti *in absentia* manterrebbero la loro validità, potendo però l'imputato chiederne la rinnovazione.

⁵² Tutto ruoterà sul livello dello *standard* probatorio che la giurisprudenza di legittimità pretenderà per la prova dell'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo: sul punto si rinvia alle riflessioni di J. DELLA TORRE, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 16 e di S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena*, cit., p. 106.

all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena", fatta circolare agli inizi di settembre dello scorso anno da una *newsletter* dell'Ufficio stampa del Consiglio Nazionale Forense⁵³, si apprende l'intendimento di devolvere la decisione sulla rescissione del giudicato alla Corte di appello, «di certo più attrezzata» per la tipologia di verifiche aventi ad oggetto «profili esclusivamente di merito».

Il coinvolgimento della Corte di appello – che conferma la scelta effettuata dal nuovo codice di procedura penale in tema di revisione – sembra in effetti la via migliore da percorrere. Meno convincente risulta la proposta, pur avanzata in dottrina, di attribuire la competenza funzionale al giudice dell'esecuzione⁵⁴: la “fioritura” di nuovi compiti per tale giudice, seguita a pronunce delle Sezioni Unite⁵⁵, si connette sempre ad aspetti di rideterminazione della pena, che ben si armonizzano con la sua tradizionale figura. Dovendosi, per decidere sulla rescissione del giudicato, approfondire variegati profili di merito che possono preludere al nuovo giudizio di primo grado⁵⁶, risulta preferibile affidare la competenza funzionale ad un giudice di cognizione.

⁵³ Si tratta della Newsletter n. 211 del 2 settembre 2014.

⁵⁴ V., esplicitamente, C. CARVELLI, *Rescissione del giudicato*, cit., p. 1043 e nota 23, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche. Secondo A. DE CARO, *Processo in absentia*, cit., pp. 24 s., il legislatore avrebbe dovuto costruire «una forma di incidente di esecuzione – sulla scorta del modello disegnato dall'art. 670 c.p.p. – da affidare ad un giudice di merito ovviamente diverso da quello che ha emesso la decisione viziata per evitare i prevedibili problemi di compatibilità».

⁵⁵ Da ultimo v. *Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, P.G. Napoli in proc. Gatto*, in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2014, secondo cui il giudice dell'esecuzione, per effetto della sentenza costituzionale n. 251 del 5 novembre 2012, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p., nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, sulla recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p., può affermare la prevalenza dell'attenuante, anche compiendo attività di accertamento, sempre che tale valutazione non sia stata esclusa dal giudice della cognizione (per un commento v. G. ROMEO, *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2014). In precedenza v. *Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2013, Ercolano*, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2014, che, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 3 luglio 2013, la quale aveva dichiarato l'illegittimità, per contrasto con l'art. 117 Cost. e con l'art. 7 c.e.d.u. come norma interposta, dell'art. 7 comma 1 d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito con l. 19 gennaio 2001, n. 4 (in tema di ergastolo e giudizio abbreviato), ha deciso che il giudice dell'esecuzione, investito del relativo incidente ad istanza di parte, e avvalendosi dei suoi poteri di controllo sulla permanente legittimità della pena in esecuzione (cioè l'ergastolo), è legittimato a sostituirla, incidendo sul giudicato, con quella di anni trenta di reclusione, prevista dalla più favorevole norma vigente al momento della richiesta del rito semplificato (per un commento v. F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *questa Rivista*, n. 1/2014, pp. 250 ss.).

⁵⁶ Del resto, *Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2013, Ercolano*, cit., sottolinea (punto 8 del Considerato in diritto) come, nel caso di specie, il meccanismo procedurale da utilizzare poteva venire individuato soltanto nell'incidente di esecuzione, considerata la non necessità di un nuovo accertamento di merito che imponesse la riapertura del processo: ovviamente, il richiamo era rivolto alla “revisione europea”, ma è estensibile alla rescissione del giudicato.

LA COLPA PROFESSIONALE DEL MEDICO A DUE ANNI DALLA LEGGE BALDUZZI*

Gian Marco Caletti

ABSTRACT

Il contributo si ripropone, a due anni dalla conversione in legge del controverso “Decreto Sanità”, di ricostruire un quadro complessivo dei profili della responsabilità medica interessati dalla riforma. Le maggiori criticità interpretative si incentrano sul problematico strumento delle linee guida e sul loro incerto statuto giuridico, nonché sull’inedita previsione di una punibilità solo per “colpa non lieve”. Accanto ad esse la Legge Balduzzi pone una costellazione di altri problemi applicativi tuttora irrisolti e strettamente connessi al giudizio di colpa fondato sulle linee guida, come, ad esempio, la riconduzione delle stesse al solo ambito della perizia, l’individuazione di quali direttive cliniche discolpino il sanitario e cosa si intenda per “buone pratiche”.

SOMMARIO

1. La genesi “fortuita” di una norma di difficile lettura. – 2. Un passo indietro: le linee guida e la “positivizzazione” delle *leges artis* in ambito medico. – 3. (*segue*): Il ruolo e la natura delle linee guida nell’affermazione e negazione della responsabilità colposa: le *Guidelines* tra colpa specifica e colpa generica. – 4. *In culpa sine culpa*? Il giudizio di colpa medica dopo la Legge Balduzzi. – 5. Dopo il ritorno alla colpa generica: l’esonero per colpa lieve limitato alla sola perizia. – 6. Quali linee guida? – 7. Il problema delle “buone pratiche”: rigidi protocolli o prescrizioni “*off label*”? – 8. Il limite della colpa grave come *extrema ratio* e la pretesa violazione del principio di uguaglianza da parte della Legge Balduzzi. – 9. Verso il chiarimento dei contorni di una “colpa non lieve”: grado della deviazione oggettiva dalle regole di condotta e “grimaldello” per recuperare la “misura soggettiva” dell’imputazione colposa. – 10. Le conseguenze di diritto intertemporale (dell’interpretazione della colpa grave), i soggetti interessati dalla riforma, “cenni” applicativi in caso di prestazioni plurisoggettive.

* Il presente lavoro ripropone, in versione ridotta, il contributo di prossima pubblicazione nel volume di aggiornamento del Trattato di diritto penale UTET, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa.

1. La genesi “fortuita” di una norma di difficile lettura.

Il quadro normativo relativo alla colpa professionale del sanitario si è arricchito nel dicembre 2012 di una nuova disposizione, l'art. 3, comma 1, della l. n. 189/2012 (c.d. Legge Balduzzi) che stabilisce: «L' esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il Giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo»¹.

La norma si presenta, all'evidenza, come “laconica ed incompleta”² ed è stata accolta da un diffuso scetticismo, culminato in un' articolata eccezione di illegittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Milano³. Le innegabili difficoltà che si incontrano nella lettura del nuovo testo legislativo sembrano poter essere addebitate essenzialmente a due ordini di ragioni.

La prima va rintracciata nella sua peculiare genesi che, lungi dal costituire il frutto di un intervento meditato, ha visto la norma “transitare in modo quasi accidentale” e del tutto inatteso da un piano squisitamente civilistico a quello della responsabilità penale⁴. Le sembianze dell'art. 3, infatti, sono state sostanzialmente modificate in sede di conversione del c.d. “Decreto Sanità”, il quale, nell'originaria formulazione disponeva che: «fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente

¹ PULITANO, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, in questa *Rivista*, n. 4, 2013, 73 ss.; MANNA, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2013, 1-2, 91 ss.; DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 2014, 1 ss. (del dattiloscritto); GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, 822 ss.; ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 216 ss.; BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal cd. Decreto Balduzzi*, in questa *Rivista*, n. 4, 2013, 51 ss.; VALLINI, *L'art. 3 del “Decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, *Riv. it. medicina legale*, 2013, 735 ss.; DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, cd. “Balduzzi”). Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, 833 ss.; RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 191 ss.; ID., *Linee guida e imperizia “lieve” del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 691 ss.; CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle “linee guida”, tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione del decreto sanità)*, in *Arch. pen.*, 2013, 1 ss. (del dattiloscritto); VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 276 ss.; FIORI-MARCHETTI, *L'articolo 3 della Legge Balduzzi n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, 564 ss.; PAVICH, *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica: rilievi all'art. 3 legge n. 189 del 2012*, in *Cass. pen.*, 2013, 902 ss.; PIRAS, *In culpa sine culpa*, in questa *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2012; TORRACA, “Nuovi” confini della responsabilità penale del medico dopo il c.d. decreto Balduzzi?, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2012, 817 ss.; S. GROSSO, *I profili di interesse penalistico del “decreto Balduzzi” (d.l. 158/2012, conv. in l. 189/2012): Un'indagine sui delicati rapporti tra linee guida e colpa grave*, in *Legislazione pen.*, 2013, 543 ss.; NOCCO, *Le linee guida e le “buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica” nella “Legge Balduzzi”: un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?*, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, 781 ss.; PALMA, *La progressiva affermazione delle linee-guida: il definitivo tramonto della colpa generica nell'attività medica?*, in *Indice pen.*, 2014, 585 ss.; FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle “linee guida Balduzzi”*, Milano, 2013.

² La norma è stata così definita nel § 3 della prima pronuncia di un certo rilievo in materia, vale a dirsi *Cass. pen.*, Sez. IV, 29-1-2013, n. 16237, (imp. Cantore, rel. Blaiotta), in *Cass. pen.*, 2013, 2985 ss.

³ Si fa riferimento a *Trib. Milano, Sez. IX (ord.)*, 21-3-2013 (est. Giordano), in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013, annotata da SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la “norma penale di favore” al giudizio della Corte costituzionale*. Le obiezioni formulate dal Tribunale di Milano sono destinate, almeno per il momento, a rimanere “silenti”, avendo la Consulta dichiarato la questione manifestamente inammissibile a causa dell'omessa motivazione in punto di rilevanza da parte del giudice a quo: cfr. *Corte cost.*, ord. 2-12-2013, n. 295, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2013, commentata da GATTA, *Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano*. Particolare attenzione ai più controversi profili di legittimità costituzionale avanzati dal Tribunale di Milano è prestata da MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1193 ss.

⁴ Prestano particolare attenzione alla confusa ed estemporanea genesi della norma in esame BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 60; VALLINI, *L'art. 3 del “Decreto Balduzzi”*, cit., 736; ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., 216, che nota altresì come la ragione principale che ha indotto la Commissione Giustizia ad apportare modifiche così penetranti alla prima versione della norma risieda in un'asserita violazione del principio di ragionevolezza, dal momento che, alla stregua di quanto stabilito dal Decreto, un sanitario avrebbe potuto essere considerato penalmente responsabile di un fatto, ma non anche civilmente obbligato al risarcimento dei danni da esso derivati. Secondo CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle “linee guida”, tra colpa grave e colpa lieve*, cit., 12, invece, «l'evidente intento legis consiste nell'agevolare il ricorso alla copertura assicurativa da parte del personale sanitario, in un determinato momento storico in cui, a causa dell'enorme contenzioso in tema di responsabilità medica, le compagnie assicurative sono assai restie a concedere polizze in favore del personale medesimo; ciò, lungi dal rappresentare una mera congettura interpretativa, emerge chiaramente dalla stessa collocazione topografica del comma 1 dell'art. 3 del decreto sanità, laddove il susseguente comma 2 prevede determinate misure normative, al dichiarato e testuale fine di “agevolare l'accesso alla copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie”». Concorde sul punto anche FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle “linee-guida Balduzzi”*, cit., 110. In questa prospettiva va segnalata l'importante e recentissima presa di posizione del Tribunale di Milano, di cui abbiamo notizia dalla stampa (cfr. L. FERRARELLA, *Rivoluzione in corsia. Il paziente deve provare l'errore del medico*, in *Corriere della Sera*, 13 ottobre 2014, 23), che, invertendo l'orientamento consolidatosi nella dottrina e giurisprudenza civili sulla Legge Balduzzi, ha riconosciuto la natura extracontrattuale della responsabilità del medico sulla scorta del richiamo effettuato dall'art. 3 all'art. 2043 c.c.

le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale».

Le criticità interpretative sollevate dalla norma derivano, inoltre, dall'insolita commistione di due problematiche che la dottrina aveva sempre trattato distintamente⁵. Da un lato, infatti, l'esenzione di responsabilità prevista dalla "Balduzzi" si inserisce nell'alveo del dibattito relativo all'incidenza delle linee guida sul giudizio di colpa medica e, segnatamente, all'opportunità di "positivizzare" le regole cautelari in un settore come quello sanitario, che, tra tutti gli ambiti di operatività della colpa speciale o professionale, è senz'altro il più restio a codificare le proprie *leges artis*⁶.

Dall'altro lato, all'osservanza delle linee guida la legge associa la non punibilità della colpa lieve, tema definito "*perennemente de lege ferenda*"⁷, ma il cui approfondimento in un sistema che, fino ad oggi, valorizzava il grado della colpa solo sul piano del *quantum* e pressoché mai su quello dell'*an respondeatur*,⁸ risulta estremamente limitato⁹. De *iure condito*, invece, è stata proprio la responsabilità medica a costituire il "laboratorio" privilegiato da dottrina e giurisprudenza per misurarsi con la colpa grave, veicolata nel dibattito dalla controversa questione dell'applicabilità in sede penale dell'art. 2236 c.c.¹⁰

L'inaspettata intersezione di questi due profili problematici ha dato luogo a quello che, *prima facie*, somiglia a un complesso "*rompicapo interpretativo*"¹¹, del quale, non a caso, uno dei primi commenti ha proposto un'interpretazione di fatto abrogativa, giacché sarebbe impensabile che il sanitario possa versare in colpa (per di più grave) nel rispetto delle linee guida¹².

È vero che la norma, come riconosciuto persino dai suoi dichiarati sostenitori, "*non brilla per chiarezza*" e – lo si avrà modo di apprezzare – mette a dura prova le tradizionali categorie penalistiche¹³, ma al contempo, forse in modo fortuito, coglie alcuni aspetti già sedimentati nella letteratura e nella giurisprudenza relative alle linee guida e alla colpa grave.

Pertanto, l'analisi del *novum* legislativo non può prescindere dal focalizzarsi principalmente su questi due profili e sulla loro confluenza, vero snodo interpretativo attraverso cui comprendere se davvero il sanitario possa versare in colpa pur avendo osservato le linee guida, o se, invece, sia meglio rinunciare sin d'ora a trovare un senso all'art. 3. Accanto ad essi, però, la norma propone una costellazione di altri delicati problemi ermeneutici, quali ad esempio, solo per anticiparne alcuni, l'esatta individuazione dei soggetti interessati dalla riforma, gli aspetti di diritto intertemporale scaturiti dalla nuova disciplina, cosa si intenda per "buone pratiche".

È d'obbligo, però, avvisare che il giudizio complessivo sulla riforma sarà condizionato dagli obiettivi che le si attribuisce. Se misurata sulle ambizioni che paiono racchiuse nel titolo della legge di conversione ("*disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute*"), come consacrare la colpa specifica a danno di quella generica in un ambito come quello sanitario che, da sempre, ne costituisce il "regno", oppure cancellare

⁵ In questi termini DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 2. Su quest'aspetto anche MANNA, *I nuovi profili della colpa medica*, cit., 98.

⁶ Cfr. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 1063.

⁷ Espressione utilizzata da DONINI, *Teoria del reato*, in *Digesto pen.*, Torino, 1999, 221 ss., e ripresa, in riferimento al tema del grado della colpa, da CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 529.

⁸ Le uniche eccezioni, fino alla conversione in legge del "Decreto Sanità", erano costituite dalla bancarotta semplice prevista dall'art. 217, comma 1, n. 2 e 3, della legge fallimentare, su cui CANESTRARI, *Rischio d'impresa e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2003, 546 ss., e la contravvenzione "dispersa" all'art. 64 c.p.c., sulla responsabilità del consulente tecnico.

⁹ Il solo studio ad oggi interamente incentrato sull'argomento rimane PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, 819 ss.

¹⁰ I termini della questione sono noti e vengono qui ripercorsi solo per grandi linee. A una prima fase, detta della "comprensione" per il medico, durante la quale l'art. 2236 c.c. era pacificamente esteso anche all'ambito della responsabilità penale, è seguito, a partire all'incirca dagli anni '80, un periodo di estremo rigore, tanto da parte della giurisprudenza quanto della dottrina, e di declino per la disposizione civilistica. La restrizione per colpa grave nei casi di speciale difficoltà non ha più trovato applicazione in ambito penale fino a che, recentemente, alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, trovando assurdo che le stesse condotte potessero essere penalmente rilevanti ma non fondare il risarcimento del danno, hanno reintrodotto la colpa grave come "*regola d'esperienza*" nel giudizio relativo a casi terapeutici di speciale difficoltà (cfr. Cass. pen., 5-4-2011, 16328, in *Riv. it. medicina legale*, 2012, 369 ss.). Per un esaustivo approfondimento delle predette fasi e delle argomentazioni che le hanno sorrette si rimanda a MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014, 88 ss.

¹¹ La definizione è di GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 823 e 833.

¹² Ci si riferisce a PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit.

¹³ Cfr. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 7. In questo senso anche FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di BARTOLI, Firenze, 2010, 177, il quale riconosce come, più in generale, sia la responsabilità penale delle attività mediche a mettere alla prova le categorie fondamentali del diritto penale, «e ciò sino al punto di indurre a chiedersi se le tradizionali elaborazioni concettuali debbano essere rivedute o, piuttosto, rimpiazzate da impostazioni teoriche e soluzioni legislative più al passo coi tempi».

con un tratto di penna del legislatore tutte le problematiche poste dalla medicina difensiva, allora la Legge Balduzzi delude, e non poco¹⁴.

Se al contrario valutata su obiettivi meno altisonanti, quale per esempio quello di rappresentare un circoscritto esperimento in materia di graduazione della colpa, o un monito a una giurisprudenza arroccata su posizioni eccessivamente rigorose, o, infine, un tentativo di recupero della c.d. “misura soggettiva” della colpa, allora, questa “maldestra” disposizione del “Decreto Sanità” può anche convincere¹⁵.

Preliminarmente alla vera e propria analisi del *novum* legislativo e delle complesse questioni ermeneutiche da esso sollevate, occorre effettuare un breve passo indietro, col quale definire cosa si intenda per “linee guida”, evidenziandone i pregi e i difetti essenziali e delineandone altresì le modalità di incidenza nel giudizio di colpa medica¹⁶.

2.

Un passo indietro: le linee guida e la “positivizzazione” delle *leges artis* in ambito medico.

Secondo la nota definizione dell'autorevole *Institute of Medicine*, le linee guida costituiscono «raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche»¹⁷. Quanto alla loro prescrittività, esse «si collocano a mezza via tra regole etiche, direttive deontologiche e prescrizioni giuridiche. Non si tratta quindi di ordini calati dall'alto, categorici e definitivi, ma di suggerimenti, di indirizzi motivati ed intesi a tenere conto di tutte le istanze talora confliggenti, quali emergono dal mondo dei sanitari, dei pazienti, degli amministratori, dei giuristi»¹⁸.

La diffusione delle linee guida è iniziata negli Stati Uniti a partire dagli anni '70 del secolo scorso ed ha ricevuto un impulso decisivo dall'affermarsi dell'*Evidence based medicine* (EBM), di cui rappresentano senz'altro una delle espressioni più compiute¹⁹. In tempi più recenti, invece, la ragione principale del successo delle *Guidelines* sembra risiedere, oltre che in una pressante esigenza di contenimento della spesa ospedaliera dovuta alla crisi economica²⁰, nella loro opera di razionalizzazione della conoscenza scientifica e di semplificazione nell'accesso alla stessa da parte degli operatori sanitari. In un'epoca, infatti, in cui i progressi scientifici si susseguono rapidissimi dando vita ad un flusso incessante di nuovi dati, peraltro pubblicabili in tempo reale attraverso la rete, si è reso indispensabile uno strumento teso a prevenire quel senso di disorientamento che, sempre più di frequente, colpisce il terapeuta al cospetto di un

¹⁴ Sul punto mostra un invece un moderato ottimismo S. GROSSO, *I profili di interesse penalistico del “decreto Balduzzi”*, cit., 549. Il rischio insito nell'art. 3, segnalato in particolare da VALLINI, *L'art. 3 del “Decreto Balduzzi”*, cit., 739, è che il medico segua sempre pedissequamente le prescrizioni cliniche. Ciò perché «il legislatore “suggerisce” di adattarsi alle linee guida e alle “buone pratiche”, che qualora qualcosa dovesse “andare storto”, l'eventuale errore sarà valutato con maggior benevolenza».

¹⁵ Cfr. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., *passim*. Definisce la norma “maldestra” GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., *passim*.

¹⁶ La letteratura in materia di linee guida, già prima dell'introduzione della Legge Balduzzi, era piuttosto vasta: PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee-guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. pen. e processo*, 1996, 891 ss.; FINESCHI-FRATI, *Linee guida: a double-edge sword. Riflessioni medico-legali sulle esperienze statunitensi*, in *Riv. it. medicina legale*, 1998, 665 ss.; TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico-legali*, in *Riv. it. medicina legale*, 1999, 189 ss.; VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in MARINUCCI, DOLCINI, *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, tomo II, *I delitti colposi*, Padova, 2003, 167 ss.; BUZZI, *Formulazione e comunicazione della diagnosi: aspetti medico-legali e risvolti deontologico-relazionali*, in *Riv. it. medicina legale*, 2005, 31 ss.; PIRAS-CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di CANESTRARI-GIUNTA-GUERRINI-PADOVANI, Pisa, 2009, 285 ss.; CASTRONUOVO-RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in *La responsabilità in medicina*, a cura di BELVEDERE-RIONDATO, Milano, 2011, 971 ss.; CONSORTE, *Colpa e linee guida*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 1227 ss.; DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012; CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 875 ss.

¹⁷ Cfr. FIELD-LOHR, *Guidelines for Clinical Practice: from development to use*, Institute of Medicine, Washington, National Academy Press, 1992, 35.

¹⁸ La definizione appartiene a PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee-guida nell'esercizio della pratica clinica*, cit., 891.

¹⁹ Per EBM si intende il processo di ricerca sistematica volta ad acquisire, valutare criticamente ed utilizzare dati tecnico-scientifici enucleati dalla osservazione e dalla cura dei pazienti. Il movimento ha espresso, negli anni, un'istanza di massima “scientificazione” sul piano metodologico, di cui le stesse linee guida possono dirsi figlie. Sul punto in particolare BARNI, *Evidence-Based Medicine e medicina legale*, in *Riv. it. medicina legale*, 1998, 3 ss.; FINESCHI-FRATI, *Linee guida: a double-edge sword*, cit., 667.

²⁰ Così *ex multis*, PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee-guida nell'esercizio della pratica clinica*, cit., 891.

simile “*eccesso di sapere scientifico*”²¹.

Le linee guida propongono, proprio al fine di semplificare il vastissimo orizzonte delle conoscenze a disposizione del medico, “*un percorso terapeutico ideale*” che, sulla base della migliore scienza ed esperienza del momento, offre suggerimenti diretti ad agevolare la decisione clinica nel caso concreto²².

La prospettazione di tale “percorso terapeutico” presenta alcuni innegabili vantaggi e non può che dispiegare effetti positivi anche sulla qualità dell’assistenza sanitaria. Da un lato le linee guida, favorendo un approccio più “oggettivizzato” e meno idiografico da parte del curante, tendono a ridurre il tasso di errore che invece è tipico del ragionamento veloce ed intuitivo²³. Dall’altro lato, il tendenziale uniformarsi alle migliori prassi mediche comporta un’ottimizzazione dei processi di cura, cui conseguono una maggiore facilità nella pianificazione degli investimenti e una riduzione delle disuguaglianze nell’allocazione dei servizi²⁴.

Da un punto di vista strettamente penalistico però, l’aspetto più positivo della diffusione delle linee guida dovrebbe consistere, come da più parti segnalato, nella progressiva codificazione delle *leges artis* in ambito medicale²⁵. Oltre che dalla generale carenza di tassatività propria dell’illecito colposo, l’accertamento della responsabilità in ambito sanitario è tradizionalmente caratterizzato da una diffusa diffidenza nei confronti di ogni processo di “positivizzazione” delle regole cautelari²⁶. Le resistenze, paradossalmente, provengono non solo dalla giurisprudenza ma anche dalla stessa classe medica, entrambe concordi nel rilevare come le peculiarità dell’arte clinica, che incide sul “*più complesso degli organismi*”²⁷, impongano una sua valutazione sempre ancorata alle specificità del caso concreto, con la conseguenza che, non di rado, l’inosservanza di una regola standardizzata potrebbe risultare più efficace dal punto di vista terapeutico²⁸.

Una simile impostazione, tuttavia, se ha avuto il pregio di offrire una massima protezione del paziente, sia sul piano terapeutico, riducendone i rischi, sia su quello della tutela giudiziaria, ha al contrario comportato un’eccessiva dilatazione della responsabilità colposa del sanitario²⁹. Muovendosi in un terreno costituito solo da regole cautelari aperte e indeterminate, infatti, il Giudice può sempre individuarne una “ulteriore” che, se correttamente osservata, avrebbe potuto impedire l’evento, con la conseguenza che risultano penalmente illecite anche condotte tecnicamente ineccepibili ma da cui sia derivato un esito infausto³⁰. L’obbligo cautelare, in altre parole, finisce per essere ricostruito *ex post*, ragionando con il “*senno di poi*” (c.d. *Hindsight bias*),

²¹ Cfr. in particolare CAPUTO, *Filo d’Arianna o flauto magico?*, cit., 876. In senso analogo DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, 62 ss. Le linee guida, pertanto, agevolerebbero il medico ad osservare quel generale dovere di aggiornamento che grava sulla figura professionale ravvisato da BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 64.

²² Così PIRAS-CARBONI, *Linee guida e colpa specifica*, cit., 286.

²³ Cfr. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico*, cit. 79. Dello stesso avviso anche GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 824.

²⁴ Cfr. CAPUTO, *Filo d’Arianna o flauto magico?*, cit., 882. Un ulteriore punto di forza delle *Guidelines* è stato individuato, in particolare da chi ha esaminato l’esperienza degli Stati Uniti e della Danimarca, nell’implementazione del modello della c.d. “alleanza terapeutica” tra medici e pazienti. Il coinvolgimento di questi ultimi nei processi di redazione delle linee guida, specie nelle modalità proprie del particolare paradigma delle “*conferenze di consenso*”, favorisce l’abbandono dello schema paternalistico in cui è solo il medico a tracciare il percorso di cura. Cfr. in particolare DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., 202-206; sul modello della *consensus conference* si vedano invece PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee-guida nell’esercizio della pratica clinica*, cit., 897; CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, 2013, 294 ss.

²⁵ In questo senso, *ex multis*, PIRAS-CARBONI, *Linee guida e colpa specifica*, cit. 285 e ss.; MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 3. Sui vantaggi che generalmente derivano dalla tipizzazione delle regole cautelari si vedano le osservazioni di CASTRONUOVO, *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 514 ss. Si esprime in termini più prudenti invece, CANESTRARI, *La colpa*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, Milano, 2013, vol II, 148, il quale mette in guardia, in modo decisamente condivisibile, dagli aspetti più deteriori di un’eccessiva standardizzazione delle regole cautelari nel settore sanitario. Come meglio si approfondirà nei paragrafi successivi e in particolare in quello relativo all’impatto delle linee guida sulla teoria della colpa, d’altronde, appare pressoché impossibile, neanche attraverso le linee guida, raggiungere in ambito sanitario quella “standardizzazione” delle regole cautelari proprie di altri settori della responsabilità colposa. La responsabilità del medico, infatti, per dirla con GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 825, è un mondo «*molto popolato e concorrenziale*» di regole cautelari, giacché risulta estremamente difficile e, per certi versi inopportuna, una eccessiva positivizzazione delle stesse.

²⁶ Per una ampia e puntuale panoramica sul punto, MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, cit., 248 ss.

²⁷ L’efficace definizione è di BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2001, 635.

²⁸ Cfr. PALAZZO, *Responsabilità medica, “disagio” professionale e riforme penali*, cit., 1063.

²⁹ Sugli effetti collaterali di una colpa medica non standardizzata, in modo molto chiaro MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 59 ss. Sul punto anche FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, cit., 183 ss.

³⁰ Cfr. PALAZZO, *Responsabilità medica, “disagio” professionale e riforme penali*, cit., 1064.

e la responsabilità colposa viene affermata attraverso lo “specchio deformante” dell’evento³¹.

Infine, è stato osservato come, con particolare riferimento all’accertamento della colpa nelle attività mediche plurisoggettive, le linee guida, occupandosi sovente di frammentare e ripartire i compiti tra i componenti di un’*équipe* medica, agevolino la ricostruzione giudiziaria delle differenti aree di rischio e di responsabilità all’interno della stessa *équipe*³².

Tracciato il quadro degli indiscutibili pregi presentati dalle *Guidelines*, va sottolineato come la dottrina medico-legale abbia ormai da tempo messo in luce anche una lunga serie di difetti.

Un primo problema consuetamente segnalato consiste, come accennato, nell’atteggiamento sospettoso con cui gli stessi operatori sanitari guardano alle prescrizioni cliniche³³. Da un lato viene evidenziata la loro difficile compatibilità con il principio di libertà di cura da parte del medico³⁴. Le linee guida – si dice – “burocratizzerebbero” l’attività del sanitario, il quale vedrebbe la propria autonomia professionale svilita dal necessario conformarsi agli *standard* ivi delineati³⁵. Dall’altro lato, la diffusione di suggerimenti clinici incentiverebbe comportamenti “difensivi”³⁶, dal momento che, come si avrà modo di meglio illustrare, il discostarsi da tali suggerimenti può comportare un addebito colposo, mentre, al contrario, l’essersi attenuto alle prescrizioni può essere funzionale a giustificare in un eventuale processo il percorso clinico intrapreso. Addirittura può accadere che il sanitario, a seguito di un danno riportato dal paziente affidatogli in cura, vada a “rovistare” nel *mare magnum* delle linee guida per rinvenire quelle che, in sede processuale, scagionerebbero la sua strategia terapeutica (c.d. fenomeno della “scelta postuma”)³⁷.

Tuttavia, l’aspetto cruciale in materia di linee guida è senz’altro costituito dal soggetto estensore delle stesse e, in particolare, dalle finalità che sottendono alla redazione³⁸. Il successo riscosso dallo strumento, infatti, ha indotto tutti i protagonisti del mondo sanitario (associazioni scientifiche nazionali e internazionali, case farmaceutiche, compagnie assicurative, rappresentanti dei pazienti, amministratori di aziende sanitarie, persino singoli reparti ospedalieri) a formulare i propri suggerimenti di comportamento clinico. Due le immediate conseguenze della “sovrapproduzione” di linee guida.

Anzitutto, quello che era nato come uno strumento di semplificazione dell’accesso alla conoscenza rischia di tramutarsi in un fattore di complicazione, costringendo il curante a confrontarsi con una pluralità di testi, dei quali alcuni anche in contraddizione tra loro³⁹. Il coinvolgimento di soggetti portatori di differenti interessi nella redazione delle linee guida, inoltre, fa sì che l’obiettivo di migliorare la qualità dell’assistenza sanitaria non sia più lo scopo esclusivo delle stesse. Ed anzi, già da diversi anni negli Stati Uniti viene sottolineato come, per una sorta di “eterogenesi dei fini”, la tutela della salute dei pazienti occupi ormai solamente il terzo posto nella classifica delle finalità perseguite dalle linee guida, preceduta dal conteni-

³¹ Cfr. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., 3; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 61; DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico*, cit., 78. Parallelamente, alla tendenza verso la positivizzazione delle regole cautelari dovrebbe corrispondere, quantomeno a giudizio di alcuni Autori, un consistente ridimensionamento del ruolo dei periti, troppo spesso assunti a veri e propri arbitri del processo penale per *medical malpractice*. Cfr. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., 3; PIRAS-CARBONI, *Linee guida e colpa specifica*, cit., 298. Più in generale, sul ruolo dei periti nel processo penale per colpa medica, CONTI, *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Medicina e diritto penale*, cit., 335 ss. Interessanti spunti comparatistici con l’esperienza dei paesi anglosassoni invece in DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa nel settore sanitario*, *passim*.

³² Cfr. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 15; VALBONESI, *Linee guida e protocolli*, cit., 252. Tale funzione risulta ancora più accentuata nel caso di protocolli e *checklist*, cfr. CAPUTO, *Filo d’Arianna o flauto magico?*, cit., 875 ss. Sul rapporto tra protocolli ospedalieri e principio di affidamento MATTHEUDAKIS, *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, in *Cass. pen.*, 2010, 1478 ss.

³³ A riprova della diffidenza degli stessi destinatari dei suggerimenti clinici, fa notare DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., 66, come l’indice di adesione alle linee guida da parte dei sanitari sia tutt’altro che soddisfacente.

³⁴ Cfr. PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee-guida nell’esercizio della pratica clinica*, cit., 893. La libertà e l’autonomia del medico trovano fondamento nel principio di libertà terapeutica consacrata agli artt. 9 e 33 Cost. Così GIUNTA, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. e processo*, 1998, 667 ss.

³⁵ TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico-legali*, cit., 223; ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, 141 ss.

³⁶ Diffusamente sul punto, MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., *passim*, sul rapporto tra linee guida e medicina difensiva anche ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., 135 ss.

³⁷ Cfr. PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., 4.

³⁸ Sul punto la letteratura è, a buona ragione, vastissima. Si vedano in particolare DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., *passim*; VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l’incolumità individuale*, cit., 176.

³⁹ Così CAPUTO, *Filo d’Arianna o flauto magico?*, cit., 880.

mento della spesa sanitaria e dalla prevenzione di controversie giudiziarie⁴⁰.

A fronte della proliferazione incontrollata di prescrizioni cliniche, l'esegesi del nuovo testo legislativo pone, quindi, fin da subito un importante quesito: quali linee guida prende in esame la Legge Balduzzi? Quali sono, in altre parole, le linee guida che, se rispettate dall'operatore sanitario, lo scagionano da un addebito per colpa lieve? Ci si permette di rinviare l'analisi di quello che è senz'altro uno dei nodi interpretativi più delicati del nuovo testo legislativo a una successiva analisi, che possa poggiarsi su quanto osservato in relazione all'impatto delle linee guida nella costruzione del reato colposo, oggetto del prossimo paragrafo.

3.

(segue): Il ruolo e la natura delle linee guida nell'affermazione e negazione della responsabilità colposa: le *Guidelines* tra colpa specifica e colpa generica.

Con riferimento alla loro rilevanza nell'ambito della colpa professionale è comune opinione che le linee guida rappresentino “un'arma a doppio taglio” (*double-edge sword*)⁴¹. Esse infatti risultano essere valorizzate tanto in chiave accusatoria (*inculpatory way*), qualora il medico non vi si sia attenuto e da tale immotivato scostamento sia derivato un esito infausto, quanto in chiave disculpante (*exculpatory way*), nei casi in cui, invece, il sanitario dimostri di aver perfettamente osservato le prescrizioni cliniche e, ciononostante, l'evento si sia ugualmente verificato⁴².

Nello specifico, una breve rassegna della giurisprudenza di legittimità antecedente alla riforma Balduzzi permette di distinguere quattro differenti modalità con cui le linee guida possono incidere sul giudizio di colpa medica⁴³.

Una prima ipotesi di frequente verifica è quella in cui il sanitario si discosti senza ragioni dalle linee guida che avrebbe dovuto osservare in relazione alla patologia presentata dal paziente. È questo il caso, ad esempio, dello psichiatra che sospende o riduce le dosi dei farmaci al paziente affetto da schizofrenia, poi autore di un'aggressione mortale nei confronti dell'operatore che lo accudiva, senza osservare le linee guida che prescrivono riduzioni graduali della terapia farmacologica⁴⁴; ma anche del sanitario che sbaglia la diagnosi per aver omesso un accertamento prescritto dai suggerimenti clinici⁴⁵. In simili frangenti il giudice, coadiuvato dal suo perito, rinviene la regola cautelare violata dal medico nelle direttive cliniche codificate che, pertanto, assumono una fondamentale valenza in ottica accusatoria.

Accade altrettanto spesso – siamo nel secondo degli scenari configurabili in giurisprudenza – che la terapia si concluda con esito infausto nonostante la perfetta adesione del curante alle linee guida di riferimento. Laddove non emergano aspetti peculiari del caso concreto che avrebbero richiesto una condotta alternativa a quella suggerita dalle linee guida, il comportamento ad esse conforme tenuto dal medico non può essere giudicato colposo. Emblematica di quest'orientamento è la sentenza della Cassazione *Duce*, con la quale la Suprema Corte ha confermato l'assoluzione da parte dei giudici di merito di un'equipe medica che, sulla scorta di quanto previsto dalle linee guida dettate da un autorevolissimo trattato di cardiologia statunitense, definito in modo altisonante la “*Bibbia dei cardiologi mondiali*”, aveva sospeso l'assunzione di farmaci anticoagulanti in prossimità di un intervento di colecistectomia⁴⁶.

⁴⁰ Dà conto del dibattito americano in particolare VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 176. Il fenomeno delle linee guida finalizzate al risparmio è particolarmente accentuato nell'ambito della diagnostica, sul punto VALBONESI, *Linee guida e protocolli*, cit., 274.

⁴¹ *Ex multis*, FINESCHI-FRATI, *Linee guida: a double-edge sword*, cit.; VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 178.

⁴² Cfr. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., 12-15.

⁴³ Cfr. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico?*, cit., 900; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 151. A livello giurisprudenziale, invece, esegue un'articolata retrospettiva di tutti gli orientamenti sviluppatasi nella giurisprudenza della Cassazione l'ultima sentenza in materia di linee guida prima dell'approvazione della Legge Balduzzi, vale a darsi Cass. pen., Sez. IV, 19-9-2012, n. 35922, (imp. Ingrassia, rel. Piccialli), in *Dir. pen. e processo*, 2013, 191 ss., con nota di RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica*, cit.

⁴⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 14-11-2007, n. 10795 (imp. Pozzi), in *Cass. pen.*, 2008, 4622 ss., con nota di BARALDO. Il caso è richiamato anche da DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., 12, e da BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 58.

⁴⁵ Si fa riferimento alla vicenda esaminata in Cass. pen., Sez. IV, 12-7-2011, n. 34729, in *Cass. pen.*, 2011, 665 ss., con nota di CAMPANA.

⁴⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 2-3-2007, n. 19354, in *Dejure*. In senso conforme anche Cass. pen., Sez. IV, 8-6-2006, n. 24400, (imp. Cardillo), in *Dejure*.

A fronte di questi due indirizzi giurisprudenziali che, pur di segno opposto, fondano il giudizio di colpa sul conformarsi o meno da parte del medico alle linee guida, ve ne sono altri due che, al contrario, prescindono dal rispetto delle prescrizioni cliniche, negando la validità di qualsiasi equazione tra osservanza o inosservanza delle *Guidelines* ed esonero o affermazione della responsabilità.

Nei repertori, infatti, ci si imbatte soventemente anche in sanitari che rispettano le linee guida e, tuttavia, vengono condannati. In questi casi l'adesione alle raccomandazioni risulta così rigida e cieca che finisce per essere trascurata l'alternativa clinicamente più appropriata alle peculiarità presentate dal singolo paziente. L'esame della complessiva situazione avrebbe dovuto consigliare al medico di rinunciare al formale rispetto delle *Guidelines* per adeguarsi, apportando qualche accorgimento al percorso ideale in esse tracciato, alle specifiche necessità sollevate dal caso concreto⁴⁷.

La relatività del percorso terapeutico intrapreso in ossequio alle linee guida è confermata dall'ultimo genere di casistica che si incontra nella giurisprudenza di legittimità, vale a dirci quella in cui il medico sia esonerato da responsabilità nonostante – o, meglio, proprio in ragione – dell'inosservanza dei suggerimenti codificati⁴⁸.

Dalla breve analisi dei quattro paradigmi secondo cui le linee guida agiscono nel giudizio di colpa è possibile trarre un'indicazione di carattere generale: nel valutare la rilevanza delle linee guida non sono ammessi automatismi, né in chiave accusatoria né in chiave di esonero da responsabilità. In altre parole, «l'adeguamento o il non adeguamento del medico alle linee guida non esclude né determina automaticamente la colpa»⁴⁹, giacché «discostarsi o conformarsi alle linee guida integra una scelta del medico che il giudice reputa di per sé sola insufficiente per pervenire a un verdetto di esonero o di affermazione della responsabilità»⁵⁰.

D'altronde, simili conclusioni sembrano imposte dalla natura stessa delle *Guidelines* e delle *leges artis* mediche che esse tentano di "formalizzare". La disciplina offerta dalle linee guida, infatti, limitandosi a proporre un "percorso terapeutico ideale", si pone per lo più come un insieme di indicazioni di massima che, per definizione, sono insufficienti ad abbracciare l'intera varietà della casistica clinica⁵¹. Ne consegue che i "suggerimenti" da esse evincibili presentano un carattere non esaustivo, che risente della volubilità di ogni specifica situazione terapeutica⁵². Né potrebbe essere altrimenti poiché, come è stato osservato, le regole cautelari proprie del settore medicale «pur collocandosi (anch'esse) su di un piano "strumentale" rispetto all'obiettivo perseguito, si rivelano, dato l'ampio "ventaglio" delle soluzioni prospettabili, necessariamente caratterizzate da una strumentalità alternativa, ossia non riconducibile a una sola opzione»⁵³.

Per le stesse ragioni è inoltre difficile attribuire alle linee guida un carattere vincolante che, peraltro, mal si concilierebbe con il principio di libertà di cura da parte del medico⁵⁴.

È quindi in questo contesto che alberga il dibattito sulla natura specifica o generica della colpa fondata sulla violazione delle linee guida; dibattito che, a dire il vero, sembra impegnare quasi esclusivamente la dottrina, divisa tra chi sostiene la possibilità di inquadrare le *Guidelines* tra le "discipline" di cui all'art. 43 c.p.⁵⁵, chi invece le ritiene regole cautelari proprie della colpa

⁴⁷ Risponde dunque «di omicidio colposo il cardiologo, che attesti l'idoneità alla pratica sportiva di un atleta, in seguito deceduto nel corso di un incontro ufficiale di calcio a causa di una patologia cardiologica (nella specie "cardiomiopatia ipertrofica"), non diagnosticata dal sanitario per l'omessa effettuazione di esami strumentali di secondo livello che, ancorché non richiesti dai protocolli medici, dovevano ritenersi necessari in presenza di anomalie del tracciato elettrocardiografico desumibili dagli esami di primo livello» (cfr. Cass. pen., Sez. IV, 5-6-2009, n. 38154, (imp. Ronzoni), in *Cass. pen.*, 2011, 2570 ss., con commento di MACCARI). Si vedano altresì, Cass. pen., Sez. IV, 18-2-2010, n. 10454, (imp. Cordone, rel. Piccialli), in *Guida dir.*, 2010, 15, 87; Cass. pen., Sez. IV, 12-7-2011, n. 38774, in *Dejure*; In questa direzione anche la nota e controversa sentenza *Grassini* che si avrà modo di meglio approfondire in seguito (§6).

⁴⁸ Su questa linea Cass. pen., Sez. V, 28-6-2011, n. 33136, in *Riv. it. medicina legale*, 2012, 275 ss., con nota di ROTOLO.

⁴⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 19-9-2012, n. 35922, (imp. Ingrassia, rel. Piccialli), cit., 194.

⁵⁰ Così, commentando il quadro giurisprudenziale, CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico?*, cit., 901.

⁵¹ Cfr. TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina, in La gestione del rischio in medicina. Profili di responsabilità dell'attività medico-chirurgica*, a cura di CANESTRARI-FANTINI, Milano, 2006, 33 ss.

⁵² Così DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., 20. Dietro il riconoscimento della scarsa vincolatività delle linee guida, a ben vedere, si nasconde anche la preoccupazione di non dare cittadinanza a prescrizioni incentrate sul risparmio di spesa. Il punto verrà meglio analizzato al § 6.

⁵³ Cfr. G. DE FRANCESCO, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico*, in *Riv. it. medicina legale*, 2012, 970.

⁵⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 8-2-2001, n. 2865 (imp. Bizzarri), in *Riv. pen.*, 2002, 353.

⁵⁵ Di quest'opinione VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 178; PIRAS, CARBONI, *Linee guida e colpa specifica*, cit., 289; IADECOLA, *Il valore dell'ordine professionale e delle società scientifiche nel contenzioso penale*, in *Riv. it. medicina legale*, 2001, 11-14; MICHELETTI, *La normatività della colpa medica*, cit., 274; PULITANO, *Introduzione*, in *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, a cura di DODARO, Milano, 2011, 28.

generica⁵⁶ e chi, infine, le considera “fonti di cognizione” delle *leges artis*⁵⁷.

Sul punto la giurisprudenza, probabilmente in virtù della rilevanza pressoché solo “classificatoria” della questione⁵⁸, non ha ancora profuso grandi energie, limitandosi ad affermare che «*le linee guida e i protocolli, proprio in ragione della peculiarità dell'attività del medico, che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assumere il rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma normativo dell'art. 43 c.p. (leggi, regolamenti, ordini o discipline)*»⁵⁹.

L'incertezza sul loro statuto giuridico, ad ogni modo, non incide sul grado di vincolatività e tassatività delle prescrizioni cliniche, il cui rispetto raramente assume una valenza certamente liberatoria per l'operatore sanitario. Anche dando seguito alle impostazioni teoriche che intravedono nelle *Guidelines* fonti scritte su cui edificare un rimprovero a titolo di colpa specifica, infatti, prima di giungere con sicurezza a un esonero di responsabilità permane pur sempre una valutazione circa l'eventuale sussistenza di una colpa generica⁶⁰.

Nel caso delle linee guida, per di più, a richiedere un ulteriore vaglio sulla generica diligenza del medico calibrata sulle peculiarità della concreta situazione clinica è proprio il loro già più volte rimarcato carattere di meri “suggerimenti” e non di “ordini calati dall'alto, categorici e definitivi”⁶¹, cui non si può fare a meno di riconoscere una struttura “elastica”⁶².

La tendenza, come detto particolarmente marcata in ambito sanitario, all’“eterno ritorno” nell'alveo della colpa generica, connotata dal consueto *deficit* di tassatività e determinatezza, presenta riflessi pratici di fondamentale importanza. L’“ultima parola” nel giudizio di colpa, in definitiva, finisce per rimanere nella disponibilità del giudice – e del suo perito il cui ruolo, lungi dall'essere ridimensionato dalla linee guida, risulta ancora decisivo⁶³ – secondo una valutazione che, fondata su un indeterminato agente modello (sempre disponibile ad incarnare uno *standard* più elevato) e sui giudizi di evitabilità e prevedibilità (spesso inquinati dal “senno del poi”)⁶⁴, presenta ineliminabili caratteri di discrezionalità⁶⁵.

Ne è scaturito un *trend* giurisprudenziale “*eccessivamente rigorista*”, contraddistinto dall'appiattimento della colpa sul nesso eziologico e da una profonda incertezza che, per gli operatori del settore, ha significato un incentivo all'adozione di pratiche “difensive”⁶⁶.

Già a questo primo sguardo di insieme, che prescinde dalle novità introdotte dalla Legge Balduzzi, le linee guida paiono non poter dare adeguata risposta alle problematiche e alle istanze maturate nel dibattito dottrinale sulla responsabilità medica e, segnatamente, sull'opportunità di avviare un processo di standardizzazione delle regole cautelari.

Si può sin d'ora anticipare come sia forse proprio in relazione alle evidenziate criticità che la Legge Balduzzi ha provato a costruire un argine costituito dalla previsione normativa di un grado significativo di colpa. Emblematico al proposito quanto osservato da un Autore che, a margine di un approfondito *excursus* sull'impatto delle linee guida nella giurisprudenza di le-

⁵⁶ Cfr. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009, *passim*.

⁵⁷ Cfr. CASTRONUOVO-RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., 974.

⁵⁸ Cfr. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 59. Così anche DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 8 e 9; e MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 142.

⁵⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 19-9-2012, n. 35922, (imp. Ingrassia, rel. Piccialli), cit., 195.

⁶⁰ Cfr. TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, cit. Il dato della sopravvivenza di un residuo “spazio” della colpa generica anche nel caso di osservanza dei precetti di colpa specifica risulta pacificamente acquisito dalla teoria del reato colposo: MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 231 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 314 ss.; per la manualistica CANESTRARI, CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007, 429; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, Bologna, 2010, 553. Più recentemente, proprio in sede di commento della nuova disciplina, DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 9.

⁶¹ Si esprime in questi termini PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee-guida nell'esercizio della pratica clinica*, cit., 891.

⁶² Così CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico?*, cit., 894; in questo senso anche CONSORTE, *Colpa e linee guida*, cit., 1227.

⁶³ Cfr. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 177; che, rifacendosi all'esempio americano, sottolinea: «*si è appurato che l'uso delle linee-guida non diminuisce affatto la necessità di ricorrere a periti (medical experts), i quali continuano a svolgere un ruolo da protagonisti nelle aule di giustizia dove si discute di malpractice*».

⁶⁴ DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 11.

⁶⁵ Come peraltro ammesso dalla stessa giurisprudenza di legittimità: «*le linee guida non eliminano neanche la discrezionalità insita nel giudizio di colpa; il giudice resta, infatti, libero di valutare se le circostanze concrete esigessero una condotta diversa da quella prescritta nelle linee guida stesse*» (cfr. Cass. pen., Sez. IV, 19-9-2012, n. 35922, (imp. Ingrassia, rel. Piccialli), cit., 195).

⁶⁶ Si veda in proposito il lucido resoconto sullo stato dell'arte della giurisprudenza precedente all'avvento della riforma Balduzzi di MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit. 121 ss. Una delle possibili spiegazioni della tendenza ad appiattare il giudizio di colpa medica sul nesso eziologico è data da CASTRONUOVO-RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., 973, secondo cui «*poiché il contenuto delle regole cautelari in ambito medico non può che giovare dalla esperienza raggiunta dalla miglior scienza clinica di ciascun singolo settore, sussiste una pericolosa sovrapposizione tra il contenuto generale delle leggi scientifiche che presidono al giudizio di causalità ed il contenuto esperienziale delle regole cautelari che presidono al giudizio di colpa*».

gittimità poco prima della novella legislativa, auspicava l'introduzione di una forma qualificata di colpa per il sanitario che si sia attenuto ai suggerimenti clinici: «*la responsabilità del medico andrà pertanto affermata allorché sia l'omaggio alle linee guida sia il loro abbandono sono stati, in base alle circostanze del caso concreto, il frutto di scelte azzardate e spropositate e hanno attivato un'area di rischio illecito, arbitrario, valutabile già sul piano della tipicità colposa, e "tipico" delle ipotesi di colpa grave*»⁶⁷.

4.

***In culpa sine culpa?* Il giudizio di colpa medica dopo la Legge Balduzzi.**

Questo dunque il quadro su cui viene ad incidere l'art. 3 del "Decreto Sanità", a norma del quale l'esercente la professione sanitaria che si è attenuto alle linee guida risponde penalmente solo per colpa non lieve. Alla luce di una simile premessa, potrebbe sorprendere che uno dei primi commenti della riforma ne abbia proposto una lettura del tutto radicale e dai riflessi sostanzialmente "abrogativi" come quella ben riassunta nella icastica espressione "*in culpa sine culpa*"⁶⁸.

Con tale rilievo si imputa all'art. 3 la previsione di una "*contraddizione in termini*", consistente nel lasciare sopravvivere all'osservanza delle linee guida una responsabilità per colpa, sia essa lieve o grave, quando le prescrizioni in esse contenute costituiscono «*un collaudato standard di perizia e, conseguentemente, chi vi si attiene agisce peritamente, agisce quindi senza colpa*»⁶⁹.

Ora, quanto appena evidenziato circa il carattere non esaustivo e non vincolante dei suggerimenti clinici rivela come il paradosso sia, in realtà, solo apparente, ben potendosi configurare una colpa anche nella più stretta osservanza delle linee guida⁷⁰. Occorre però un'ulteriore precisazione introduttiva. Se è vero che – così argomentano i sostenitori dell'*in culpa sine culpa* – il medico non solo può, ma deve anche discostarsi dai protocolli allorché ne colga la necessità, non essendo seriamente pensabile che la singolare condizione di ogni paziente sia sempre riconducibile alle prescrizioni di riferimento, non può dirsi che il medico si sia attenuto alle linee guida quando ha osservato i suggerimenti terapeutici relativi a una situazione clinica macroscopicamente (colpa grave) diversa da quella effettivamente presentata dal malato⁷¹. Questa ulteriore obiezione, però, si pone da un angolo di visuale influenzato e inquinato dal "senno del poi", giacché «*ove si rifugga l'insight bias e si tenga presente che il giudizio sulla colpa dovrebbe conservare la sua caratterizzazione prognostica, si potrebbe affermare che il medico vada scusato nei casi in cui, pur avendo osservato le cautele che ex ante gli apparivano doverose (siano o meno positivate), tali cautele non si siano verificate ex post sufficienti ad evitare l'evento avverso per circostanze di fatto a lui non imputabili*»⁷². In altre parole, la patologia su cui calibrare le linee guida discolpanti, nell'ottica di un giudizio di colpa di tipo prognostico, non è quella di cui era effettivamente affetto il paziente, bensì quella che tutti gli elementi a disposizione del sanitario avrebbero indotto a individuare in una prospettiva *ex ante*.

Il superamento dell'ossimorica opzione ermeneutica dell'*in culpa sine culpa* è ribadito dalla Corte di Cassazione in apertura della prima pronuncia di un certo rilievo sulla Legge Balduzzi, nota come *Cantore*⁷³. La sentenza, dopo aver premesso il proprio atteggiamento costruttivo nei confronti della riforma («*piuttosto che attardarsi nelle censure, conviene tentare, costruttivamente, di cogliere e valorizzare il senso delle innovazioni*»), affronta di petto la questione sottolineando, in perfetta continuità con la giurisprudenza "pre-Balduzzi", il ruolo "*non meccanicistico*" delle

⁶⁷ Così si esprime CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico?*, 906-907.

⁶⁸ Si tratta dell'obiezione di PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., *passim*.

⁶⁹ Cfr. PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., 2.

⁷⁰ Così la quasi totalità della dottrina, in particolare GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 833. Per quanto riguarda la giurisprudenza si rimanda alle pronunce citate nel paragrafo precedente.

⁷¹ Cfr. PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., 3; sul punto condiviso da BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 64.

⁷² Si esprime in questi termini DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 21.

⁷³ Cass. pen., Sez. IV, 29-1-2013, n. 16237, (imp. Cantore, rel. Blaiotta), cit. La sentenza, data la sua rilevanza è stata annotata da più Autori: CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in Cass. pen., 2099 ss.; ROJATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in questa *Rivista*, n. 4, 2013, 99 ss.; RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012*, cit. Ad ogni modo, *Cantore* non è la prima pronuncia successiva all'introduzione del *novum* legislativo, venendo subito dopo a Cass. pen., Sez. IV, 11-3-2013, n. 11493, (imp. Pagano, rel. Piccialli), in *Dir. pen. e processo*, 2013, 691 ss., con annotazioni (congiunte a quelle appena citate per *Cantore*) di RISICATO.

linee guida (§ 9): «Per risolverla occorre considerare che le linee guida, a differenza dei protocolli e delle check list, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massa, orientamenti. Esse, dunque, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico. Potrà ben accadere, dunque, che il professionista debba modellare le direttive, adattandole alle contingenze che momento per momento gli si prospettano nel corso dello sviluppo della patologia e che, in alcuni casi si trovi a dovervi addirittura derogare radicalmente. Il legislatore ha evidentemente tenuto conto di tale situazione, disciplinando l'evenienza di un terapeuta rispettoso delle "istruzioni per l'uso" e tuttavia in colpa».

Sempre nella prospettiva di risolvere l'apparente contraddittorietà della norma, la sentenza *Cantore* passa, poi, a delineare le due ipotesi in cui l'operatore sanitario versi in colpa pur nella compiuta osservanza dei suggerimenti clinici (§ 11). «Potrà – anzitutto – ben accadere che il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico. In tale caso, la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore non sia lieve».

In secondo luogo «potrà pure accadere che, sebbene in relazione alla patologia trattata le linee guida indichino una determinata strategia, le già evocate peculiarità dello specifico caso suggeriscano addirittura il discostarsi radicalmente dallo standard, cioè di disattendere la linea d'azione ordinaria. Una tale eventualità può essere agevolmente ipotizzata, ad esempio, in un caso in cui la presenza di patologie concomitanti imponga di tenere in conto anche i rischi connessi alle altre affezioni e di intraprendere, quindi, decisioni anche radicalmente eccentriche rispetto alla prassi ordinaria».

Si potrebbe dire, mutuando l'efficace sintesi proposta da attenta dottrina, che la Legge Balduzzi ha inteso esimere da responsabilità il sanitario attenutosi alle linee guida nei casi di «adempimenti "imperfetti" ma non rimproverabili e inadempimenti "perfetti" perché diligenti»⁷⁴. Da un lato, quindi, errori commessi nell'adempimento delle prescrizioni contenute nelle linee guida (in quest'ambito assume rilevanza anche il c.d. errore esecutivo di lieve entità), dall'altro il mancato discostamento dalle prescrizioni quando le circostanze del caso concreto suggerivano, pur in maniera non del tutto evidente o macroscopica, di elaborare un percorso terapeutico individualizzato e calibrato sulle specifiche problematiche poste dal paziente⁷⁵.

Sotto il profilo della possibile sopravvivenza di una responsabilità colposa a seguito di una condotta conforme alle linee guida, dunque, la Legge Balduzzi non pare foriera di grandi novità. Una questione, però, riemerge nonostante lo sforzo ermeneutico della sentenza *Cantore*, questione che, ancora una volta, risulta connessa all'incerto statuto giuridico delle linee guida e, in particolare, alla loro eventuale natura cautelare. In altre parole, possono le linee guida, a seguito dell'avvento dell'art. 3 e della sistemazione dogmatica operata dalla Cassazione, essere considerate regole cautelari?

Le difficoltà nello sciogliere quest'ennesimo nodo interpretativo – che, più degli altri, mette a dura prova le categorie tradizionali del diritto penale⁷⁶ – risiedono oltre che nella già segnalata incompletezza della norma, anche nel doversi misurare con una riforma che opera esclusivamente in chiave disculpante e, pertanto, non offre indicazioni univoche sulla struttura della colpa fondata sulla violazione delle linee guida che, nei casi presi in esame dalla "Balduzzi", risultano rispettate.

Sul punto, ad ogni modo, la dottrina presenta una notevole varietà di posizioni. La prima ritiene che, stante la loro innegabile funzione di tutela dei beni giuridici, non si possa fare a meno di riconoscere alle linee guida natura cautelare. Tale ammissione però, condurrebbe a imbattersi fatalmente nella contraddizione dell'"*in culpa sine culpa*", svuotando l'art. 3 di ogni senso logico, giacché verrebbe a mancare il primo presupposto della misura oggettiva della colpa, proprio la violazione della regola cautelare⁷⁷. Non a caso, secondo quest'Autore, la Cassazione avrebbe aggirato il problema, negando il valore precauzionale delle linee guida e

⁷⁴ La finezza lessicale di PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, cit., 79.

⁷⁵ E' su questa bipartizione tracciata dalla Suprema Corte per superare l'aporìa dell'"*in culpa sine culpa*" che si innesta la delicata valutazione sul grado della colpa, per la cui analisi, specie dei criteri che ne delimitano la gravità, si rimanda ai paragrafi successivi.

⁷⁶ Cfr. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., *passim*.

⁷⁷ Cfr. MANNA, *I nuovi profili della colpa medica*, 97 ss.

rifugiandosi nell'ambigua definizione di "raccomandazioni"⁷⁸.

Secondo un'altra opzione ermeneutica il legislatore avrebbe inteso qualificare *de plano* come "cautelari" le regole contenute nelle linee guida, commettendo, però, un errore di tipo "teorico e dogmatico", dal momento che molte di esse difetterebbero dei caratteri strutturali e sostanziali della regola cautelare. Di talché l'errore verrà inevitabilmente rettificato da un'interpretazione correttiva della giurisprudenza, che, mantenendo fermi i propri orientamenti, andrà a subordinare l'operatività della novella al superamento di un vaglio delle linee guida volto a verificarne, caso per caso, la natura *stricto sensu* cautelare⁷⁹.

Una terza opinione invece propende per la considerazione delle linee guida come regole cautelari (elastiche ed improprie) di colpa specifica, poiché una lettura differente «*potrebbe consentire una interpretazione in base alla quale il medico andrebbe comunque esente da colpa grave anche se ha applicato protocolli e linee guida di carattere prettamente locale, non validate dalla stessa comunità scientifica ed improntate sulla logica del risparmio di spesa*»⁸⁰. La natura cautelare delle linee guida sarebbe imposta proprio dal richiamo normativo all'accreditamento scientifico delle stesse⁸¹.

Dall'esame della sentenza *Cantore* l'unica certezza in argomento è che, a parere della Cassazione, come del resto già ribadito dalla stessa in altre occasioni, le linee guida non possono integrare regole cautelari di colpa specifica (§8): «*diverse sono le ragioni per le quali le direttive di cui si discute non divengono regole cautelari secondo il classico modello della colpa specifica: da un lato la varietà ed il diverso grado di qualificazione delle linee guida; dall'altro soprattutto, la loro natura di strumenti di indirizzo ed orientamento, privi della prescrittività propria della regola cautelare, per quanto elastica*»⁸².

In altro passaggio della motivazione, però, più precisamente laddove si individuano i parametri per graduare la colpa (§14) e, quindi, il discorso assume gli accenti propri di una prospettiva accusatoria, la Corte osserva che: «*l'entità della violazione delle prescrizioni va rapportata proprio agli standard di perizia richiesti dalle linee guida, dalle virtuose pratiche mediche o, in mancanza, da corroborate informazioni scientifiche di base. Quanto maggiore sarà il distacco del modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione*». Stando quindi a queste poche righe, le linee guida costituirebbero "regole d'azione" che contribuiscono a definire gli "standard" richiesti dal "modello di comportamento" sul quale edificare il rimprovero colposo. Anche il presente frammento della sentenza pare riecheggiare pronunce precedenti e, nella specie, la prima dopo l'avvento della "Balduzzi", secondo cui le linee guida, qualora conformi alla migliore scienza medica, conterrebbero regole di perizia⁸³.

L'inquadramento delle *Guidelines* che, allora, a parere di chi scrive, sembra meglio racchiudere la prima giurisprudenza di legittimità del "post Balduzzi" è quello di "fonti di cognizione" delle regole cautelari, ovvero strumenti che consentono all'interprete di selezionare le regole in esse contenute e fondarvi il giudizio di colpa nel caso concreto⁸⁴. Il che, tra l'altro, ben si armonizza con altri passaggi della sentenza *Cantore* (§8), secondo cui, atteso che le linee guida, "universo multiforme ed eterogeneo" nel quale non di rado si presta attenzione anche a istanze non propriamente cautelari, non possano presentarsi come "uno strumento di preconstituita, ontologica affidabilità" né per il terapeuta né per il giudice, sarà invece onere di entrambi riscontrarne, caso per caso, la corrispondenza alla miglior scienza del momento⁸⁵.

Per quanto condivisibile, però, confinare le linee guida in questa sorta di "limbo giuridico"

⁷⁸ Cfr. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 174.

⁷⁹ Così CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve*, cit., 13 ss.

⁸⁰ Così VALBONESI, *Linee guida e protocolli*, cit., *passim* e in particolare 285.

⁸¹ Cfr. S. GROSSO, *I profili di interesse penalistico del "decreto Balduzzi"*, cit., 546.

⁸² Il passaggio riportato sembra riecheggiare altre precedenti pronunce del giudice di legittimità, per esempio Cass. pen., Sez. IV, 19-9-2012, n. 35922, (imp. Ingrassia, rel. Piccialli), cit., 195. La Corte sembra fare propria una concezione delle regole cautelari di colpa specifica come maggiormente vincolanti rispetto a quelle di colpa generica. Concezione che peraltro appare condivisa dalla dottrina che ha coniato l'espressione "in culpa sine culpa" in altro scritto pubblicato precedentemente alla riforma: PIRAS-CARBONI, *Linee guida e colpa specifica*, cit., 289.

⁸³ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 11-3-2013, n. 11493, (imp. Pagano, rel. Piccialli). Rileva, invece, un contrasto tra le due pronunce (*Pagano* e *Cantore*) MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico tra diritto scritto e diritto vivente*, cit., 1199, il quale auspica l'intervento delle Sezioni Unite.

⁸⁴ Cfr. CASTRONUOVO-RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., 973 ss.

⁸⁵ Le preoccupazioni espresse dalla Corte somigliano molto a quelle che inducono CASTRONUOVO-RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., a escludere che le linee guida siano fonti di produzione delle regole cautelari, ma solo, come detto, "fonti di cognizione" delle stesse.

non costituisce un'operazione priva di conseguenze, presentando il rischio di riproporre il modello di un giudice "arbitro della fattispecie penale" ed esposto alla tentazione di sostituire al giudizio *ex ante* la famigerata clausola *post hoc propter hoc*⁸⁶.

In definitiva, prescindendo da difficili ed incerte definizioni, ciò che emerge dal dibattito sulla natura cautelare delle linee guida è che la Legge Balduzzi, lungi dall'aver consacrato la standardizzazione delle regole cautelari in ambito medico, ha, sotto questo profilo, deluso le aspettative di cui era stata – forse troppo frettolosamente – gravata. Ma non poteva essere altrimenti: come visto, essa sconta i limiti ontologici presentati dallo strumento scelto per siffatta positivizzazione del sapere medico, le linee guida.

Ecco che, a maggior ragione, svanita l'illusione della "tipizzazione" e codificazione delle *leges artis* in ambito sanitario, le ultime speranze di novità e progresso vanno riposte nella restrizione della responsabilità ai casi di colpa "non lieve".

Prima di proiettarsi sui profili più problematici di tale nuova graduazione dell'imputazione colposa, però, vanno affrontati alcuni aspetti della riforma strettamente connessi al giudizio di colpa fondato sulle linee guida, ovvero – nell'ordine – se l'eventuale esenzione per colpa grave sia da ricondursi alla sola perizia, l'individuazione di quali linee guida, se osservate, disculpino il sanitario, come definire le "buone pratiche" che la Legge Balduzzi associa alle linee guida.

5. Dopo il ritorno alla colpa generica: l'esonero per colpa lieve limitato alla sola perizia?

Ricondotte le linee guida nell'alveo della colpa generica, occorre ulteriormente collocarle all'interno della tripartizione tra negligenza, imprudenza e imperizia proposta dall'art. 43 c.p.

Al proposito, è costante opinione della giurisprudenza di legittimità che le linee guida contengano esclusivamente regole di perizia, di talché pure la recente restrizione di responsabilità prevista dalla "Balduzzi" opererebbe solo sul terreno dell'imperizia lieve⁸⁷.

Tale affermazione non è condivisa dalla dottrina prevalente, che osserva come non di rado le linee guida – e ancor di più i protocolli – mirino ad assicurare sì la perizia dell'operatore sanitario, ma anche la diligenza e la tempestività del suo intervento, facendo sì che l'importanza della distinzione venga decisamente a sfumarsi⁸⁸.

L'orientamento giurisprudenziale pare, invece, condizionato dal dibattito precedentemente sviluppatosi attorno all'applicabilità penale dell'art. 2236 c.p., nel quale era – ed è tuttora – dato pacifico che, proprio in ragione della particolare difficoltà tecnica dei casi affrontati dal prestatore d'opera, la punibilità soltanto per colpa grave sia limitata all'ambito dell'imperizia.

Sembrirebbe allora più corretto e più confacente alla *ratio* della norma riconoscerne l'operatività anche in relazione a condotte lievemente negligenti o imprudenti. Il problema tuttavia, rimane, a nostro avviso, di scarso rilievo, dal momento che appare difficile che la giurisprudenza possa enucleare situazioni di imprudenza o negligenza di lieve entità nel settore della responsabilità medica, sembrando essa orientata, visto il rigoroso metro adottato, a negare *in radice* la compatibilità tra dette forme di colpa generica e la lievezza della colpa⁸⁹. Ed anzi, potrà costituire un contesto fecondo di casistica relativa alla colpa grave quello del medico che, pur

⁸⁶ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 175. Tale rischio, peraltro, è ben noto all'estensore la sentenza *Cantore* (§7): «con la colpa generica dobbiamo in qualche modo fare i conti, perché è illusorio pensare che ogni contesto rischioso possa trovare il suo compiuto governo in regole precostituite e ben fondate, aggiornate, appaganti rispetto alle esigenze di tutela. Qui si annida un grande pericolo: il giudice prima definisce le prescrizioni o l'area del rischio consentito e poi ne riscontra possibile violazione, con una innaturale sovrapposizione di ruoli che non è sufficientemente controbilanciata dalla terzietà». Sull'agente modello e la sua propensione a incarnare gli standard sempre più elevati individuati dal giudicante, si vedano le imprescindibili (ed ironiche) considerazioni di GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in DONINI-ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 73-77.

⁸⁷ Concordano sul punto tutte le pronunce della Cassazione nel *post* Balduzzi, a cominciare da *Cantore* (§11) e da Cass. pen., Sez. IV, 11-3-2013, n. 11493, (imp. Pagano, rel. Piccialli), cit., secondo cui «non può, pertanto, essere utilmente evocata l'applicazione delle linee guida che riguardano e contengono solo regole di perizia e non afferiscono ai profili di negligenza e imprudenza»; Cass. pen., Sez. IV, 11-4-2014, n. 15495, (rel. Montagni), in *Guida dir.*, 2014, 25, 84 ss. In dottrina invece, PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., 3; RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012*, cit., 700.

⁸⁸ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 178; DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 7.

⁸⁹ Sostiene, infatti BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 65: «io credo che, in linea di massima, sia proprio il concetto di negligenza ad essere incompatibile con la lievezza della colpa: come è possibile ritenere la colpa lieve quando ci si trovi in presenza di trascuratezza, mancanza di attenzione, disinteresse, mancata considerazione dei segnali di pericolo ecc.?».

essendosi attenuto perfettamente agli standard di perizia prescritti dalle linee guida, versi in colpa grave per aver, ad esempio, consultato frettolosamente la cartella clinica, ovvero per aver negligenzemente dimenticato alcuni dati fondamentali nella raccolta anamnestica, o, infine, dimesso il paziente imprudentemente.

6.

Quali linee guida?

Strappata la norma al pericolo di un'interpretazione "antinomica" che ne avrebbe precluso ogni ipotesi applicativa e circoscritta l'operatività dell'esenzione per colpa lieve al solo terreno dell'imperizia, restano da sciogliere altri – non meno – delicati nodi ermeneutici.

Un problema cruciale, momentaneamente accantonato nel corso dei precedenti paragrafi, attiene all'esatta individuazione di quali linee guida possano, se osservate, fondare l'esonero di responsabilità per l'esercente la professione sanitaria nei casi di colpa lieve⁹⁰. L'art. 3, infatti, quale unico presupposto per la restrizione di responsabilità, si limita a richiedere che le linee guida (e le buone pratiche) siano "accreditate dalla comunità scientifica".

La questione si pone sotto due distinti profili, l'uno relativo ai soggetti coinvolti nella redazione e nella certificazione della validità dei suggerimenti clinici, l'altro, invece, inerente all'eventuale rilevanza nel giudizio di colpa di linee guida contrassegnate dal temperamento di una *ratio* propriamente cautelare con finalità di risparmio e di omogenea allocazione delle risorse disponibili.

Quanto al primo aspetto, si è già segnalata la proliferazione incontrollata dei suggerimenti clinici, oggi formulati da una fitta schiera di soggetti diversi, ognuno dei quali portatore di interessi eterogenei e, talvolta, confliggenti tra loro. Tale fenomeno ha indotto molti Stati a munirsi di un sistema di controllo delle linee guida che ne garantisca un primo vaglio di attendibilità e scientificità. Sull'esempio dell'esperienza statunitense, che già da alcuni decenni prevede un modello di accreditamento formale delle *Guidelines*, raccolte in un'apposita banca dati⁹¹, anche l'Italia ha affidato all'Istituto Superiore di Sanità una preliminare funzione di controllo della validità scientifica delle linee guida⁹².

La Legge Balduzzi, ad ogni modo, non contempla nulla di tutto ciò e, proprio in ragione della incompleta formulazione testuale, a giudizio del Tribunale di Milano, anche il laconico riferimento a quelle "accreditate dalla comunità scientifica" costituirebbe una violazione del principio di tassatività⁹³.

A prescindere dalla fondatezza della questione sollevata avanti al Giudice Costituzionale, il legislatore sembrerebbe aver optato per un criterio di tipo "contenutistico" quale la condivisione da parte della comunità scientifica dei suggerimenti contenuti nelle linee guida e nelle buone pratiche, rinunciando invece a indicare soggetti estensori particolarmente qualificati o modalità di accreditamento formale⁹⁴. In questa prospettiva, la fonte delle linee guida, per quanto autorevole e indipendente, rifuggendo ogni apriorismo, potrà al più fungere da indizio circa la loro bontà⁹⁵.

Ne consegue che il vaglio circa l'affidabilità terapeutica delle linee guida invocate a propria difesa dal sanitario dovrà essere effettuato, volta per volta, dal Giudice con la necessaria mediazione dell'esperto⁹⁶. Al giudicante e al suo perito viene dunque richiesto di valutare in concreto il grado di consenso riscosso nella letteratura di riferimento dal percorso terapeutico

⁹⁰ Cfr. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 62.

⁹¹ DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., 20.

⁹² Cfr. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 15; CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico?*, cit., 883 ss.

⁹³ Soluzione, quella di fare riferimento a un organismo apposito cui affidare il vaglio sulla scientificità delle linee guida, auspicata anche da parte della dottrina. Si vedano infatti PIRAS, *In culpa sine culpa?*, cit., 4; e VALBONESI, *Linee guida e protocolli*, cit., 300.

⁹⁴ PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, cit., 80; BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 62.

⁹⁵ DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 15. Considera criteri fondamentali quelli dell'indipendenza e autorevolezza del soggetto estensore BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 55.

⁹⁶ DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 15.

suggerito nelle linee guida⁹⁷, prestando particolare attenzione anche al grado di aggiornamento delle stesse. Di norma, quindi, non potrà godere dei vantaggi della riforma l'operatore sanitario che si conformi a prescrizioni cliniche ormai superate scientificamente (c.d. criterio dell'attualità)⁹⁸. Peraltro, l'applicazione della nuova norma – e in particolare l'analisi del giudice circa l'accreditamento della comunità scientifica – potrà giovare dell'esperienza maturata dalla giurisprudenza di legittimità che, anche prima dell'approvazione della Legge Balduzzi, si è confrontata con il problema della provenienza delle linee guida valide nel giudizio di colpa⁹⁹.

Il secondo quesito originato dalla sintetica disposizione contenuta nell'art. 3 riguarda la possibilità che l'esonero per colpa lieve possa derivare anche dall'osservanza di prescrizioni che non presentino una *ratio* strettamente ed esclusivamente cautelare, ma che ad essa combinino anche finalità di tipo organizzativo ed economico, le quali, fatalmente, finiscono per "annacquare" la funzione di tutela della salute dei pazienti.

La dottrina prevalente¹⁰⁰, avallata sul punto da un atteggiamento giurisprudenziale connotato da costante (e, talvolta, prevenuta) inflessibilità¹⁰¹, è orientata verso il deciso rifiuto di una simile linea interpretativa, rifacendosi al principio per cui «il medico, nella pratica della professione, deve con scienza e coscienza perseguire un unico fine: la cura del malato utilizzando i presidi diagnostici e terapeutici di cui dispone al tempo la scienza medica, senza farsi condizionare da esigenze di diversa natura, da disposizioni, considerazioni, valutazioni, direttive che non siano pertinenti rispetto ai compiti affidatigli dalla legge ed alle conseguenti relative responsabilità»¹⁰².

Quest'impostazione risulta visibilmente coerente con quanto a suo tempo evidenziato circa lo statuto giuridico delle linee guida accolto nella giurisprudenza di legittimità e, segnatamente, con la massima discrezionalità attribuita al giudicante nel selezionare, di volta in volta, le linee guida a contenuto "cautelare". Una sì radicale esclusione, però, appare inadeguata a cogliere lo spirito che ha indotto il legislatore a introdurre una forma qualificata di imputazione soggettiva e a subordinarla al rispetto delle linee guida e delle buone pratiche mediche¹⁰³. Al proposito, parte della dottrina ha sviluppato condivisibili considerazioni volte ad estendere l'operatività della Legge Balduzzi ai casi in cui il sanitario abbia osservato suggerimenti clinici che rispondano *anche* ad esigenze di carattere economicistico¹⁰⁴.

A una simile impostazione si perviene, da un lato, sottolineando i contenuti "cautelari" dei cosiddetti "protocolli misti", ovvero protocolli diretti a soddisfare, senza che vi sia una integrale dispersione della finalità terapeutica, sia esigenze di cura che di bilancio; dall'altro lato, inquadrando l'operato del medico in un contesto il più possibile aderente alla realtà¹⁰⁵.

Quanto a quest'ultimo profilo, è noto come il servizio sanitario nazionale viva ormai da tempo al di sopra delle proprie possibilità e sia oggi chiamato a fronteggiare l'aumento dei costi per le prestazioni sanitarie più avanzate e la contestuale, opprimente necessità di ridurre

⁹⁷ In termini simili si è espressa anche la sentenza *Cantore* § 8: «anche nell'ambito delle linee guida non è per nulla privo di interesse valutare le caratteristiche del soggetto o della comunità che le ha prodotte, le sue veste istituzionali, il grado di indipendenza da interessi economici condizionanti. Rilevano altresì il metodo dal quale la guida è scaturita, nonché l'ampiezza e la qualità del consenso che si è formato attorno alla direttiva. (...) Il legislatore ha evidentemente inteso la delicatezza del problema e ne ha indicata la soluzione rapportando le linee guida e le pratiche terapeutiche all'accreditamento presso la comunità scientifica. Il terapeuta, dunque, potrà invocare il nuovo, favorevole parametro di valutazione della sua condotta professionale solo se si sia attenuto a direttive solidamente fondate e come tali riconosciute».

⁹⁸ In proposito si veda VALBONESI, *Linee guida e protocolli*, cit., 277; la quale, in modo condivisibile, fa altresì notare come rimanga imprescindibile una valutazione sull'esigibilità della conoscenza della modifica intervenuta nelle linee guida, a seguito della quale sarà rimproverabile solo il medico la cui mancata contezza dell'aggiornamento integri i requisiti della colpa grave.

⁹⁹ Così PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, cit., 83. Un esempio in questo senso è costituito dal già menzionato caso *Duce*, in cui l'assoluzione del sanitario si era fondata sull'osservanza delle direttive dettate dal trattato di cardiologia di E. Braunwald, riconosciuto dall'intera comunità scientifica come "la Bibbia dei cardiologi mondiali" (cfr. Cass. pen., Sez. IV, 2-3-2007, n. 19354, cit).

¹⁰⁰ In questo senso BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., *passim*; CASTRONUOVO, RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., 977, che però evidenziano come «per evitare che siano rovesciati sul singolo medico le deficienze del sistema della macroallocazione delle risorse, deve ammettersi che, se al singolo medico non sia possibile una tempestiva giusta cura, venga meno la punibilità».

¹⁰¹ Tale orientamento risultava ben consolidato già prima dell'approvazione del "Decreto Sanità". La sentenza della Suprema Corte più significativa in questo senso è costituita da *Grassini*, sulla cui più approfondita analisi si tornerà a breve. Seguono questa impostazione però, anche tutte le altre pronunce in materia di linee guida, tra cui, da ultimo, la più volte citata *Cantore*.

¹⁰² Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 19-9-2012, n. 35922, (imp. Ingrassia, rel. Piccialli), cit., 194.

¹⁰³ DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 6, che collega la limitatezza delle risorse disponibili a profili soggettivi di inesigibilità della condotta conforme a dovere da parte del sanitario.

¹⁰⁴ Pur con accenti diversi, DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 15; VALBONESI, *Linee guida e protocolli*, cit., 274; GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., *passim*; ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., 223.

¹⁰⁵ VALBONESI, *Linee guida e protocolli*, cit., 274.

drasticamente la spesa pubblica¹⁰⁶. In una simile contingenza storica ed economica, in cui le risorse risultano più che mai limitate, diventa essenziale – nonché rispettoso dei principi di uguaglianza e di solidarietà – ottimizzare le procedure terapeutiche per garantire, attraverso il contenimento degli sprechi, l'assistenza medica ad una platea di utenti che sia il più vasta possibile¹⁰⁷.

In una siffatta prospettiva, assumeranno rilievo ai sensi dell'art. 3 anche i suggerimenti clinici formulati dai singoli ospedali e diretti ad assicurare il miglior rendimento possibile delle strutture sulla base delle risorse e delle attrezzature disponibili. Laddove le prescrizioni cliniche formulate a livello locale integrino il precipitato di linee guida di respiro internazionale, non verrà meno neanche la misura cautelare, giacché il trattamento migliore, non può che risultare quello che, in ottica decentrata, abbia adeguato i generali principi espressi dalla migliore letteratura al contesto concreto della struttura¹⁰⁸. Escludere dai vantaggi previsti dalla riforma i medici che si attengono a direttive redatte a livello locale, d'altronde, comporta il rischio di far gravare (penalmente) sul sanitario l'impossibilità del suo ente ospedaliero di conformarsi, per inefficienze organizzative, per carenze finanziarie o per erronee scelte politiche, ai migliori risultati cui è pervenuta la scienza internazionale¹⁰⁹. In sostanza, il problema attiene al «*gap destinato ad approfondirsi tra le potenzialità scientifiche e tecnologiche consentite da scoperte e sperimentazioni sempre nuove, ed effettive disponibilità finanziarie; in altre parole attiene al ben noto divario tra ciò che il medico potrebbe astrattamente fare (e che nella valutazione giudiziaria si traduce per ciò spesso in ciò che avrebbe dovuto fare) e quello che è nelle condizioni di fare nel contesto concreto, quando segnalato da limitatezza di risorse materiali ed umane*»¹¹⁰.

In definitiva, sembra corretto affermare che, qualora le linee guida non incrementino il livello di rischio per il paziente (non dimentichiamoci infatti che le linee guida, per giocare un ruolo nel giudizio di responsabilità colposa, abbisognano di essere «*accreditate dalla comunità scientifica*»)¹¹¹, vale a dirsi la finalità cautelare e quella organizzativa o di risparmio non siano in espresso contrasto tra loro, nulla osta a che esse incidano sul rischio consentito favorendo

¹⁰⁶ Sottolinea l'impennessa dei costi legati alla sempre maggiore "tecnologizzazione" della medicina DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., 19.

¹⁰⁷ In questo senso GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 828; VALBONESI, *Linee guida e protocolli*, cit., 275; DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico*, cit., 83. Negli Stati Uniti il dibattito in materia risulta già avviatissimo, tanto che si parla di una vera e propria "etica dello spreco": H. BRODY, *From an Ethics of Rationing to an Ethics of Waste Avoidance*, in *The New England Journal of Medicine*, 24 maggio 2012, 1949.

¹⁰⁸ Così VALBONESI, *Linee guida e protocolli*, cit., 274. Proprio qui si cela però un aspetto paradossale, poiché «*le linee guida, per avere una qualche utilità in chiave di pertinenza, vanno specificate con riferimento alla realtà che mirano a disciplinare, sino a tradursi in protocolli individualizzati, ma, quando ciò accade, perdono molto della loro credibilità, essendo fin troppo facile supporre che siano state piegate a valutazioni di tipo economico. Se invece appaiono attendibili, ciò accade perché prescindono dalle specificità organizzative e strutturali delle singole realtà ospedaliere e/o sanitarie; allora però raramente si rivelano utili e/o pertinenti nel giudizio penale. Si tratta di un paradosso probabilmente irrisolvibile, la cui gestione è affidata di caso in caso alla sapienza ed alla "cultura delle garanzie" del giudice*». In questi termini DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 17.

¹⁰⁹ È significativo il dato riportato da LONGO-PISA, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, cit., 7 ss.; secondo cui il 33% dei decessi dovuti a *malpractice* andrebbero ricondotti a difetti strutturali delle organizzazioni ospedaliere. Sottolinea invece che un bilanciamento costi-benefici laddove non sia espressamente previsto da linee guida dettate dall'amministrazione finisce per essere imposto informalmente dagli amministratori, MICHELETTI, *La colpa del medico, prima lettura di una ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, 205. In quest'ottica assume interesse il problema, in dottrina sollevato solo da BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 54, di una eventuale responsabilità penale del soggetto estensore delle linee guida.

¹¹⁰ DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico*, cit., 63. Nei paesi anglosassoni lo *standard* cautelare nel giudizio di colpa, prima dell'avvento delle linee guida, era individuato sulla base delle prassi diffuse nel particolare luogo in cui il paziente riceveva la prestazione (c.d. *locality rule*). La *ratio* di questa regola consisteva nell'impedire che i medici delle zone rurali fossero giudicati con i severi standard dei medici delle grandi metropoli. Il problema era particolarmente avvertito negli Stati Uniti, in cui è più accentuato il divario tra le diverse aree geografiche sia in termini di distribuzione della popolazione, sia con riguardo al personale e alle risorse finanziarie. Sul tema si veda DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., 69.

¹¹¹ Cfr. S. GROSSO, *I profili di interesse penalistico del "decreto Balduzzi"*, cit., 545.

criteri organizzativi meno dispendiosi¹¹².

A giudicare dagli orientamenti espressi in materia dalla Corte di Cassazione, sarà molto difficile che le considerazioni poc'anzi sviluppate possano permeare nella giurisprudenza di legittimità che, come già evidenziato, si è da sempre attestata su posizioni connotate da estremo rigore e, talvolta, anche da un prevenuto scetticismo nei confronti delle linee guida, più volte tacciate di essere “*ciniche e pigre*”¹¹³.

Atteso che anche le prime sentenze del “*post Balduzzi*” sembrano indirizzate nella medesima direzione¹¹⁴, l'espressione più emblematica di questo atteggiamento risulta in particolare da una pronuncia immediatamente precedente alla conversione del “Decreto Sanità”, nota come *Grassini*¹¹⁵, il cui caso sottostante appare perfetto per misurarsi con il problema della coabitazione tra misura cautelare ed istanze di contenimento della spesa nella stessa direttiva clinica.

La vicenda riguardava il decesso di un paziente che, dimesso dopo nove giorni di ricovero per un infarto miocardico, veniva colpito da un nuovo attacco di fibrillazione, rivelatosi poi fatale, la sera stessa delle dimissioni dall'ospedale. Il medico curante aveva addotto a propria difesa le linee guida della struttura, che prevedevano la dimissione del paziente allorché si fosse raggiunta la stabilizzazione del quadro clinico, come effettivamente verificatosi, e non vi fossero indici obiettivamente contrari alla dimissione.

L'annullamento della sentenza della Corte d'appello appare fondata, posto che già sul piano della prevedibilità dell'evento il curante appariva esente da colpa, su una radicata diffidenza nei confronti delle linee guida. La Corte si mostra ancorata a una netta contrapposizione dicotomica tra la tutela della salute e le esigenze gestionali, quando, al contrario, le linee guida invocate a sua difesa dal curante fondevano profili cautelari (l'attesa di un quadro clinico “stabilizzato”) ed evidenti finalità organizzative (le dimissioni di un paziente ormai fuori pericolo per liberare un posto di ricovero).

Sotto questi profili è auspicabile che la nuova disciplina introdotta dall'art. 3 sia di impulso per pronunce meno sospettose verso il c.d. *rationale* economico e più attente a verificarne la reale incidenza sui contenuti cautelari.

7.

Il problema delle “*buone pratiche*”: rigidi protocolli o prescrizioni “*off label*”?

L'analisi sinora condotta si è incentrata esclusivamente sulle linee guida e sull'impatto delle stesse sulla teoria della colpa a seguito della conversione in legge del c.d. “Decreto Sanità”. Alle *Guidelines*, però, la norma associa le “*buone pratiche*” mediche le quali, al pari delle prime, se “*accreditate dalla comunità scientifica*”, limitano la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria che vi si sia attenuto ai soli casi di colpa non lieve.

Il richiamo alle “*buone pratiche*”, passato un po' in secondo piano nei primi commenti focalizzati sulle più celebri e affermate linee guida, rischia, data l'imprecisione terminologica

¹¹² GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 828. Che le linee guida vadano alla ricerca di modalità terapeutiche al contempo valide per il paziente ed efficienti economicamente accade molto più spesso di quanto generalmente si creda. Nota CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle “linee guida”, tra colpa grave e colpa lieve*, cit., 14, che non di rado si rinvergono nelle linee guida «locuzioni del tipo: “gli autori concludono che l'intervento è fattibile e sicuro, e consente un abbattimento dei costi rispetto al ricovero ordinario”; ovvero: “a fronte dell'accresciuta offerta di prestazioni di diagnostica per immagini sempre più evolute, viene inoltre segnalata la necessità di migliorare l'appropriatezza del loro utilizzo, in modo da contenere i costi e il rischio radiologico...».

D'altra parte, la riforma nel suo complesso è evidentemente ispirata da logiche di tipo economicistico, di talché un'interpretazione teleologica porterebbe a non escludere la rilevanza delle linee guida finalizzate al risparmio di spesa. In questo senso specialmente VALLINI, *L'art. 3 del “Decreto Balduzzi”*, cit., 741. Concorda sul punto anche ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., che aggiunge (223): «l'affermazione di responsabilità andrà di norma esclusa anche laddove, nell'interpretazione del contenuto di linee guida e prassi si registri la compresenza di valutazioni medico-scientifiche e di valutazioni volte all'ottimizzazione delle risorse o comunque non possa considerarsi del tutto azzerato – ma solo ragionevolmente contenuto – il rischio del verificarsi di eventi lesivi. In detti casi il legislatore, nel delicato bilanciamento di interessi contrapposti, ha esplicitamente inteso privilegiare le esigenze di tassatività e certezza rispetto al soddisfacimento di istanze di tutela, con ciò restituendo alla sanzione penale il suo carattere di sussidiarietà e di extrema ratio (conclusione ulteriormente comprovata dal residuale rinvio al profilo risarcitorio della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.)».

¹¹³ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 22-11-2011, (rel. Blaiotta), in *Cass. pen.*, 2012, 2077 ss., con nota di FERRARO.

¹¹⁴ Ci si riferisce in particolare alle già più volte citate sentenze *Cantore e Pagano*.

¹¹⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 23-11-2010, n. 8254, (imp. Grassini), in *Cass. pen.*, 2012, 542 ss., con commenti di CAMPANA, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle “linee guida” e responsabilità penale del medico*; e MARRA, *L'osservanza delle c.d. “linee guida” non esclude di per sé la colpa del medico*.

che connota la *subiecta materia*¹¹⁶, di risultare uno dei punti più controversi del nuovo testo di legge¹¹⁷.

Un primo orientamento emerso in dottrina è incline a identificare le buone pratiche con i protocolli medici¹¹⁸. Il motivo sottostante alla diffusione di quest'opzione interpretativa sembra dover essere rintracciato nell'uso indifferenziato e alternativo dei concetti di "linee guida" e "protocolli" fatto proprio da parte della letteratura¹¹⁹.

Per contro, altra parte della dottrina, specie medico-legale, ritiene preferibile fornire un'autonoma definizione dei protocolli, qualificabili come «*predefiniti schemi di comportamento diagnostico terapeutico (...), una sequenza di comportamenti ben definiti come occorre, ad esempio, all'interno di un programma di ricerca clinica*»¹²⁰. I protocolli, quindi, rispetto alle linee guida, presenterebbero un carattere più rigido e inflessibile: non un "percorso terapeutico ideale" costruito su suggerimenti da adeguare al caso concreto e dal valore solo tendenziale, ma una serie di istruzioni di comportamento terapeutico-diagnostico che descrivono le procedure da seguire nel tassativo ordine da essi prescritto in relazione a determinati casi clinici¹²¹. Tra linee guida e protocolli, in ogni caso, non sarebbe ravvisabile una cesura, anzi, questi ultimi costituirebbero un "naturale sviluppo" delle *Guidelines*, specificandone, attraverso precise indicazioni terapeutiche, il noto grado di indeterminazione¹²².

Tra i protocolli devono essere annoverate anche le cd. *checklist*¹²³, vale a dirsi «*liste o schemi di controllo mutuati dall'esperienza pionieristica dell'aviazione civile, che si prefiggono di "catturare" gli errori generati dalla complessità crescente dell'ars medica. (...) Essi consistono in una corolla di adempimenti necessari e sistematici, ciascuno dei quali va eseguito e "spuntato" dalla lista prima di procedere al compimento del successivo. (...) Se una verifica non ha avuto luogo, o se ha prodotto un risultato di segno negativo, nel senso che l'azione non è stata eseguita secondo la procedura corretta, non si può proseguire alla fase seguente*»¹²⁴.

Senonché, intendere le "buone pratiche" come "protocolli" comporta un duplice ordine di inconvenienti.

Anzitutto implica il riaffacciarsi sulla scena dell'obiezione dell'"*in culpa sine culpa*", già affrontata (e superata) in relazione alle linee guida, ma qui difficilmente aggirabile dal momento che, dato il loro carattere rigido e imperativo, risulta quasi impensabile ipotizzare una colpa – sia essa lieve o grave – in capo al sanitario che si sia scrupolosamente attenuto alle dettagliate procedure descritte nei protocolli o nelle *checklist*¹²⁵.

In secondo luogo, è indubbio che, a differenza delle *Guidelines* le quali – per lo meno a giudizio della giurisprudenza – contengono solo regole di perizia, i protocolli prevedano in prevalenza regole procedurali volte a evitare che l'evento lesivo si verifichi a causa di negligenza o imprudenza¹²⁶. Ne deriverebbe la scusabilità anche di negligenze o imprudenze lievi, cosa che parte dei commentatori, ma soprattutto, come detto, la Corte di Cassazione, tendono ad escludere con fermezza al fine di non ampliare eccessivamente l'ambito di operatività dell'art.

¹¹⁶ Cfr. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 180, che, a ragione, lamenta come le scelte terminologiche non risultino affatto condivise.

¹¹⁷ Di quest'avviso, RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico: è vera imperizia?*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, 421 ss.

¹¹⁸ Così soprattutto GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., *passim*; ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., 224; VALBONESI, *Linee guida e protocolli*, cit., *passim*; CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica*, cit., 2099 ss.; PAVICH, *Linee guida e buone pratiche*, cit., 902 ss.

¹¹⁹ Segnala, a ragione, come spesso i due concetti vengano a sovrapporsi e i due termini siano usati indistintamente MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 133. Sostiene invece l'assenza di differenze qualitative tra le due categorie MICHELETTI, *La normatività della colpa medica*, cit., 274: «*con il termine Guidelines s'intendono, come noto, i protocolli operativi redatti da autorevoli fonti...*».

¹²⁰ TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico-legali*, cit., 194. Definizione condivisa anche da DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., 10.

¹²¹ Cfr. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico?*, cit., 907.

¹²² Cfr. VALBONESI *Linee guida e protocolli*, cit., 270.

¹²³ Si veda tra i tanti, BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 60.

¹²⁴ Cfr. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico?*, cit., 907.

¹²⁵ Cfr. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., 224. In questo senso, pur non in relazione alla Legge Balduzzi, anche CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1758, secondo il quale «*la possibilità di uno "scarto" tra modello e soggetto, meritevole di considerazione in sede di colpevolezza, sarà inversamente proporzionale, senza annullarsi del tutto, al grado di complessità organizzativa dell'attività svolta in concreto, nonché alla presenza di protocolli procedurali sufficientemente rigidi*». Oltretutto, come nota CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico?*, cit., 922, protocolli e *checklist* non sono mai animati da fini di contenimento della spesa pubblica, non venendo mai, dunque, ad affievolire la propria natura esclusivamente cautelare.

¹²⁶ RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico*, cit., 424. In senso confermativo ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., 225.

3, specie in relazione a situazioni che non sarebbero meritevoli di una norma di favore¹²⁷.

Attese dunque le difficoltà nel riferire le buone pratiche al *genus* dei protocolli, l'alternativa consiste nel ritenere l'espressione utilizzata dal legislatore un "pleonismo giuridico", un'endiadi priva di ogni rilievo pratico¹²⁸, oppure abbozzare un'interpretazione "costruttiva" del sintagma.

Nella prospettiva di attribuire un significato autonomo alle "buone pratiche" e di salvare (ancora una volta) la norma, allora, appare più convincente la tesi secondo cui «*il concetto di buone pratiche sembra fare riferimento più che ad una disciplina regolamentata (come avviene nelle linee guida e nei protocolli) alla concreta attuazione delle medesime linee guida o a procedure non previste dalle linee guida ma comunemente applicate, e di cui sia riconosciuta l'efficacia terapeutica o comunque la non dannosità per il paziente. Per esemplificare se la somministrazione di un farmaco, pur non specificamente indicato e non previsto dalle linee guida per il contrasto di una determinata patologia (c.d. farmaci off. label), ha dato, in un numero significativo di casi, effetti positivi e mai negativi il medico che lo somministra si attiene ad una buona pratica*»¹²⁹.

Sembrerebbe privilegiare questa opzione interpretativa, o quantomeno escludere che le "buone pratiche" possano essere intese come i protocolli, anche la giurisprudenza di legittimità che, nella motivazione della più volte richiamata sentenza *Cantore* (S9), sottolinea la flessibilità delle linee guida proprio contrapponendole ai protocolli e rilevando come: «*le linee guida, a differenza dei protocolli e delle checklist, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti*».

8.

Il limite della colpa grave come *extrema ratio* e la pretesa violazione del principio di uguaglianza da parte della Legge Balduzzi.

Come già anticipato, la vera carica innovativa della Legge Balduzzi consiste nella delimitazione della responsabilità del sanitario alle sole ipotesi di colpa grave. Anche sotto questo profilo, in realtà, la riforma si colloca nel solco di un dibattito già da tempo avviato, sia con precipuo riguardo all'attività medico-chirurgica, per tramite della *querelle* relativa all'art. 2236 c.c., che in relazione a un'eventuale estensione della forma qualificata della colpa grave quale ordinario criterio di imputazione dei delitti colposi.

Il tema della punibilità della colpa lieve, come detto, è stato non a torto definito "*perennemente de lege ferenda*"¹³⁰. Già Francesco Carrara, agli albori del secolo scorso, si schierava per la "causa riduzionista"¹³¹, ma anche in tempi recenti, una nutrita e autorevole parte della nostra dottrina ha auspicato di "*estendere il più possibile i casi di imputazione solo per colpa grave*"¹³². Un

¹²⁷ RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico*, cit., 424.

¹²⁸ In questo senso RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico*, cit., 424; ma anche PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit. 129 BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 64. Sostanzialmente concordi DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 10, che interpreta la nozione di buone pratiche come "*prassi non scritte purché rispettose degli standard scientifici*", nonché POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in questa *Rivista*, n. 4, 2013, 101; secondo cui il riferimento alle buone pratiche accanto alle linee guida avrebbe la funzione di evitare gli effetti pregiudizievole di un'eccessiva standardizzazione del comportamento del medico.

¹³⁰ L'espressione che è di DONINI, (voce) *Teoria del reato*, cit., 221; viene utilizzata in relazione alla punibilità della colpa lieve da CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit, 531.

¹³¹ Cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte Speciale*. Firenze, 1909.

¹³² Così DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2013, 154. Si assestavano già su queste posizioni, pur con sostanziali e apprezzabili differenze, lo stesso DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, *passim*; CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit. 411; CADOPPI, *Mens Rea*, in *Digesto Pen.*, IV ed, Torino, 1993, 618 ss.; GIUNTA, *Il trattamento differenziato dei reati colposi: spunti per una riforma*, in *Studi senesi*, 1994, 22; CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004; WENIN, *La categoria della "Leichtfertigkeit" nell'esperienza tedesca ed europea*, in *Ind. Pen.*, 2005, 239; DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della gravità ex art. 2236 c.c. alle prospettive della Gross Negligence anglosassone*, in *Ind. Pen.*, 2004, 733 ss. In senso sostanzialmente concorde anche PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, cit., 75 ss.; e MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 194, secondo cui, «*v'è però seriamente da domandarsi se affidare al risarcimento del danno, e quindi ai meccanismi assicurativi, la tutela in materia di diritti fondamentali della persona, come quelli riguardanti in generale la salute, sia un modello efficace oppure si inserisca in una prospettiva quasi da lex mercatoria, nel senso che la monetizzazione di danni talvolta irreparabili, quali quelli alla vita e sovente anche all'integrità fisica, possano davvero essere efficacemente compensati soltanto con, magari talvolta anche ingenti, somme di denaro*». Da ultimo, nell'ambito di una proposta di riforma complessiva della responsabilità del sanitario avanzata dal Centro Studi Federico Stella, si è proposta la delimitazione della colpa del medico ai soli casi gravi in FORTI-CATINO-D'ALESSANDRO-MAZZUCATO-VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010. Su detta proposta di riforma, diffusamente ROJATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., 395 ss.

simile orientamento di politica legislativa avrebbe il pregio, da un lato, di consentire il superamento delle forme di “responsabilità oggettiva occulta” celate dietro il “*maquillage*” di facciata della colpa lieve¹³³, e, dall’altro, di rompere quel rapporto di “*unitarietà dogmatica*” che ormai sembra involgere la colpa “civile” e quella “penale”, cagionando l’appiattimento della seconda sulla prima¹³⁴.

Con riguardo a quest’ultimo profilo, infatti, elevare la soglia della punibilità della colpa a forme “significative” della stessa, prescindendo dunque dalle trasgressioni colpose di lieve entità, solitamente connotate da un’ineliminabile componente di casualità e di sorte nella verifica dell’evento¹³⁵, implicherebbe un recupero del carattere di sussidiarietà ed *extrema ratio* dello strumento penale¹³⁶, depurandolo, peraltro, dalle attuali commistioni tra fini della pena e pretese meramente risarcitorie¹³⁷.

Secondo questa prospettiva, dunque, la Legge Balduzzi dovrebbe costituire un innegabile passo in avanti. Anche sul punto, però, la nuova disposizione è stata oggetto di decise censure, peraltro di segno diametralmente opposto.

Da una parte – ed è questa la posizione assunta dal Tribunale di Milano nell’eccezione di illegittimità costituzionale più volte richiamata – viene lamentato un vuoto di tutela della persona offesa con riferimento a beni di altissimo valore quali la vita e la salute. Dall’altra parte, la nuova disciplina, rivolgendosi alla sola classe medica, è accusata di prevedere un’irragionevole disparità di trattamento rispetto ad altri settori della responsabilità colposa al contrario, per esempio, di quanto stabilito dall’art. 2236 c.c., la cui limitazione di responsabilità per colpa grave, giustificata dalla speciale difficoltà del caso, riguarda tutti i prestatori d’opera e non solo coloro che “indossano il camice”¹³⁸.

Entrambe le obiezioni mosse alla norma non convincono appieno.

Quanto alla prima, emerge da essa il «*nucleo assiologico dell’approccio del Tribunale*» di Milano, consistente in «*una valutazione negativa della nuova norma in quanto restrizione della tutela penale: di per sé censurabile indipendentemente dagli asseriti difetti tecnici del modo in cui è stata articolata*»¹³⁹. Al proposito è stato osservato come la Corte costituzionale italiana ritenga costantemente inammissibili le questioni di legittimità volte ad ampliare i confini di fattispecie di reato. Un simile indirizzo, a giudizio della migliore dottrina, costituirebbe un corollario del principio di legalità, il quale, affidando le scelte di penalizzazione al legislatore, implica che la tutela dei beni giuridici sia sì condizione necessaria di legittimazione dello strumento penale,

¹³³ Cfr. DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa*, cit., 154.

¹³⁴ Cfr. CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1726.

¹³⁵ Si tratta dello *Zufallsmoment* ben noto alla dottrina tedesca. Al proposito, N. MAZZACUVA, *L’apparente prossimità della colpa penale a garantismo e ultima ratio*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 40 ss.;

CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 529.

¹³⁶ Tra i tanti Autori che collegano l’opportunità di un innalzamento della soglia di punibilità dei reati colposi al carattere di *extrema ratio* del diritto penale, CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 529; PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, cit., 74.

¹³⁷ DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico*, cit., 92. Ciò sulla scorta anche delle esperienze straniere. La colpa, infatti, nei paesi di *common law* costituisce essenzialmente un problema di diritto civile: i reati punibili a titolo di *negligence*, nell’ordinamento inglese, sono realmente eccezionali. Per quanto riguarda la responsabilità medica qui in esame, questa è ammessa solo nei casi di omicidio ed è calibrata non già sul parametro del *reasonable man*, di fatto paragonabile al nostro “agente modello”, bensì sulla “*gross negligence*”, definibile come una grossolana violazione della regola cautelare connotata, dal punto di vista soggettivo, da un’indifferenza verso la vita e la salute del paziente tale da dover essere giudicata criminale. Su tutti questi aspetti, CADOPPI, *Mens Rea*, cit.; VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese*, Padova, 1996; DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, cit.

Altra esperienza comparativa interessante in tema di imputazione soggettiva, specialmente in prospettiva *de lege ferenda*, sembra essere quella del sistema spagnolo, nel quale il legislatore del 1995 ha eletto l’“*imprudencia grave*” (o, secondo la denominazione tradizionale “*imprudencia temeraria*”) a sola forma di elemento soggettivo, accanto al dolo, per i “*delitos*”, mentre la “*imprudencia leve*” rileva solo in relazione alle “*faltas*”, reati minori simili alle nostre contravvenzioni. Il grado della colpa, quindi, svolge il ruolo di determinare la gravità del reato. Tale limitazione è sembrata necessaria al legislatore spagnolo del ’95 proprio in ossequio alle istanze di “*intervencion minima*” tipiche del rimprovero penale. Da ultimo, occorre sottolineare come la categoria dell’“*imprudencia profesional*” – quindi anche la colpa del sanitario – sia una sottospecie della colpa grave. Tutti questi profili sono ben riassunti nella manualistica spagnola immediatamente successiva alla riforma: LUZON PENA, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1996; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, V ed., Barcellona, 1998; QUINTERO OLIVARES-MORALES PRATS-PRATS CANUT, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Pamplona, 1999.

¹³⁸ In questo senso, MANNA, *nuovi profili della colpa medica*, cit., 97 ss.; ID, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 192, secondo cui «*nonostante il deficit interpretativo segnalato, siamo persuasi che la ratio legis sia nella sostanza condivisibile, nel senso che appare fondato limitare la rilevanza penale nell’ambito del trattamento medico-chirurgico alla sola colpa grave*», ma tale restrizione della responsabilità colposa dovrebbe valere anche per le altre figure professionali; ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., 225; BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 67; VALLINI, *L’art. 3 del “Decreto Balduzzi”*, cit., 740.

¹³⁹ Cfr. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, cit., 74.

ma non sufficiente a fondare obblighi di penalizzazione¹⁴⁰.

Per quanto invece attiene al secondo profilo di criticità, la previsione di un'eventuale rife-
rita esclusivamente agli esercenti la professione sanitaria appare compatibile (e giustificabile)
con il carattere del tutto peculiare dell'*ars medica*¹⁴¹. Sembra condivisibile il punto di vista di
un'Autrice che ritiene «*le difficoltà tecniche nella progettazione di un ponte, di una centrale nucleare
o di un'astronave possano anche essere maggiori quantitativamente, ma che siano qualitativamente
diverse da quelle che si incontrano nel settore medico. Se infatti nel primo caso si avrà a che fare con
complesse nozioni e leggi della fisica (difficili da possedere e da usare, ma) che (comunque) consentono
ad un agente modello di avvicinare, a date condizioni, standard di certezza, non altrettanto accade
nel secondo caso, dove il sostrato empirico è diverso. In materia sanitaria è la casualità della biologia
a rivelarsi – come noto – incoercibile e a precludere, su un piano ontologico, prognosi esatte, al di là
della perizia e delle conoscenze del sanitario*»¹⁴².

La medicina infatti, come già più volte rimarcato, si occupa del «*più complesso degli orga-
nismi*» e, secondo una efficace definizione, non affronta «*malattie, ma malati*»¹⁴³. In concreto,
nel giudizio di colpa, ciò si riflette nel carattere «improprio» – già in una prospettiva *ex ante*
– della quasi totalità delle regole cautelari presenti nel settore sanitario, con la conseguenza
che ancorché il medico le osservi puntualmente, non è sicura l'efficacia impeditiva dell'esito
infausto¹⁴⁴. Ma ciò, come già ampiamente rilevato nei precedenti paragrafi in materia di linee
guida, si ripercuote anche sui tentativi di un'esauritiva codificazione delle *leges artis* che, con-
notate da «strumentalità alternativa», «*lungi dal consacrare la normatività della colpa*», lasciano
comunque vivo un patologico, cronico, ineliminabile e, per certi versi, «*inquietante*» spazio per
la colpa generica¹⁴⁵.

In definitiva, tra le due declinazioni astrattamente ipotizzabili per l'introduzione del li-
mite della colpa grave nell'ordinamento, la prima consistente nel ricorso alla colpa qualificata
come criterio ordinario, accanto al dolo, quale criterio di imputazione ordinario per i delitti; la
seconda invece, individuabile nella previsione di singole ipotesi punibili soltanto se realizzate
con (dolo o) colpa grave, eventualmente selezionate in rapporto a specifici settori di respon-
sabilità, il legislatore ha, evidentemente optato per quest'ultima¹⁴⁶. Ed ha iniziato a «speri-
mentare» proprio partendo da quello che, da sempre e non a caso, costituisce il «*topos*» per lo
studio della colpa grave, la responsabilità medica¹⁴⁷, prevedendone uno spazio applicativo tutto

¹⁴⁰ Cfr. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, cit., 75; PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 484 ss. In questa direzione già BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Scritti di diritto penale*, a cura di CANESTRARI-MELCHIONDA, Milano, 1997, 1475 ss., che notava altresì come: «*La scelta tra le forme di tutela per gli interessi costituzionalmente più significativi dipende da diversi fattori. Anzitutto non è solo determinante il tipo di interesse, ma anche la tipologia delle aggressioni al medesimo: per le ipotesi di aggressioni meno rilevanti o pericolose ad interessi caratterizzati come sopra, il legislatore potrà propendere per forme di tutela extra penale*».

¹⁴¹ DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 6. *Contra* tuttavia autorevoli Autori come MANNA, *Medicina difensiva*, cit., 188; che ritiene plausibile che l'art. 3 della Legge Balduzzi possa dare vita a «un privilegio odioso» per i medici, aderendo alle opinioni espresse, in riferimento alla limitazione per colpa grave prevista nel Progetto del Centro Studi Federico Stella, da ROMANO nella «tavola rotonda» riportata in FORTI-CATINO-D'ALESSANDRO-MAZZUCATO-VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, cit., 123-124, secondo cui: «*Non sarei sicuro, infatti che il significato sociale dell'attività medica sia a tal punto peculiare, rispetto ad altre, da legittimare, in tema di responsabilità per colpa, questa sola eccezione. (...) Non sarei sicuro che altre attività di oggi e di ieri – come stare alla cloche di un aereo passeggeri o inchiodati per ore agli schermi radar di una torre di controllo o ai monitor di una centrale nucleare, o come anche costruire un grattacielo, o un chilometrico ponte sul mare – non abbiano un comparabile significato sociale e non implicino a loro volta rischi altrettanto gravi per la vita o l'incolumità delle persone*».

¹⁴² DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 6.

¹⁴³ BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, cit., 73 ss. L'assoluta peculiarità della scienza medica aveva indotto anche a proporre una riforma *ad hoc* della causalità, cfr. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, cit., 1062.

¹⁴⁴ Cfr. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, 101. Concorde anche TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale*, cit., 33 ss.

¹⁴⁵ La definizione di «inquietante» si rinviene nella sentenza *Cantore*.

¹⁴⁶ Prospetta in questi termini le due soluzioni CASTRINUOVO, *La colpa penale*, cit., 556.

¹⁴⁷ Cfr. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2012, 7; CASTRINUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1725 ss.

sommato ristretto¹⁴⁸, e limitato la restrizione di responsabilità al medico che, ossequioso delle linee guida, si mostra informato e “attento” alla miglior scienza del momento¹⁴⁹.

Sembra allora di condividere pienamente quanto affermato da Domenico Pulitanò: «*sulla via del ripensamento della responsabilità per colpa, la strana norma introdotta dal decreto sanità segna, prevedibilmente, un punto di non ritorno; ma anche una tappa provvisoria, un equilibrio instabile. (...) Il lavoro sulla nuova norma, e la verifica del suo funzionamento, saranno anche una base di partenza per la ricerca di soluzioni normative migliori: più chiaramente leggibili, e più solide sul piano assiologico. L'obiettivo sarebbe quello di costruire una maggiore determinatezza e minore estensione dell'ambito della colpa: nel solo settore sanitario, in ambito più ampio, in tutti i settori?*»¹⁵⁰.

9.

Verso il chiarimento dei contorni di una “colpa non lieve”: grado della deviazione oggettiva dalle regole di condotta e “grimaldello” per recuperare la “misura soggettiva” dell'imputazione colposa.

Resta da esaminare quello che costituisce, secondo il parere della Cassazione, “*il tema più nuovo ed oscuro della nuova disciplina*”, vale a dirsi la delimitazione dei confini tra colpa lieve e colpa grave. Come noto infatti, il legislatore – e qui, invero, risiede l’*oscurità* rimarcata dalla Suprema Corte – non ha accompagnato all’introduzione di una forma qualificata di colpa una definizione legale della stessa, lasciando invece all’interprete il compito di individuare e delineare i criteri di distinzione tra le due graduazioni¹⁵¹.

La Corte di Cassazione, nella ormai nota sentenza *Cantore* (§ 13 e 14), pur sottolineandone le difficoltà («*l'assenza di una definizione legale complica senza dubbio le cose*»)¹⁵² e segnalando il pericolo di demandare alla discrezionalità della stessa Corte un intervento così delicato («*la valutazione di cui si parla assume ora un peso diverso, estremo, (...) non si tratta più di graduare, ma di tentare di definire il cruciale confine che determina l'estensione dell'illecito*»), si è caricata di questo non facile compito ermeneutico. È dunque proprio da tale pronuncia che bisogna prendere le mosse per articolare l’analisi sulla distinzione tra colpa grave e colpa lieve.

La sentenza inizialmente propone una serie di quattro criteri generali attraverso cui stabilire il grado della responsabilità colposa¹⁵³. Un primo, fondamentale parametro viene ravvisato nella «*misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi sulla base della norma cautelare cui ci si doveva attenere*»¹⁵⁴. Occorre poi «*determinare la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente*» concreto, indagando specialmente sul «*quantum di esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari*». Altro elemento individuato dalla Corte è la “*motivazione della condotta*”, dal momento che, rimanendo in ambito sanitario, «*un trattamento terapeutico sbrigativo e non appropriato è meno grave se commesso per una ragione d'urgenza*». Infine, attiene alla graduazione della colpa la previsione dell’evento,

¹⁴⁸ Per quanto non sia valida la formula dell’*“in culpa sine culpa”*, non si può certo negare che, anche limitandosi alla giurisprudenza sulla rilevanza delle linee guida nel giudizio di colpa (quindi già di per sé una parte della responsabilità medica), la colpa del medico successiva all’osservanza delle linee guida costituisca solo una delle quattro ipotesi delineate nel §3. Su questa posizione anche ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., *passim*. Ciò emerge in particolare anche dall’analisi della giurisprudenza successiva all’introduzione della Legge Balduzzi. Quasi tutte le sentenze infatti tendono a negare l’applicazione della nuova norma negando che nel caso di specie vi sia stata osservanza delle linee guida. Emblematiche sono le recentissime sentenze Cass. pen., Sez. IV, 11-3-2014, n. 15495, (rel. Montagni), in *Guida Dir.*, 2014, n. 25, 84 ss.; *Cass. pen., Sez. V, 13-2-2014, n. 11804*, (rel. Fumo), in *Dir. pen. cont.*, 24 giugno 2014 con nota di PIRAS, *Ennesimo no al salvagente della colpa lieve per il medico che naviga fuori rotta*.

¹⁴⁹ A chi fa notare come almeno l’art. 2236 facesse riferimento ai soli casi di “speciale difficoltà”, sembra potersi rispondere che, in definitiva, anche i casi in cui il medico deve discostarsi, in ragione delle peculiarità della specifica situazione clinica, dalle linee guida che tracciano il percorso terapeutico ideale per la patologia di cui è affetto il paziente, non appartengono certamente alla sfera dei casi banali.

¹⁵⁰ PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, cit., 85.

¹⁵¹ Anche questo profilo ha costituito oggetto dell’ordinanza con cui il Tribunale di Milano ha demandato alla Consulta il vaglio sulla costituzionalità dell’art. 3.

¹⁵² Sui problemi creati in Germania dalla assenza di una definizione legale di colpa grave BASILE, *La colpa in attività illecite. Un’indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005.

¹⁵³ All’individuazione dei criteri la Cassazione premette qualche breve considerazione sulle “fonti” da cui tali criteri sono stati ricavati. Escludendo che il legislatore abbia voluto aprirsi ad aneliti comparatistici, la colpa grave, pur essendo “*scarsamente approfondita sia in dottrina che in giurisprudenza*”, non è estranea alla tradizione penalistica e alcune indicazioni circa i canoni di distinzione tra essa e la colpa lieve possono essere rintracciate in relazione all’art. 133 c.p., e, soprattutto, all’art. 2236 c.c.

¹⁵⁴ Rientra all’interno di questo parametro valutativo anche la considerazione di «*quanto fosse prevedibile in concreto la realizzazione dell’evento, quanto fosse in concreto evitabile la sua realizzazione*».

ragion per cui anche la c.d. colpa cosciente viene annoverata tra gli indicatori di una forma significativa di responsabilità colposa¹⁵⁵.

Elencati i suddetti criteri generali, questi vanno calati nel più circoscritto ambito della colpa professionale del sanitario. Pertanto, la Corte passa a meglio specificare i possibili indicatori della gravità della colpa nell'ambito della responsabilità medica e, precipuamente, come richiesto dalla novella legislativa, nei casi di previa osservanza delle linee guida.

La motivazione inizia "ammodernando" il parametro utilizzato dalla risalente giurisprudenza, quella della c.d. fase della "comprensione" per il medico, in cui la responsabilità era di regola esclusa se non nei casi di "terapeuta radicalmente inadeguato", ovvero che viola le regole più elementari dell'*ars medica*.

Al cospetto della medicina moderna, che fa apparire riduttivo stabilire la gravità della colpa in riferimento alle sue regole basilari, l'inadeguatezza del terapeuta «*va rapportata proprio agli standard di perizia richiesti dalle linee guida, dalle virtuose pratiche mediche o, in mancanza, da corroborate informazioni scientifiche di base. Quanto maggiore sarà il distacco dal modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione*».

Un simile criterio non sarebbe incompatibile con la nuova normativa. Atteso che la novella si riferisce ad un «*terapeuta che sia che si sia mantenuto entro l'area astrattamente, genericamente segnata dalle accreditate istruzioni scientifiche ed applicative*», la Corte, simmetricamente a quanto fatto nei casi di "colpa lieve" (§ 11), traccia due possibili ipotesi di "ragguardevole deviazione" dal modello di comportamento.

Può anzitutto accadere che il medico, «*nel corso del trattamento, abbia in qualche guisa errato nell'adeguare le prescrizioni alle specificità del caso trattato. Qui, verosimilmente, per misurare il grado della colpa sarà scarsamente concludente il raffronto con le regole standardizzate, con le linee guida, che si assumono rispettate nella loro complessiva, generica configurazione. Si può ragionevolmente affermare che, in tale situazione, la colpa assumerà connotati di grave entità solo quando l'erronea conformazione dell'approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente*».

Ma vi è anche un altro possibile scenario in cui il medico versa in colpa grave pur avendo osservato le linee guida dal momento che, secondo la Corte, un «*discorso non dissimile può essere fatto nel caso in cui il terapeuta si attenga allo standard generalmente appropriato per un'affezione, trascurando i concomitanti fattori di rischio o le contingenze che giustifichino la necessità di discostarsi radicalmente dalla routine. In tale situazione potrà parlarsi di colpa grave solo quando i riconoscibili fattori che suggerivano l'abbandono delle prassi accreditate assumano rimarchevole, chiaro rilievo e non lascino residuare un dubbio plausibile sulle necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente*».

A questa prima analisi incentrata sulla misura della divergenza rispetto all'agire appropriato, definito secondo il tradizionale parametro dell'agente modello, la sentenza *Cantore* affianca un secondo livello di valutazione, "forse ancora più decisivo". «*Per articolare – infatti – un giudizio sulla colpa ispirato al canone del rimprovero personale si dovrà porre speciale attenzione alle peculiarità del caso concreto; ci si dovrà dedicare a considerare i tratti della specifica vicenda. (...) Allora, non si potrà mancare di valutare la complessità, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data. Neppure si potrà trascurare la situazione nella quale il terapeuta si trovi ad operare: l'urgenza e l'assenza di presidi adeguati rendono difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli standard. E quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall'impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l'addebito nei confronti del terapeuta*».

Ne risulta dunque un complesso accertamento sviluppato su due piani distinti. Nel primo, quello della tipicità, si indaga, utilizzando gli indicatori proposti dalla sentenza, sulla misura della divergenza tra l'operato del sanitario e quello astrattamente previsto da un agente mo-

¹⁵⁵ Sottolinea il pericolo di un appiattimento della "colpa grave" sulla più nota categoria della "colpa cosciente" RISICATO, *guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012*, cit., 702. Sulla colpa cosciente, CANESTRARI *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.

dello di riferimento. Segue poi, sul versante soggettivo della colpa¹⁵⁶, un giudizio individualizzante, all'interno del quale si valutano, nella prospettiva di delineare quanto fosse esigibile per il soggetto il conformarsi perfettamente al modello di riferimento, tutte le peculiarità proprie del caso concreto¹⁵⁷.

La prognosi sul grado della colpa imposta al giudice dalla Legge Balduzzi apre, dunque, il giudizio di colpa ad istanze e considerazioni di carattere soggettivo che da tempo sono sconosciute alla prevalente giurisprudenza, ormai attestata sull'accertamento di una colpa "iper-normativizzata". Ricalibrando gli obiettivi della nuova norma in una dimensione maggiormente realistica, una rinnovata attenzione per la "colpevolezza colposa", da ottenersi proprio attraverso il ricorso a un grado di colpa significativo, sembra costituire proprio uno dei punti di maggior interesse della riforma¹⁵⁸. D'altronde, già in tempi non sospetti appariva chiaro che «attraverso il concetto di colpa grave rivisitato in chiave logica si rinviene lo strumento concettuale, il topos per far entrare il profilo più squisitamente soggettivo della colpa nel giudizio di responsabilità»¹⁵⁹.

La colpa grave, quindi, può fungere da "grimaldello" per far penetrare nel giudizio di colpa quegli aspetti di carattere soggettivo sistematicamente trascurati in giurisprudenza («le raffinate elaborazioni dottrinali che hanno posto in luce il profilo più squisitamente soggettivo della colpa non trovano grande riscontro negli annali della giurisprudenza»)¹⁶⁰ o, meglio, per tentare di «neutralizzare il momento di spersonalizzazione che l'addebito di colpa reca con sé per sua natura»¹⁶¹. Nell'ambito della responsabilità sanitaria, nel quale la reazione punitiva tende a concentrarsi in capo ad un unico soggetto, è auspicabile che ciò possa tradursi in un approfondimento del contesto organizzativo in cui opera il personale sanitario e delle sue carenze strutturali, nonché in un impulso alla differenziazione di responsabilità dei soggetti coinvolti¹⁶². La considerazione di eventuali inefficienze, da un lato, potrebbe integrare efficacia scusante per il singolo sanitario, mentre dall'altro lato potrebbe indurre a spostare l'attenzione sul c.d. "secondo livello operativo", indagando eventuali colpe dei soggetti responsabili della gestione amministrativa o, addirittura, della programmazione in sede politica, oggi protagonisti di un ingiustificato privilegio¹⁶³.

¹⁵⁶ In dottrina l'indagine sulla "misura soggettiva" della colpa è rimasta a lungo ferma a G. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-78, 339 ss. Di recente invece la misura soggettiva è stata oggetto di una vera e propria "riscoperta" da parte della letteratura penalistica, per la quale, pur con accenti diversi: CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Indice Pen.*, 2012, 21 ss.; DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 124 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 341 ss.; ID., *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1723 ss.; CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, Torino, 2011; DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., 230 ss.; GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012.

¹⁵⁷ Questa modalità di accertamento bipartito della colpa grave presenta notevoli assonanze con quello proposto molti anni prima da PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., 876 ss.

¹⁵⁸ DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 22.

¹⁵⁹ Si esprime in questi termini, poco prima dell'approvazione della Legge Balduzzi, l'estensore della sentenza Cantore, BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, cit., 11. In senso analogo già CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 552: «Il fatto che, come meglio vedremo, di una individualizzazione o, quantomeno, di una maggiore concretizzazione del giudizio si trovi traccia, indirettamente, quasi soltanto a proposito di casi in cui si discuta della configurabilità o meno di una colpa grave avvalorata – assieme al convincimento che quest'ultima rileva come colpevolezza (colposa) grave – l'impressione che una delle strade per irrobustire il deficitario coefficiente di colpevolezza esibito dai reati involontari possa passare attraverso la previsione di ipotesi incriminatrici basate su un grado di colpa significativo». Seppur in senso critico, anche CUPELLI, *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*, in *Dir. pen. e processo*, 2012, 1104 ss.; il quale, commentando Cass. pen., Sez. IV, 1-2-2012, n. 4391, (imp. D.L.M., rel. Blaiotta), ottimo esempio di quel filone giurisprudenziale che richiama la colpa grave ex art. 2236 come "regola d'esperienza" cui deve attenersi il giudice, nota come «la revitalizzazione del profilo soggettivo della colpa» avvenga per il tramite della colpa grave prevista dalla norma civilistica, quando sarebbe sufficiente «rileggere, attualizzandola, la c.d. misura soggettiva della colpa».

¹⁶⁰ BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, cit., 11.

¹⁶¹ Cfr. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 156.

¹⁶² Si è già riportato il dato dell'elevata incidenza statistica, stimata nella misura del 33%, dei casi di esito infausto del trattamento medico. Cfr. LONGO-PISA, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, cit., 7 ss.

¹⁶³ Cfr. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 147 ss.

10.

Le conseguenze di diritto intertemporale (dell'interpretazione della colpa grave), i soggetti interessati dalla riforma, “cenni” applicativi in caso di prestazioni plurisoggettive.

Al tema della colpa “non lieve” – e, in particolare, alla diversa collocazione sistematica che le si vuole attribuire – sono strettamente connessi i problemi di diritto intertemporale sollevati dal *novum* legislativo¹⁶⁴. A seconda infatti che, nell'interpretare la Legge Balduzzi, si privilegi un'impostazione del grado della colpa come attinente alla sola misura soggettiva o che, al contrario, si riconosca una sua valenza anche a livello di tipicità, dipende il configurarsi (o meno) di un fenomeno abolitivo¹⁶⁵.

La dottrina prevalente e, come in parte già accennato, la giurisprudenza si sono fin da subito orientate nel senso di riconoscere nell'art. 3 una forma di *abolitio criminis* parziale¹⁶⁶, con la conseguenza che «*il parziale effetto abrogativo, naturalmente, chiama in causa la disciplina dell'art. 2, comma 2, c.p. e quindi l'efficacia retroattiva dell'innovazione*»¹⁶⁷.

Proprio preoccupazioni di politica giudiziaria, dettate dalla possibile “riapertura” dei processi, hanno indotto altra parte della dottrina ad affermare il carattere esclusivamente soggettivo della colpa “non lieve”, frutto di un giudizio puramente individualizzante fondato sull'inesigibilità¹⁶⁸.

La “Balduzzi”, però, richiamandosi alla colpa sussistente nonostante l'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche accreditate, sembra dare vita a una clausola di esclusione della tipicità penale, con assonanze invero simili alla *ratio* delle scusanti, ma che involge entrambi i piani¹⁶⁹. Sembra quindi preferibile la soluzione adottata dalla Corte di Cassazione¹⁷⁰.

L'ultimo profilo dell'art. 3 che ha destato notevoli perplessità, tanto da attirare le censure di costituzionalità del Tribunale di Milano, è quello relativo ai soggetti interessati dall'esenzione di responsabilità per colpa lieve. Il legislatore, infatti, si è affidato alla generica definizione di “*esercitante la professione sanitaria*”, all'interno della quale potrebbero rientrare veterinari, farmacisti, biologi, psicologi, operatori sociosanitari. La dottrina, invece, non ha incontrato difficoltà a individuare la delimitazione dell'ambito di applicabilità della nuova disciplina nel suo riferirsi alle sole attività diagnostica e terapeutica. Ne deriva che solo medici e infermieri possono giovare dai vantaggi ricondotti dalla “Balduzzi” all'osservanza delle linee guida¹⁷¹.

Il discorso sui soggetti coinvolti dalla nuova disciplina di favore introduce al problema dei termini di incidenza della riforma Balduzzi sulla colpa nell'ambito dell'attività medica svolta in *équipe*. Il tema, non ancora toccato da alcuna pronuncia giurisprudenziale e, a dire il vero, poco approfondito anche dalla stessa dottrina, sembra però poter essere fecondo di notevoli declinazioni applicative. Proprio nell'alveo del principio d'affidamento, infatti, a giudizio di certa dottrina, potrebbe essere possibile enucleare ipotesi di colpa lieve quale, ad esempio,

¹⁶⁴ Un quadro chiaro ed esaustivo dei profili di “depenalizzazione” della Legge Balduzzi si rinviene in MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 166 ss.

¹⁶⁵ Recente dottrina, invece, colloca gli elementi costitutivi della colpa grave nella “tipicità soggettiva”. Cfr. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., *passim*.

¹⁶⁶ Per la dottrina si fa riferimento a MANNA, *Medicina difensiva*, cit., 166 ss. Per la giurisprudenza, invece, ancora alla sentenza *Cantore*, annotata con precipuo riguardo a questi profili da GATTA, *Colpa medica e art. 3, co 1 d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis (parziale) per i reati commessi con colpa lieve*, in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2013.

¹⁶⁷ Ancora *Cantore*, §15.

¹⁶⁸ Cfr. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 4 ss.; VALLINI, *L'art. 3 del “Decreto Balduzzi”*, cit., 747. In disaccordo con la soluzione adottata dalla Suprema Corte anche Cfr. S. GROSSO, *I profili di interesse penalistico del “decreto Balduzzi”*, cit., 555, la quale sottolinea come tale impostazione cagionerebbe «*un giudizio di rimproverabilità soggettiva all'interno (o addirittura prima) del giudizio di tipicità*».

¹⁶⁹ Così RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa “non lieve” del medico*, cit., 423.

¹⁷⁰ Cfr. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 542 e 543; secondo il quale «*se introduciamo il discorso sul grado o sulla misura della diligenza, ci siamo già irrimediabilmente allontanati dalla tipicità: ci siamo spostati su un piano diverso, in cui il fatto illecito viene valutato nel suo rapporto con l'autore: il piano con la colpevolezza. (...) Ne deriva che anche la colpa lievissima e incosciente, salvo eccezioni, è ontologicamente (non può non essere) tipica e illecita (un fatto inosservante di cautele doverose, privo di profili cognitivi positivi e contrassegnato da involontarietà). Almeno fino a quando non si introducano ipotesi specifiche di irrilevanza penale di fatti offensivi ma soggettivamente connotati da una “colpa” esigua: una soluzione che precluderebbe, però, di conservare a tali fatti, benché offensivi, seppure in maniera soggettivamente esigua, la qualifica di illiceità ma anche quella di tipicità*».

¹⁷¹ Cfr. PULITANO, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, cit., 74. In senso concorde GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 832. Per quanto riguarda il personale infermieristico, è possibile individuare un percorso normativo di “emancipazione” dalla figura del medico, tanto che oggi, a seguito della Legge n. 42 del 1999 e della Legge n. 251/2000 è pacifica la qualifica dell'infermiere quale autonomo “operatore sanitario” non più mero “ausiliario” del medico.

quella dell'operatore sanitario che, facendo affidamento sulla correttezza dell'operato del collega, non si accorga della colpa dello stesso e non faccia nulla per rimediare al suo errore¹⁷².

¹⁷² FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle "linee-guida Balduzzi"*, cit., 129.

ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLA NUOVA DISCIPLINA DEL PROCESSO IN ASSENZA E NEI CONFRONTI DEGLI IRREPERIBILI

Tante ombre e qualche luce

Agata Ciavola

ABSTRACT

La riforma del rito contumaciale introdotta con l. 17 maggio 2014, n. 67 rappresenta l'ultima risposta in termini di tempo alle pressioni esercitate dai giudici europei. Ma si tratta di una risposta ancora una volta deludente. Le soluzioni in alcuni casi sono incoerenti, in altri insoddisfacenti, evidenziando come si sia in presenza di un'ennesima occasione perduta. In particolare, nonostante la riforma si proponga di innovare il nostro sistema giudiziario, offrendo soluzioni concrete alle richieste di maggiore efficienza ed efficacia del processo penale, rispetto al passato, la procedura di accertamento della regolare costituzione delle parti appare più complessa e farraginoso. Sotto diversi aspetti, poi, il rafforzamento delle garanzie difensive risulta soltanto apparente, svelando i segni di un sistema a cui in realtà sembra poco interessare la presenza nel processo dell'attore principale, preoccupandosi più che altro di trovare giustificazioni alla possibilità di celebrare il processo in sua assenza.

SOMMARIO

1. Una riforma dai tratti chiaroscuri. – 2. La celebrazione del processo *in absentia*. L'inadeguatezza dei meccanismi presuntivi. – 3. L'esecuzione di un provvedimento limitativo della libertà personale. – 4. La nomina di un difensore di fiducia. – 5. L'elezione di domicilio. – 6. La certezza della conoscenza del procedimento quale chiave di lettura dell'intera riforma. – 7. I rimedi restitutori: un incomprensibile arretramento sul piano della effettività delle garanzie. – 8. La sospensione del rito per gli imputati irreperibili. 9. – Gli effetti della sospensione sulla prescrizione del reato. – 10. C'è ancora spazio per alcune proposte de *iure condendo*. – 11. La disciplina transitoria, tra regole ed eccezioni.

1.

Una riforma dai tratti chiaroscuri.

Sono anni che il legislatore italiano tenta di ovviare ai dubbi di compatibilità del rito contumaciale con i principi fondamentali di un giusto processo, fallendo l'obiettivo.

La possibilità di procedere in assenza dell'imputato, specialmente, senza che egli abbia effettiva conoscenza delle accuse a suo carico, al di là della incoerenza con un modello di tipo tendenzialmente accusatorio, si pone in contrasto con i principi ripetutamente affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; ragione per cui l'Italia è stata più volte condannata per la violazione dell'art. 6 C.e.d.u.¹

La Corte è chiara²: il diritto di partecipare al processo, pur non trovando un esplicito riconoscimento nella Convenzione e.d.u., si ricava dai principi del *due process of law*, trattandosi di una garanzia strettamente connessa all'esercizio del diritto di difesa e di autodifesa, da cui discende, altresì, il *right to confrontation*³. Al contempo – com'è noto – per la Corte, un procedimento penale in assenza dell'imputato non è di per sé incompatibile con la Convenzione, purché l'accusato abbia volontariamente rinunciato ad essere presente⁴ o non abbia inteso sottrarsi al processo⁵. La rinuncia, che può essere espressa o tacita, non deve, tuttavia, essere equivoca, non deve confliggere con alcun interesse pubblico significativo e deve essere assistita da salvaguardie minime commisurate alla sua importanza⁶. Spetta alle autorità nazionali dimostrare che l'imputato abbia avuto un'effettiva conoscenza delle accuse a suo carico. Più precisamente, occorre uno scrupoloso controllo giudiziale volto a determinare, al di là di ogni ragionevole dubbio, che la rinuncia a comparire sia stata inequivoca⁷. Ciò posto, non sussiste violazione dell'art. 6 Cedu ove all'imputato sia comunque riconosciuto il diritto a un nuovo processo di merito nel corso del quale sia consentito ottenere una *fresh determination of the merits of the charge* in sua presenza⁸.

La riforma del rito contumaciale introdotta con l. 17 maggio 2014, n. 67 rappresenta l'ultima risposta in termini di tempo alle pressioni esercitate dal giudice europeo. Ma si tratta, come si è anticipato, di una risposta ancora una volta deludente⁹, che non pare tenere in considerazione in modo adeguato le indicazioni della giurisprudenza della Corte e.d.u. Le soluzioni in alcuni casi sono incoerenti, in altri insoddisfacenti, evidenziando come si sia in presenza di un'ennesima occasione di riforma perduta.

Eppure le intenzioni del legislatore non vi è dubbio fossero buone.

Si comprende chiaramente come le soluzioni indicate muovano proprio dall'obiettivo di sottrarsi a future censure da parte dei giudici di Strasburgo. La novella, tra l'altro, s'inserisce all'interno di un pacchetto di provvedimenti tutti caratterizzati dal medesimo proposito: innovare il nostro sistema giudiziario, offrendo soluzioni concrete alle richieste di maggiore efficienza ed efficacia del processo penale.

¹ Per tutti v. Corte e.d.u., Grande camera, 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia, 56581/00; Corte e.d.u., 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, n. 56581/00; Corte e.d.u., 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia, n. 67972/01; Corte e.d.u., Grande Camera, 18 ottobre 2006, Hermi c. Italia, n. 18114/02; Corte e.d.u., 28 agosto 1991, F.b.c. c. Italia, n. 12151/86; Corte e.d.u., 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, n. 9024/80.

Anche il Comitato dei Diritti umani dell'O.n.u. nel parere reso il 27 luglio 1999 nel caso Ali Malaki c. Italia, in *Cass. pen.*, 2000, 2487, ha ritenuto che l'Italia avesse violato l'art. 14 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, nella parte in cui riconosce espressamente all'imputato il diritto a che il processo sia celebrato in sua presenza, non avendo lo Stato italiano dato prova del fatto che l'autore del reato fosse stato effettivamente informato della lite pendente prima di procedere al processo *in absentia*.

² Per una recente analisi della giurisprudenza della Corte europea a proposito del processo *in absentia*, per tutti, v. DEI CAS, *Il procedimento penale nei confronti di imputati irrimediabilmente tra giurisprudenza della Corte europea e normativa interna*, in AA.VV. *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti-Marandola-Varraso, Padova, 2014, 189 ss.; NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino, 2014, 127 ss. Per uno sguardo sui diversi sistemi europei v. VIGONI, *Panorama europeo in tema di giudizio senza imputato*, in AA.VV., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di Vigoni, Torino, 2014, 31 ss.

³ Corte e.d.u., Grande camera, 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia, cit. Da ultimo v. Corte e.d.u., 4 marzo 2014, Dilipk e Karakaya c. Turchia, n. 7942/05, § 76; Corte e.d.u., 5 novembre 2011, Izet Haxhia c. Albania, n. 34783/06, § 61.

⁴ Di recente v. Corte e.d.u., 25 marzo 2014, Stoyanov-Kobuladze c. Bulgaria, n. 25714/05; Corte e.d.u., 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, cit.

⁵ Corte e.d.u., 14 giugno 2006, Medenica c. Svizzera, n. 20491/92, § 55; altresì, v. Corte e.d.u., 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia, n. 34896/97, § 70.

⁶ Corte e.d.u., 25 marzo 2014, Stoyanov-Kobuladze c. Bulgaria, cit., § 39; Corte e.d.u., Grande Camera, 18 ottobre 2006, Hermi c. Italia, cit., § 73; Corte e.d.u., 13 aprile 2006, Vaturi c. Francia, n. 75699/01, § 53; Corte e.d.u., Grande Camera, 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia, cit., § 86; Corte e.d.u., 23 novembre 1993, Piotrimol c. Francia, n. 14032/88, § 31; Cort e.d.u., 21 febbraio 1990, Håkasson and Sturesson c. Svezia, n. 11855/85, § 66.

⁷ Così, ad esempio, v. Corte e.d.u., 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia, cit., § 73.

⁸ Per tutti v. Corte e.d.u., Grande camera, 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia, cit., § 82.

⁹ In tal senso v. DE CARO, *Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in *Arch. pen.*, 2014, 1.

La riforma del rito contumaciale, in particolare, da una parte, tiene conto delle sollecitazioni della dottrina¹⁰, così come dell'avvocatura¹¹, che, soprattutto dopo la riforma dell'art. 111 Cost., denunciavano l'incompatibilità con i principi di un "giusto processo" della celebrazione del rito nei confronti di un soggetto irreperibile. Per l'irreperibile la conoscenza dell'atto di citazione è "un'evenienza del tutto ipotetica"¹², ecco perché la celebrazione del processo, oltre a porsi in aperto contrasto con il diritto di difesa dell'accusato¹³, inteso in termini di garanzia soggettiva, secondo parte della dottrina rappresenta qualcosa di più. Se all'accusato non è concessa l'opportunità di intervenire in giudizio – si è osservato¹⁴ – non può dirsi rispettato il principio del contraddittorio: né nel senso "debole", cui allude il comma 2 dell'art. 111 Cost., né nel senso "forte" cui allude, con specifico riferimento al processo penale, il comma 4 del disposto costituzionale¹⁵. Poiché il contraddittorio costituisce un indefettibile connotato strutturale della giurisdizione penale, un suo elemento costitutivo, deve ritenersi conseguente che «una procedura non dialettica di accertamento dei fatti di reato non può dirsi più un processo, non costituendo più esercizio della giurisdizione»¹⁶.

Vi sono, poi, esigenze di efficienza, sottolineate anche dalla magistratura, che evidenziano costituisca un'inutile dispendio di energie e di risorse la celebrazione di processi nei confronti di soggetti che in quanto irreperibili non eseguiranno mai la pena a cui sono stati condannati¹⁷.

Senonché, rispetto ai propositi perseguiti e ancor prima di scendere nel dettaglio dell'analisi critica della nuova normativa, due dati emergono chiaramente. Anzitutto, rispetto al passato, la procedura di accertamento della regolare costituzione delle parti risulta più complessa e farraginosa, con conseguente allungamento dei tempi del processo e perdita di efficienza. Nei casi di processo in assenza, inoltre, si ha l'impressione che, sotto diversi aspetti, il rafforzamento delle garanzie difensive sia solo apparente.

Eppure l'esperienza offerta dalla riforma del 2005, che aveva per prima tentato di dare una risposta alle istanze di tutela sollecitate da Strasburgo, avrebbe dovuto rappresentare un monito. Già in quell'occasione, infatti, si era mancato l'obiettivo perseguito¹⁸, il che avrebbe dovuto spingere il legislatore ad affrontare la materia con maggiore attenzione.

Ci sono diversi elementi, sia di carattere normativo che interpretativo, di cui si sarebbe potuto e dovuto tenere conto. Tra questi, anzitutto, la Decisione quadro 2009/299 GAI del

¹⁰ Fra gli altri, v. CAPRIOLI, "Giusto processo" e rito degli irreperibili, in *Legisl. pen.*, 2004, 599 ss.; FILIPPI, *Rito contumaciale: quale «equo processo»?*, in *Cass. pen.*, 2005, 2206; GARUTI, *Nuove norme sulla restituzione nel termine per l'impugnazione di sentenze contumaciali e decreti di condanna*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 694; IAFISCO, *Il giusto processo all'imputato irreperibile all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007, 1124 ss.; MANGIARACINA, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino, 2010, *passim*; MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, Milano, 1997, *passim*; QUATTROCOLO, *Rito degli irreperibili e principi del giusto processo: commento a ordinanza 31 gennaio 2006 Tribunale di Pinerolo*, in *Cass. pen.*, 2006, 2948 ss.; UBERTIS, *Contumaci, doppia restituzione in termine*, in *Id.*, *Argomenti di procedura penale*, II, Milano, 2006, 216-217; *Id.*, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, 1094; VARRASO, *La Corte costituzionale "salva" il rito degli irreperibili*, in *Giur. cost.*, 2007, 1147.

¹¹ In particolare, si vedano i diversi documenti dell'Unione delle Camere penali, consultabili su www.camerepenali.it.

¹² Così *Rel. prog. prel. c.*, 116.

¹³ Afferma, ad esempio, ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 181, che «La partecipazione dell'imputato al giudizio rappresenta il nucleo essenziale del diritto costituzionale di difesa, oltre che un inderogabile principio di civiltà».

¹⁴ CAPRIOLI, "Giusto processo" e rito degli irreperibili, cit., 590.

¹⁵ La questione di legittimità costituzionale degli articoli 159, 160, 420-*quater*, comma 1, e 484 c., nella parte in cui non prevedevano la sospensione obbligatoria del processo nei confronti degli imputati ai quali il decreto di citazione a giudizio fosse stato notificato previa emissione del decreto di irreperibilità, era stata sollevata anche con riferimento all'art. 111 Cost. proprio sulla base dell'assunto che l'esigenza del contraddittorio trascenda la tutela delle posizioni soggettive e rappresenti un'indefettibile connotazione di qualunque processo. I giudici della Corte, tuttavia, nel dichiarare infondata la questione, hanno affermato che «a prescindere dalla validità di tale concezione oggettiva del contraddittorio, da essa non possono trarsi le conseguenze prospettate dal rimettente, in quanto l'enunciazione del quarto comma dell'art. 111 Cost. non comporta che il profilo oggettivo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca, comunque, un aspetto del diritto di difesa, posto che il successivo comma quinto, nell'ammettere la deroga al principio, fa riferimento al consenso dell'imputato. Ciò che conta è sempre la tutela del diritto di difesa, al quale la CEDU, richiamata dal giudice *a quo*, non accorda, in tema di processo *in absentia*, garanzie maggiori di quelle previste dall'art. 111 Cost. (Corte cost., sent. 7 febbraio 2007, n. 117).

¹⁶ Così CAPRIOLI, "Giusto processo" e rito degli irreperibili, cit., 590; altresì cfr. DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 8 ss. Osserva NEGRI, *L'imputato presente al processo*, cit., 124, che il tentativo di presentare il principio del contraddittorio alla stregua di una garanzia oggettiva rispondente a un interesse di rilevanza pubblicistica, può dare luogo a pericolosi fraintendimenti, «giacché si potrebbe essere indotti a dedurre che la realizzazione effettiva del metodo probatorio consacrato nell'art. 111 comma 4 Cost. implichi quale logica conseguenza l'indefettibile partecipazione dell'imputato alla procedura dialettica di accertamento del fatto».

¹⁷ Al riguardo, v. CAPRIOLI, "Giusto processo" e rito degli irreperibili, cit., 591, a cui si rimanda per l'analisi di alcuni documenti presentati e discussi dalla Associazione Nazionale Magistrati e da Magistratura Indipendente.

¹⁸ Fra gli altri, v. FILIPPI, *Rito contumaciale: quale «equo processo»?*, cit., 2199 s.; TAMIETTI, *Il processo penale contumaciale italiano nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, 148 ss.

26 febbraio 2009¹⁹. Il tema del processo *in absentia* è da lungo tempo al centro dei dibattiti sul funzionamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria c.d. rafforzati, basati sul principio del reciproco riconoscimento. La mancanza di regole comuni al riguardo ha, infatti, spesso rappresentato un ostacolo, vista la riluttanza di molti Stati a eseguire decisioni pronunciate al termine di un processo in cui l'interessato non è comparso personalmente. È stato proprio per superare tali difficoltà che il Consiglio dell'Unione europea è intervenuto con la Decisione del 2009, con l'intento di rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale, nonché, appunto, facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale e, in particolare migliorare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri. Si tratta di criteri guida che vincolano gli Stati membri e che possono essere d'ausilio anche a livello interpretativo.

Oltre alle tante riflessioni della dottrina, vi è, poi, lo studio condotto dalla Commissione Riccio che, su incarico ministeriale, nel formulare una proposta di riforma del processo penale, aveva dato specifiche indicazioni a proposito del rito contumaciale, offrendo soluzioni di grande interesse²⁰. Altrettanto interessanti sono le riflessioni dell'avvocatura penalista che, ad esempio, aveva avuto modo di esprimere le proprie valutazioni nei confronti di una precedente proposta di riforma, contenuta nel c.d. Disegno di legge Mastella, presentato nel corso della XV legislatura, che in parte conteneva le linee essenziali della riforma vigente²¹. Non si può, infine, dimenticare lo sforzo compiuto dalla giurisprudenza che con riguardo alla disciplina contumaciale ha dimostrato, in più occasioni, di tenere in considerazione l'esigenza di rispettare gli obblighi sovranazionali e ha offerto una lettura della disciplina previgente volta a valorizzare la conoscenza effettiva delle accuse da parte dell'imputato.

2.

La celebrazione del processo *in absentia*. L'inadeguatezza dei meccanismi presuntivi.

La legge n. 67 del 2014 si è mossa seguendo alcune direttrici: abolizione del rito contumaciale; sospensione del processo nei confronti degli irreperibili; nuova regolamentazione del c.d. processo in assenza; previsione di rimedi restitutori, volti a permettere all'imputato di ottenere una nuova pronuncia nel merito in primo grado ove non abbia potuto partecipare al processo.

È così rimasta ferma l'impostazione originaria del codice di rito: partecipare al processo è un diritto dell'imputato, non è un obbligo. La rinuncia a tale diritto presuppone la conoscenza delle accuse a carico e poiché per l'irreperibile tale conoscenza è solo ipotetica il processo va sospeso. Nel caso in cui la prova della mancata partecipazione al processo per legittimo impedimento o per mancata conoscenza del processo intervenga successivamente alla sua celebrazione, operano i rimedi restitutori. Il processo è celebrato in assenza quando l'imputato rinuncia espressamente a partecipare o quando vi sono degli elementi da cui desumere che egli abbia avuto conoscenza dell'esistenza del procedimento.

Così letta la riforma appare lineare. Andando più a fondo emergono le incongruenze.

Esaminiamo il caso in cui il processo è celebrato in assenza dell'imputato.

Secondo la nuova formulazione dell'art. 420-*bis*, comma 1, c.p.p., se l'imputato, libero o detenuto, non è presente all'udienza e, anche se impedito, ha espressamente rinunciato ad assistervi, *nulla quaestio*: il giudice procede in sua assenza e non sussiste alcuna violazione dei suoi diritti, ricorrendo una rinuncia non equivoca al diritto di partecipare al processo²².

Ove la notificazione sia regolare e non risulti alcun impedimento a comparire che obblighi

¹⁹ La Decisione quadro 2009/299/GAI, adottata il 26 febbraio 2009 dal Consiglio europeo, modifica le Decisioni quadro 2002/584/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo.

²⁰ La Bozza di delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, elaborata dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Riccio, è pubblicata, ad esempio, su *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 487.

²¹ Il disegno di legge n. 2664, recante «Disposizioni per l'accelerazione e la razionalizzazione del processo penale, nonché in materia di prescrizione dei reati, recidiva e criteri di ragguglio tra pene detentive e pene pecuniarie», è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 5 aprile 2007 e presentato il 16 maggio 2007 alla Camera dei Deputati dall'allora Ministro della Giustizia Mastella. Per un'analisi del progetto, soprattutto con riguardo alla disciplina delle notificazioni, per tutti, v. MANGIARACINA, *Garanzie partecipative e processo in absentia*, cit., 454 ss.

²² Sulla forma della rinuncia v. MOSCARINI, *Una riforma da tempo necessaria. L'abolizione della contumacia penale e la sospensione del processo contro l'imputato irreperibile*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti-Marandola-Varraso, cit., 239 ss.

la rinnovazione dell'avviso dell'udienza *ex art. 420-ter c.p.p.*, l'art. 420-*bis c.p.p.*, al comma 2, dispone che «il giudice procede altresì in assenza dell'imputato che nel corso del procedimento abbia dichiarato o eletto domicilio ovvero sia stato arrestato, fermato o sottoposto a misura cautelare ovvero abbia nominato un difensore di fiducia, nonché nel caso in cui l'imputato assente abbia ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza ovvero risulta comunque con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo».

Ebbene, in questi casi può egualmente dirsi rispettato il diritto dell'imputato a partecipare al processo?

La risposta deve ritenersi affermativa nell'ipotesi in cui egli abbia ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza. Per il resto, sulla riforma grava un peccato d'origine: non essere intervenuti modificando anche la disciplina delle notificazioni²³. Se, infatti, la rinuncia al diritto di partecipare al processo presuppone la conoscenza effettiva delle accuse da parte dell'imputato, al di fuori dei casi in cui la notificazione è effettuata nelle mani dell'interessato, non è possibile far discendere la conoscenza dell'atto dalla regolarità delle notificazioni, giacché non sempre la conoscenza legale coincide con la conoscenza effettiva del provvedimento.

La novella sembra affidarsi ad alcuni meccanismi presuntivi: si è ritenuto che l'elezione del domicilio, la nomina del difensore di fiducia e l'esecuzione di un provvedimento limitativo della libertà personale, poiché generalmente implicano la conoscenza del procedimento, consentano di attribuire all'assenza dell'imputato il significato di una rinuncia tacita ad esercitare personalmente il diritto di difesa. Senonché, «la semplice lettura della norma alimenta forti dubbi rispetto alla effettiva "sintomaticità" nel caso concreto dei fatti espressamente previsti»²⁴. Non necessariamente a una delle situazioni ricomprese nell'elenco stilato dal legislatore, corrisponde realmente la consapevolezza dell'imputato circa l'esistenza del procedimento. E anche accettando l'idea che la sussistenza dei presupposti indicati dall'art. 420-*bis c.p.p.* attesti la consapevolezza della pendenza di un procedimento penale, far derivare da ciò la presunzione che l'imputato non comparso sia a conoscenza dell'accusa posta a suo carico e abbia consapevolmente rinunciato al suo diritto di partecipare al processo sembra eccessivo²⁵.

Ora, anche la Corte e.d.u., in diverse occasioni ha riscontrato la volontarietà della rinuncia a comparire da comportamenti concludenti tenuti dall'imputato a seguito della provata conoscenza da parte dello stesso della pendenza di un procedimento a suo carico e delle accuse mosse nei suoi confronti. Specifico rilievo, ad esempio, è stato dato alla fuga al momento dell'arresto²⁶ o, come previsto dall'art. 420-*bis c.p.p.*, alla ripetuta nomina di difensori di fiducia in corso di processo da parte del latitante con atti a sua firma contenenti la specifica indicazione del numero del procedimento²⁷. Ciò che suscita riserva, tuttavia, è la generalizzazione di tali criteri e il tentativo di elevarli al valore di indici presuntivi, imponendo al giudice una serie di automatismi nel procedimento di controllo sulla regolare costituzione delle parti.

Com'è noto la Corte e.d.u. decide dopo un'attenta considerazione dei fatti. Sono oggetto di valutazione non le regole ma le loro modalità applicative. Solo a seguito di un'indagine complessa attenta al bilanciamento di interessi, a volte contrapposti, la Corte dichiara la violazione dei principi del *fair trial*. È la vicenda processuale ad essere giudicata. La trasformazione in regole generali delle argomentazioni seguite per motivare una o più decisioni sul caso concreto è un'operazione che non necessariamente conduce a risultati appaganti.

²³ Vedi anche BISCARDI, *Eclissi della contumacia e sospensione per irreperibilità, tra conoscenza legale e conoscenza reale del processo*, in *Processo penale e giustizia*, 2014, n. 6, 105.

²⁴ Così TONINI-CONTI, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 513; analogamente v. DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 16; DIDI, *Novità in materia d'impugnazioni e restituito in integrum*, in AA.VV., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di Vigoni, cit., 215.

²⁵ Sul punto, ad esempio, sono ancora valide le osservazioni critiche della Giunta dell'Unione delle Camere penali a proposito del c.d. Progetto Mastella, secondo cui l'introduzione di elementi presuntivi di conoscenza – quali la nomina fiduciaria di un difensore o l'esecuzione di una misura cautelare – finisce per porre a carico dell'imputato un dovere di diligenza «che non trova alcun fondamento nel nostro sistema processuale e nella stessa Convenzione Europea e che tradisce un pregiudizio di fondo nei confronti delle persone sottoposte alle indagini, riguardo alle quali la celebrazione del dibattimento viene considerata come esito processuale ineluttabile» (*Documento della Giunta e del Centro Marongiu sul testo del DDL Mastella su "Disposizioni in materia di accelerazione e razionalizzazione del processo penale, prescrizione dei reati, confisca e criteri di ragguglio tra pene detentive e pene pecuniarie"*, 20, in www.camerepenali.it).

²⁶ Cfr. Corte e.d.u., 4 dicembre 2001, Iavarazzo c. Italia, n. 50489/99. Nel caso di specie, l'imputato, vista la polizia entrare nel suo appartamento con l'intenzione di notificargli un ordine di custodia cautelare, scappò da una finestra e si diede alla latitanza, sicché la Corte ha ritenuto che l'impossibilità di comunicare con l'accusato non potesse essere imputata alle autorità italiane.

²⁷ Corte e.d.u., 12 dicembre 2006, Battisti c. Francia, n. 28796/05.

In sostanza, «l'automatismo con cui le predette situazioni sono destinate ad operare, nell'immutata disciplina delle notificazioni, pare frutto di un "astrattismo", o quanto meno di un'ingenuità, del legislatore e rischia di minare alla radice il novellato sistema, giacché dietro il processo all'assente può ancora celarsi lo spettro inquisitorio di un imputato ignaro di quanto accade nei suoi confronti»²⁸.

Anzitutto, si tratta di fatti che possono interessare una fase molto precoce del procedimento, e già questo fa vacillare la solidità del ragionamento presuntivo. Com'è stato sottolineato anche dalla Suprema corte, per garantire l'effettiva conoscenza delle accuse da parte dell'imputato, non basta la mera conoscenza del procedimento, occorrendo la sicura consapevolezza della pendenza del processo, collegata alla comunicazione di un atto formale²⁹.

Del resto, sapere di essere sottoposti a un'indagine, che potrebbe anche concludersi con un'archiviazione (neppure da notificare), è ben diverso dal sapere di essere destinatari di un'azione penale per un determinato fatto individuato come suscettibile di corrispondere ad una determinata fattispecie di reato; allo stesso modo, è diverso dal sapere che, di seguito a tale azione penale, si è citati a giudizio³⁰.

3. L'esecuzione di un provvedimento limitativo della libertà personale.

Anche l'esecuzione di una misura cautelare o di un arresto o di un fermo potrebbe non garantire adeguatamente il diritto dell'imputato di conoscere dell'esistenza del processo e di parteciparvi, in quanto oltre a trattarsi di provvedimenti che, per l'appunto, potrebbero essere stati adottati diversi anni prima, essi potrebbero essere stati disposti da un'autorità giudiziaria differente o essere relativi a fatti diversi³¹.

In particolare, ci potrebbero essere casi, non infrequenti, in cui l'indagato sia stato sottoposto nell'ambito di un determinato procedimento ad una misura cautelare, ma poi quel procedimento venga riunito ad altro procedimento rispetto al quale venga poi richiesto il rinvio a giudizio e fissata l'udienza preliminare sia per le imputazioni del procedimento nel cui ambito sia stata emessa la misura cautelare, sia per altre imputazioni³². In queste vicende, se nel procedimento successivamente riunito non si è verificata una delle situazioni indicate dall'art. 420-bis, comma 2, c.p.p., non potendo presumersi che l'imputato abbia avuto conoscenza anche delle successive imputazioni, pare dubbio possa celebrarsi il processo in assenza, salvo ritenere che l'adozione di una misura cautelare o pre-cautelare imponga un onere di informazione e di conoscenza a carico dell'indagato che dovrebbe indurlo a seguire e verificare, lo sviluppo procedimentale e, quindi, a controllare se il pubblico ministero abbia in qualche momento riunito il procedimento in questione ad altro procedimento. Non ci convince, poi, la tesi che la presunzione operi anche con riguardo all'esecuzione di una misura cautelare reale³³. In una logica volta a leggere in termini restrittivi le presunzioni sulla conoscenza del procedimento e la rinuncia a comparire, l'utilizzo della espressione (imputato) "sottoposto a misura cautelare" induce a ritenere essa riguardi provvedimenti limitativi della libertà personale e non anche di misure relative allo spossessamento di cose mobili o immobili che, peraltro, potrebbero non essere di proprietà dell'imputato³⁴. Né – a nostro avviso – può avere rilievo che si tratti di atti di cui, comunque, l'imputato ha obbligatoriamente conoscenza, altrimenti la presunzione dovrebbe scattare ogni qual volta è inviata l'informazione di garanzia; ma così non è, visto che il

²⁸ Così TONINI-CONTI, *Il tramonto della contumacia*, cit., 513; nonché, DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 17.

²⁹ Cass., sez. I, 5 marzo 2008, n. 16704, R.F., in *C.e.d. Cass.*, n. 240118; Sez. I, 11 aprile 2006, n. 15543, Joudar, in *C.e.d. Cass.*, n. 233880. In dottrina, fra gli altri, v. DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 6.

³⁰ FRIGO, *Un limitato aggiustamento normativo che svela le discrasie del rito «in absentia»*, in *Guida dir.*, 2005, n. 18, 22; MILANI, *Il processo contumaciale*, cit., 2182.

³¹ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in absentia" dell'imputato*, in PICCIRILLO-SILVESTRI, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, Relazione n. III/07/2014, dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, 5 maggio 2014, Roma, 44.

³² SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in absentia" dell'imputato*, cit., 45.

³³ In tal senso, ad esempio, v. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 2014, n. 2, 98, nonché, BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., 108.

³⁴ NOFRI, *Sub art. 420 bis*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso-Illuminati, 2ª ed., Padova, 2014, 1863.

legislatore ha voluto dare rilievo solo a situazioni particolarmente qualificate, la cui specifica rilevanza sotto il profilo processuale è elevata ad indice sintomatico di conoscenza.

L'idea, altresì, che dalla mera esecuzione di tali provvedimenti discenda una sorta di onere d'informazione, a carico dell'indagato, sugli sviluppi futuri del procedimento, come si è già anticipato, non convince perché non tiene adeguatamente conto dei dettami della giurisprudenza della Corte europea attenta a non fare affidamento solo su elementi presuntivi, bensì a considerare l'effettiva conoscenza della esistenza del processo e la volontà non equivoca di parteciparvi. Senza trascurare che si tratta di un onere oggettivamente gravoso che rischia di fare aumentare il numero dei processi rispetto ai quali venga successivamente fornita la prova della incolpevole assenza dell'imputato³⁵.

Ci sono, infine, i casi in cui la misura cautelare personale sia stata disposta ma non eseguita. In questi casi, generalmente, vengono meno i presupposti per l'applicabilità della presunzione in esame, ciò nondimeno possono configurarsi altre situazioni che possono consentire la celebrazione del processo.

Segnatamente, ove nelle more in cui è stata fissata l'udienza preliminare non sia stato possibile eseguire la misura cautelare coercitiva perché l'imputato è stato dichiarato latitante, non è escluso possa procedersi ugualmente in assenza ricorrendo un altro dei casi contemplati dall'art. 420-*bis* c.p.p., per essersi l'imputato sottratto volontariamente alla conoscenza "del procedimento o di atti del medesimo"³⁶.

Nel caso in cui si tratti di una misura cautelare non custodiale, poiché l'adempimento esecutivo è costituito dalla notifica del provvedimento, occorrerà verificare se l'atto è stato notificato personalmente all'imputato, così da potersi ritenere sussistente la prova della conoscenza della esistenza del procedimento. Ove, invece, l'ordinanza impositiva della misura cautelare interdittiva non sia stata eseguita la questione assumerà limitato rilievo quando la notifica del provvedimento è stata preceduta in concreto dall'interrogatorio dell'indagato, atteso che in questi casi vi sarà la prova della conoscenza del procedimento³⁷.

4.

La nomina di un difensore di fiducia.

Analogamente, la scelta del difensore, sebbene generalmente indichi la consapevolezza della esistenza di un procedimento – in particolare, quando nel conferimento del mandato sono indicati gli addebiti e il numero di registro delle notizie di reato relativo al procedimento in corso –, non dovrebbe poter esser posta a fondamento di una presunzione. Se, infatti, come ripetutamente detto, occorre preoccuparsi dell'effettiva conoscenza del processo, non si può dimenticare ciò che i giudici di legittimità hanno affermato a proposito della richiesta di restituzione nel termine nel caso di rito contumaciale, allorché è stato sottolineato che non è sufficiente la mera conoscenza del procedimento, occorrendo anche la conoscenza della sentenza e la volontaria rinuncia a comparire, dovendosi escludere, soprattutto, che possa essere posto a carico dell'imputato un onere a seguire le sorti del procedimento³⁸.

Pure la Giunta dell'Unione delle Camere penali a proposito del Disegno di legge Mastella³⁹, che conteneva una previsione simile a quella dell'attuale art. 420-*bis* c.p.p., aveva espresso delle perplessità, evidenziando come non sia possibile affermare che il difensore di fiducia sia sempre in grado di tenere informato il proprio cliente degli sviluppi del procedimento, specialmente se il mandato sia stato successivamente revocato o rinunziato⁴⁰. Il progetto Mastella, invero, ai fini della presunzione, riteneva priva di rilievo la successiva revoca o rinuncia al mandato; un riferimento che nell'attuale art. 420-*bis* c.p.p. non è stato riprodotto, il che potrebbe portare a concludere che sia la costanza del rapporto fiduciario con il difensore ad assumere rilievo. È in questa logica, del resto, che ci sembra vada letta la giurisprudenza della Corte

³⁵ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 45. Nondimeno, la rinuncia a comparire non può essere automaticamente desunta dalla dichiarazione di latitanza, se quest'ultima è sprovvista di sufficiente base fattuale (BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., 111).

³⁶ In tal senso v. SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 45.

³⁷ SILVESTRI, *op. loc. cit.*

³⁸ Cass., sez. I, 28 gennaio 2008, n. 7339, in *C.e.d. Cass.*, n. 239137.

³⁹ Vedi *supra* nota 21.

⁴⁰ *Documento della Giunta e del Centro Marongiu sul testo del DDL Mastella*, cit., 20.

e.d.u. laddove tende ad ascrivere alla colpa del ricorrente l'eventuale mancata comunicazione tra l'accusato e il proprio legale rappresentante, liberamente scelto o comunque conosciuto, tenuto a sopportare le conseguenze negative cui la propria negligenza può aver dato luogo⁴¹. Un'interpretazione che pare trovare conferma anche nelle disposizioni della Decisione quadro 2009/299 che, tra i casi in cui considera ingiustificato il rifiuto di consegna in esecuzione di un Mae, indica quello in cui l'imputato, essendo al corrente della data del processo, abbia conferito mandato a un difensore, *sempre che sia stato effettivamente patrocinato in giudizio* (art. 2).

Diversamente, si porrebbe un peso deontologicamente insostenibile a carico del legale che a distanza di anni si veda notificare l'avviso della fissazione della data dell'udienza preliminare o del dibattimento e non abbia più contatti con il proprio assistito. Come può dirsi, infatti, rispettato l'obbligo di garantire la miglior difesa possibile se si ha la consapevolezza che si sta rappresentando un cliente al quale non si sta riconoscendo il diritto di partecipare al processo?

Un difensore scrupoloso, dunque, in questi casi, non può che rinunciare al mandato; come, del resto, oggi raccomandato dall'art. 32 del nuovo codice deontologico forense. Così facendo, pur non privando l'interessato dell'assistenza difensiva (il legale cesserà dalle proprie funzioni solo dopo la nomina del nuovo difensore, *ex art. 197 c.p.p.*), potrà impedire che egli sia processato in assenza. La rinuncia al mandato determinerà il venir meno della presunzione di conoscenza del procedimento e, secondo la disciplina del nuovo art. 420-*quater* c.p.p., imporrà al giudice l'obbligo di disporre un rinvio dell'udienza al fine di notificare l'avviso all'imputato personalmente ad opera della polizia giudiziaria; ove, poi, la notificazione non risulti possibile, dovrà essere disposta la sospensione del processo.

5. L'elezione di domicilio.

Altrettanto perplessi lascia la presunzione concernente l'elezione di domicilio. È noto che l'art. 161 c.p.p., al comma 1, prevede che «il giudice, il pubblico ministero o la polizia giudiziaria, nel primo atto compiuto con l'intervento della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato non detenuto né internato, lo invitano a dichiarare uno dei luoghi indicati nell'art. 157 comma 1 ovvero a eleggere domicilio per le notificazioni, avvertendolo che, nella sua qualità di persona sottoposta alle indagini o di imputato, ha l'obbligo di comunicare ogni mutamento del domicilio dichiarato o eletto e che in mancanza di tale comunicazione o nel caso di rifiuto di dichiarare o eleggere domicilio, le notificazioni verranno fatte mediante consegna al difensore».

L'elezione di domicilio indubbiamente è funzionale a favorire le notificazioni, agevolando le autorità competenti nella ricerca dei luoghi in cui potere effettuare la consegna dell'atto. In mancanza di una modifica del regime delle notificazioni, tuttavia, è inevitabile chiedersi se il legislatore con la riforma abbia voluto realmente rafforzare il diritto dell'imputato ad essere presente al processo o sia stata soltanto realizzata un'opera di *maquillage* volta a nascondere i segni di un sistema a cui in realtà poco interessa la presenza dell'attore principale e che si preoccupa solo di trovare giustificazioni alla possibilità di celebrare il processo in sua assenza.

Critiche, soprattutto, devono rivolgersi alla disciplina delle notificazioni ad interposta persona che consente di ritenere raggiunta la conoscenza dell'atto mediante una mera *factio iuris*.

È da anni che, nella prassi, si assiste a processi celebrati in contumacia nei confronti di soggetti stranieri privi di un'adeguata conoscenza della lingua italiana dopo che la notifica è avvenuta mediante consegna al domicilio eletto presso il difensore d'ufficio. Ebbene, non vi è dubbio che in questi casi la regolarità della notifica garantisce esclusivamente la conoscenza formale dell'atto non la sua conoscenza effettiva. Ma si può realmente ritenere che l'elezione del domicilio presso il difensore d'ufficio sia fatta nella consapevolezza degli effetti che da quest'atto scaturiscono? L'invito è generalmente redatto nella sola lingua italiana ed è comunque considerato valido dai giudici dopo la testimonianza dell'agente di polizia secondo cui l'imputato comprendeva sufficientemente l'idioma. Salvo, però, considerare che un conto è pronunciare o capire "sufficientemente" alcune parole elementari in italiano, altro leggere documenti scritti in italiano e altro ancora comprendere effettivamente gli ammonimenti che vengono forniti in relazione a un sistema giudiziario magari completamente diverso da quello

⁴¹ Al riguardo, *ex plurimis*, v. Corte e.d.u., 28 febbraio 1008, Demebukov c. Bulgaria, n. 68020/01, § 57.

di origine⁴².

A questo si deve aggiungere che, oggi, all'indagato o all'imputato dovrebbe esser chiaro, oltre al significato dell'avvertimento in ordine all'obbligo di comunicare ogni mutamento del domicilio dichiarato o eletto e che in caso di mancanza, di insufficienza o di inidoneità della dichiarazione o della elezione, che le successive notificazioni verranno eseguite nel luogo dove l'atto è stato notificato, che all'elezione di domicilio si attribuisce il valore presuntivo di conoscenza del procedimento che legittima la celebrazione del processo in sua assenza⁴³.

Ecco perché, visto il rilievo che tale atto ha assunto, esso dovrebbe, quanto meno, rientrare tra i provvedimenti che devono essere tradotti nella lingua dell'indagato o imputato⁴⁴. Tuttavia, non sfuggirà che, nonostante il legislatore abbia recentemente riformato la disciplina dell'art. 143 c.p.p., quest'ultimo non pare farne espressa menzione⁴⁵. Né, è possibile rimediare a tale omissione, applicando il comma 3 della norma citata, dato che è contemplata la possibilità di disporre la traduzione di *altri atti*, oltre a quelli per i quali essa è obbligatoria, solo su ordine del giudice. Sicché, c'è il rischio che tale adempimento sia rimesso alla sensibilità dei giudici. Salvo considerare la tesi di quella parte della dottrina⁴⁶ secondo cui la mancanza della traduzione o interpretazione dell'invito e degli avvertimenti previsti dall'art. 161 c.p.p. poiché pregiudica la possibilità per l'imputato di intervenire in giudizio, comporta una nullità di ordine generale *ex art. 178, lett. c, c.p.p.*, che travolge tutte le notifiche successive, salvo quelle eseguite a mani dell'interessato che riguardino un atto tradotto ai sensi dell'art. 143 c.p.p.

Occorre, poi, ricordare come nella prassi non siano infrequenti le c.d. elezioni di domicilio al buio⁴⁷. È il caso in cui l'elezione di domicilio compiuta, generalmente, negli uffici della polizia giudiziaria nel corso del primo contatto con la persona sottoposta all'indagine è fatta presso un difensore d'ufficio da nominarsi in un secondo momento. Un'elezione, appunto, "al buio" visto che il domicilio non è individuato dall'interessato, ma è individuabile solo successivamente quando sarà designato il difensore d'ufficio.

È evidente che si tratta di un'elezione illegittima, specialmente alla luce della normativa attuale. Ecco perché, sotto questo profilo, merita particolare apprezzamento la posizione assunta dalla Suprema corte che, nell'esaminare la correttezza di tale procedura, ha dimostrato attenzione ai principi costituzionali ed europei, affermando che il requisito della personalità della notificazione degli atti non può essere escluso se non in caso di situazioni riferibili a una scelta consapevole dell'imputato stesso o alla comprovata possibilità, originaria o sopravvenuta, di portare il contenuto dell'atto nella sfera di conoscibilità del destinatario. «Il sistema delle notificazioni ad interposta persona e mediante *fictio iuris* deve dunque essere oggetto di stretta interpretazione, perché quello di partecipare al giudizio è un diritto fondamentale dell'imputato riconducibile all'art 6 della C.e.d.u., riprodotto nell'art. 111 Cost., e l'ordinamento processuale deve tendere ad evitare che il giudizio penale si svolga in assenza dell'imputato se questa assenza non dipende da una sua volontà»⁴⁸.

Non basta. A regime delle notificazioni invariato, sembrerebbe che la sussistenza di uno degli indicatori tipici considerati dall'art. 420-*bis* c.p.p. consenta di celebrare il processo in assenza a prescindere dalle modalità con cui sia stata effettuata la notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare. «Con il paradosso per cui si dovrebbe procedere *in absentia* anche nei confronti dell'imputato divenuto irreperibile o al quale la comunicazione della data del processo sia stata comunicata al difensore d'ufficio per l'impossibilità sopravvenuta di pro-

⁴² LAZZARONE, *Processo in absentia: dall'Europa una spinta per una riforma?*, in *Legisl. pen.*, 2004, 602. Una differenza che la Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, sembra tenere in considerazione, sottolineando, già nei *consideranda*, che l'assistenza linguistica va riconosciuta a coloro i quali «non parlano o non comprendono la lingua del procedimento penale» (considerando n. 17).

⁴³ Al riguardo v. le articolate osservazioni di MARCOLINI, *Presupposti del giudizio in assenza*, in AA.VV., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di Vigoni, cit., 151 ss.

⁴⁴ Ad avviso di VIGNALE, *Domicilio dichiarato o eletto e processo in absentia*, in *Questione giustizia*, 26 giugno 2014, 11, in www.questionegiustizia.it, le elezioni di domicilio eseguite *ex art. 161 c.p.p.* da cittadini stranieri che non siano comparse in giudizio sono valide solo se emerge dagli atti (e quindi va positivamente accertata dalla a.g.) la conoscenza della lingua italiana o, in mancanza, se l'invito ad eleggere domicilio e gli avvertimenti previsti dall'art. 161 commi 1, 2, e 3 c.p.p. sono stati rivolti o tradotti allo straniero nella sua lingua madre o in altra lingua veicolare.

⁴⁵ L'art. 143 c. è stato sostituito dall'art. 1 d.legisl. 4 marzo 2014, n. 32, *Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*.

⁴⁶ VIGNALE, *op. loc. cit.*

⁴⁷ Sul punto, ad esempio, v. CATALANO, *La resistibile affermazione delle garanzie europee in tema di giusto processo in absentia*, in *Arch. pen.*, 2011, 9.

⁴⁸ Così Cass., sez. I, 20 aprile 2010, n. 17706, in *C.e.d. Cass.*, n. 247066.

cedere alla notifica nel domicilio dichiarato eletto»⁴⁹.

In questi casi, cioè, se la notificazione dell'avviso è stata effettuata regolarmente, ove ricorra, ad esempio, l'elezione del domicilio da parte dell'imputato, essendovi in atti la prova della conoscenza del procedimento, il processo dovrebbe essere comunque celebrato in assenza, salvo poi l'imputato dimostrare che, a causa della irreperibilità sopravvenuta, non si era avuta conoscenza del processo, con conseguente operatività dei rimedi restitutori. Con i limiti, tuttavia, derivanti dall'aver posto nuovamente a carico dell'interessato la prova che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo.

In sostanza, seguendo questa tesi, si privilegia una lettura del sistema secondo cui poiché le parti condividono con l'autorità giudiziaria la responsabilità dell'andamento del processo, la mancanza della prova certa che l'imputato abbia conoscenza dell'udienza preliminare – per non essere stato l'avviso di fissazione ricevuto personalmente – è in qualche modo compensata dalla prova della conoscenza del procedimento, cui si fanno conseguire oneri di informazione e di collaborazione. Su ciascuna parte sono fatti gravare tutti gli oneri connessi all'esercizio dei poteri loro conferiti, compresi, quindi, quelli anche strumentali all'esigenza di evitare la paralisi dei processi o una loro durata irragionevole⁵⁰.

Ora, non vi è dubbio che occorra evitare il rischio di abusi del processo⁵¹, e tuttavia non si deve trascurare che ogni tentativo di sfuggire a tale pericolo va condotto sempre salvaguardando le libertà fondamentali, specialmente il diritto di difesa. Per questa ragione, coerenza del sistema dovrebbe portare a ritenere che le modalità di notificazione all'imputato irreperibile siano del tutto incompatibili con le nuove disposizioni. Ecco perché, ove il giudice verifichi l'irreperibilità, il processo andrebbe comunque sospeso, anche se agli atti vi è la prova della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato⁵².

6.

La certezza della conoscenza del procedimento quale chiave di lettura dell'intera riforma.

L'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p., infine, contiene una clausola aperta, permettendo di celebrare il processo in assenza ogni qual volta vi è la certezza della prova della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato. In questo caso la fattispecie risulta indefinita e si presta a trovare applicazione in una molteplicità di occasioni che ci sembra vadano individuate partendo da una premessa: considerato che la disciplina delle notificazioni è rimasta invariata e, al contempo, la mera regolarità della notificazione non garantisce la conoscenza effettiva dell'atto, deve concludersi che per procedere in assenza occorre avere la prova della certezza della conoscenza del procedimento. In altri termini, deve darsi rilievo non tanto alla ritualità della notifica del provvedimento, quanto all'esistenza di un complesso di circostanze, spesso collegate ma distinte rispetto alle condizioni di regolarità della notifica, capaci di attestare l'effettiva conoscenza dell'atto.

Si pensi, dunque, alla disciplina delle notificazioni all'imputato non detenuto. La prima notificazione, ove non sia possibile consegnare la copia personalmente all'interessato, è eseguita nella casa di abitazione o nel luogo in cui l'imputato esercita abitualmente l'attività lavorativa, mediante consegna di una copia dell'atto a una persona che conviva anche temporaneamente o, in mancanza, al portiere o chi ne fa le veci (art. 157 c.p.p.).

Ebbene, in un'ottica garantista, anzitutto, occorrerebbe aderire ad un'interpretazione rigorosa di tali fattispecie, dando, ad esempio, rilievo ai soli rapporti familiari "qualificati", come

⁴⁹ In questi termini v. BRICCHETTI-PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, in *Guida d.*, 2014, n. 21, 97.

⁵⁰ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 48.

⁵¹ Secondo la definizione data dalle Sezioni Unite, «L'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti» (Cass., sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, in *C.e.d. Cass.*, n. 251496. In dottrina, in particolare, v. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004; nonché LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 508 ss.; ID., *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità (2ª parte)*, *ivi*, 2008, 627 ss., ai quali si rimanda per ulteriori approfondimenti del tema).

⁵² SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 50.

quelli esistenti tra genitori e figli minori e tra coniugi⁵³. L'ufficiale giudiziario, inoltre, dovrebbe verificare con scrupolo i vincoli di parentela o la sussistenza di un rapporto di convivenza, con specifica annotazione nella relata di notifica, occorrendo qualcosa di più della mera apparenza di una situazione di convivenza.

In secondo luogo, per non svuotare del tutto di significato la portata della riforma, l'art. 420-*bis* c.p.p. andrebbe interpretato nel senso che, non potendo acquisire rilievo la mera regolarità delle notificazioni ad interposta persona, dovrebbero ricercarsi altri elementi da cui desumere la certezza della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, in mancanza dei quali si dovrebbe disporre la rinnovazione dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare. In questi casi, cioè, dovrebbe procedersi ai sensi dell'art. 420-*quater* c.p.p.: non sussistendo, infatti, un impedimento a comparire che legittimi il rinnovo dell'avviso *ex* art. 420-*ter* c.p.p., né una nullità della notificazione, il giudice dovrebbe tentare di notificare l'atto personalmente all'imputato avvalendosi della polizia giudiziaria. A questo punto, non trattandosi di un soggetto irreperibile, il provvedimento probabilmente riuscirà a essere consegnato nelle mani dell'interessato. Ove ciò non si verificasse, dovrebbe disporsi la sospensione del processo.

Certo, la procedura rischia di essere molto complessa, imponendo ai giudici un'attività di verifica della regolare costituzione delle parti maggiormente articolata e dai tempi decisamente più lunghi. Inoltre, c'è un notevole aggravio delle incombenze poste a carico delle forze di polizia, mentre, per questi specifici casi, basterebbe rendere possibile la rinnovazione dell'avviso secondo la disciplina ordinaria, affidandola a un ufficiale giudiziario.

Il punto è che se si vuole dare un'interpretazione della riforma più rispondente ai dettami costituzionali e alle sollecitazioni della Corte europea, si devono ritagliare al giudice alcuni spazi di discrezionalità, introducendo forme di valutazione in concreto della volontarietà della rinuncia a comparire, anche quando essa sia implicitamente fondata sugli elementi tipizzati dal legislatore⁵⁴. In altri termini, dovrebbe costituire un presupposto dell'intera disciplina il lasciare sempre al giudice uno spazio di autonomia valutativa volto a verificare se l'imputato abbia o meno consapevolezza dell'esistenza del procedimento e abbia rinunciato a parteciparvi.

Si tratta di un impegno preciso: cercare di offrire una lettura della riforma in termini rafforzamento delle garanzie, non già di un loro arretramento. Un dovere che, secondo l'insegnamento offerto dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 317 del 2009, nasce proprio dagli obblighi convenzionali, che ci impongono di dare massima espansione alle garanzie, ampliando l'area di protezione che la Costituzione attribuisce ai diritti fondamentali.

È per questa ragione che occorre interpretare ciascuno degli indicatori dell'art. 420-*bis* c.p.p. non come una presunzione legale astratta e formalistica, ma come un fatto concreto e specifico secondo regole di consolidata esperienza, che finisce conseguentemente con porre a carico dell'imputato un onere, da intendere in senso atecnico, di allegazione di rappresentare circostanze difensive che rientrano nella sua esclusiva sfera di conoscenza e che difficilmente possono emergere nel processo al di fuori di un'allegazione dell'imputato medesimo⁵⁵. Il mancato adempimento di tale onere non impedisce *a priori* il conseguimento di un risultato favorevole all'imputato, bensì lo rende più improbabile, in quanto comporta il rischio di un accertamento giudiziale incompleto e sbilanciato, con conseguente sopravvalutazione degli elementi indicativi di una conoscenza effettiva del procedimento da parte dell'imputato.

Spetta al giudice, dunque, valutare senza rigidi automatismi, bensì con le ordinarie cautele del ragionamento indiziario, se in concreto possa affermarsi con certezza l'effettiva conoscenza del procedimento o la volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo. Così facendo è possibile ricondurre «la disciplina a razionalità, salvandone l'ispirazione garantista senza pericolosi slittamenti autoritari con rigurgiti di una «contumacia mascherata da assenza»»⁵⁶.

⁵³ Cass., sez. III, 4 marzo 2010, n. 14844, g. in proc. Cristaudo, in *C.e.d. Cass.*, n. 246969, che ha considerato nulla la notifica del decreto di citazione a giudizio eseguita a mani di una persona qualificatasi come suocera dell'imputato in quanto, ai fini delle notificazioni, la convivenza può presumersi solo in presenza di un rapporto familiare qualificato, quale quello esistente tra genitori e figli minori e tra coniugi (Nella specie l'ufficiale giudiziario aveva attestato nella *relata* di aver notificato l'atto alla suocera, qualificata come «addetta alla casa» e non «familiare convivente»).

⁵⁴ BRICCHETTI-PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, cit., 97.

⁵⁵ In questi termini, in particolare, v. CATALANO, *La resistibile affermazione delle garanzie europee in tema di giusto processo in absentia*, cit., 12.

⁵⁶ Così TONINI-CONTI, *Il tramonto della contumacia*, cit., 514.

7.

I rimedi restitutori: un incomprensibile arretramento sul piano della effettività delle garanzie.

Nonostante la succitata interpretazione sia da preferire, in assenza di una chiara indicazione normativa, è difficile che essa troverà l'avallo della prassi giurisprudenziale.

Si è già osservato, infatti, come una tale lettura determini un notevole aggravio della procedura, e in un sistema già lento dove grande attenzione è data ad una gestione efficientistica dei flussi giudiziari si rimane scettici a che essa possa avere successo.

L'intenzione del legislatore, d'altra parte, sembra più che altro orientata a favorire la celebrazione del processo in assenza salvo poi consentire lo svolgimento di un nuovo rito nei casi in cui risulti la mancanza di effettiva conoscenza del processo o della sentenza da parte dell'imputato.

Le situazioni prospettabili sono diverse.

L'ordinanza che dispone di procedere in assenza è revocata, anche d'ufficio se, prima della decisione, l'imputato compare. Se l'imputato fornisce la prova che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo, il giudice rinvia l'udienza e l'imputato può chiedere l'acquisizione di atti e documenti ai sensi dell'art. 421, comma 3, c.p.p. Analogamente, nel corso del giudizio di primo grado, all'imputato è riconosciuto il diritto di formulare richiesta di prove ai sensi dell'art. 493 c.p.p. Inoltre, ferma restando la validità degli atti regolarmente compiuti in precedenza, può chiedere la rinnovazione di prove già assunte⁵⁷. L'imputato è, altresì, rimesso in termini per formulare richiesta di giudizio abbreviato o di applicazione della pena su richiesta. L'art. 489 c.p.p., nella sua nuova formulazione, non contiene, invece, alcun riferimento all'istituto della sospensione del processo con messa alla prova: una chiara mancanza di coordinamento normativo che potrà essere superata in via interpretativa. Sarà, infatti, gioco facile per l'interprete ampliare il novero dei diritti recuperabili ex art. 489 c.p.p. facendovi confluire anche il nuovo istituto disciplinato dagli artt. 464-*bis* e ss. c.p.p., posta la comune *ratio* e la identità premiale⁵⁸.

Altro rimedio restitutorio è previsto quando il processo di primo grado si è già concluso: in appello, nei casi in cui si sia proceduto in assenza e l'imputato provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado, il giudice annulla la sentenza e dispone, altresì, la restituzione degli atti al giudice di primo grado. Si applica l'art. 489, comma 2, c.p.p., sicché all'imputato è riconosciuto il diritto di chiedere il giudizio abbreviato o l'applicazione della pena su richiesta o, ancora, la sospensione del processo con messa alla prova. Negli stessi casi, ma solo in caso di condanna, la Corte di cassazione annulla la sentenza e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado. Infine, ove la sentenza sia passata in giudicato, il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, qualora provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo, può chiedere la rescissione del giudicato⁵⁹. La richiesta è presentata alla Corte di cassazione⁶⁰, entro trenta giorni dalla conoscenza del procedimento, che, in caso di accoglimento, dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado. Con la possibilità, anche in questo caso, di chiedere, ex art. 489 c.p.p., i riti deflativi del dibattimento. L'introduzione di questa particolare

⁵⁷ Nello stesso modo si procede se l'imputato dimostra che versava nell'assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento e che la prova dell'impedimento è pervenuta con ritardo senza sua colpa. Parte della dottrina si è espressa criticamente contro la scelta di mantenere la validità degli atti compiuti in precedenza, introducendo un elemento di distonia e incoerenza rispetto a quanto oggi previsto nei giudizi di impugnazione (Fra gli altri, v. DI PAOLO, *La revoca dell'ordinanza che dispone il giudizio in assenza*, in AA.VV., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di Vigoni, cit., 204).

⁵⁸ DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 21.

⁵⁹ Per un'analisi dell'istituto e, più in generale dei rimedi restitutori, v. BARGIS, *La rescissione del giudicato ex art. 625 ter c.p.p.: un istituto da rimeditare*, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2015, 1; BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., 115 ss.; CARVELLI, *Rescissione del giudicato e reformatio in peius*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1043 ss.; CHIMICHI, *Art. 625-ter: La rescissione del giudicato*, in AA.VV. *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti-Marandola-Varraso, cit., 321 ss.; CONTI, *Il processo in absentia: le ricadute sul giudicato*, in *Dir. pen. cont.*, 2 marzo 2015, 1; DIDI, *Novità in materia d'impugnazioni e restituito in integrum*, cit., 209 ss., a cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

⁶⁰ A tal proposito le Sezioni Unite hanno chiarito che, nonostante la procedura in esame tragga formalmente impulso da una richiesta diretta alla Corte di cassazione, deve ritenersi applicabile l'art. 582 c.p.p., «che fa riferimento come luogo di presentazione "alla cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato", da intendere, in questo caso, come "cancelleria del giudice la cui sentenza è stata posta in esecuzione"». È, dunque, inammissibile la richiesta di rescissione del giudicato presentata, ex art. 625-ter c.p.p. presso la Corte di cassazione (Cass., sez. un., 17 luglio 2014, Burba, n. 36848, in *C.e.d. Cass.*, n. 259990).

ipotesi di ricorso diretto in cassazione, nondimeno, non è esente da critiche⁶¹ giacché stravolge il sistema delle impugnazioni, investendo la Corte non già di un controllo di legittimità su una decisione, quanto di un controllo su un fatto processuale esplicativo di molteplici opzioni e soprattutto verificabile soltanto attraverso un accesso agli atti. Il ricorso in oggetto, in altri termini, impone alla Corte di procedere ad una verifica fattuale che ha per oggetto situazioni concrete che potrebbero necessitare anche di accertamenti istruttori complessi. Secondo alcuni autori, sarebbe stato, dunque, preferibile costruire una forma di incidente di esecuzione da affidare ad un giudice di merito, seppur diverso da quello che ha emesso la decisione viziata, per ovviare a situazioni di incompatibilità⁶². Il legislatore, invece, *re melius perpensa*, sembra si stia orientando in altra direzione, optando per l'ipotesi di devolvere la decisione sulla rescissione del giudicato alla Corte di appello⁶³.

I limiti di questo lavoro ci impongono di tralasciare l'analisi delle numerose problematiche che l'applicazione pratica dei rimedi restitutori ha evidenziato⁶⁴, e tuttavia, ciò che, in questa sede, ci preme sottolineare è che la riforma sembra aver voluto privilegiare la possibilità di procedere *in absentia* in tutti quei casi in cui vi è una prova dell'avvenuto contatto tra l'imputato e il procedimento, lasciando al sistema delle impugnazioni (o in precedenza ai meccanismi previsti dal comma 4 dell'art. 420-*bis* c.p.p. in caso egli compaia nel corso del giudizio di primo grado) la funzione di rimediare ai casi di comprovato difetto di quest'ultimo accertamento *a posteriori*. «Ciò apparentemente nella convinzione (o nella speranza) che l'incidenza statistica dei casi di regressione risulti meno "costosa" della previsione di meccanismi più penetranti di informazione "a monte" dell'imputato sulla data del processo ovvero di un più indiscriminato ricorso all'istituto della sospensione»⁶⁵.

Un'impostazione che lascia perplessi.

Dal momento, infatti, che, ai fini della valutazione della rinuncia alle garanzie del *fair trial*, i giudici di Strasburgo considerano rilevante la consapevolezza e la spontaneità della rinuncia, non è in linea con le indicazioni della Corte la possibilità di desumere tale volontà da un comportamento negligente⁶⁶. La mancata diligenza dell'imputato nel seguire le sorti del procedimento può anche essere rimproverabile, ma questo è altro rispetto all'intenzione di rinunciare al diritto di partecipare al processo. L'indicazione, tra l'altro, che la rinuncia debba essere non equivoca è data anche dalla Decisione quadro 2009/299⁶⁷. La disposizione, tra l'altro, così come già sottolineato dalla dottrina con riguardo alla disciplina previgente, si pone, altresì, in contrasto con la Risoluzione R (75)11, del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che ammette il giudizio in assenza solo in ipotesi di sottrazione volontaria dell'imputato alla giustizia⁶⁸.

Ma soprattutto a suscitare le maggiori riserve è stato l'aver nuovamente posto a carico dell'imputato l'onere di dimostrare che questa mancata conoscenza sia incolpevole⁶⁹. È noto come si tratti di una prova difficile da offrire. Senza trascurare che più pesante è l'onere addos-

⁶¹ In questi termini, v. BARGIS, *La rescissione del giudicato*, cit., 2; DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 24.

⁶² In tal senso, in particolare, v. CARVELLI, *Rescissione del giudicato*, cit., 1043; DE CARO, *Processo in absentia*, cit., 24.

⁶³ La proposta di modifica è contenuta nel nuovo art. 629 *bis* c.p.p., del Disegno di legge, d'iniziativa governativa, n. 2798, presentato, il 23 dicembre 2014, che all'art. 629 *bis*, contenente "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena", attualmente in discussione alla Camera dei Deputati.

⁶⁴ Per tutti v. BARGIS, *La rescissione del giudicato*, cit., *passim*.

⁶⁵ Così BRICCHETTI-PISTORELLI, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, in *Guida d.*, 2014, n. 21, 103.

⁶⁶ ALONZI, *Irreperibilità dell'imputato e sospensione del processo*, in *Libro dell'anno del Diritto 2014*, 8, in *www.treccani.it*. Sul punto, altresì, cfr. UBERTIS, *Come rendere giusto il processo senza imputato*, in *Legisl. pen.*, 2004, 610, che nel formulare alcune proposte *de iure condendo*, prima della riforma del 2005, anche sulla scorta delle specifiche sentenze di condanna dell'Italia a opera della Corte e.d.u., suggeriva di introdurre il dovere per il giudice di disporre la rinnovazione della *vocatio in iudicium* quando risulti che l'imputato non ne abbia avuto effettiva conoscenza pur quando la mancanza di essa sia dovuta a semplice colpa.

⁶⁷ Cfr. considerando n. 1, in cui è ribadito che, a determinate condizioni, l'imputato può, di sua spontanea volontà, esplicitamente o tacitamente, rinunciare al diritto di comparire personalmente al processo; purché, appunto, la rinuncia sia inequivoca.

⁶⁸ In tal senso, per tutti, v. MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, cit., 440.

⁶⁹ Al riguardo, ad esempio, v. BARGIS, *La rescissione del giudicato*, cit., 8; GARUTI, *Ius superveniens e "nuovo" processo in assenza*, in *Giur. it.*, 2014, 1509; QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 102; nonché DELLA TORRE, *Le Sezioni Unite sulla rescissione del giudicato: nonostante i primi chiarimenti l'istituto rimane problematico*, in *Dir. pen. cont.*, 5 dicembre 2014, 11. Diversamente v. CHIMICHI, *Art. 625-ter*, cit., 332 ss.; CONTI, *Il processo in absentia*, cit., pp. 1-2, secondo cui rispetto alla situazione regolata dall'art. 175 c.p.p., e su cui erano intervenute precise censure da parte della Corte EDU, nel nuovo assetto normativo la dichiarazione di assenza presuppone controlli non solo meramente formali ma anche necessariamente sostanziali sugli elementi di fatto dai quali desumere la conoscenza del procedimento da parte dell'imputato. Attivando il giudizio di rescissione, il condannato agisce dunque "in via di eccezione", ed è ragionevole, oltre che conforme a principi, che su di lui incomba un onere di allegazione delle ragioni poste a confutazione della verifica operata in sede di cognizione».

sato all'imputato, più la presunzione relativa si trasfigura assumendo carattere di assolutezza. Un'operazione che si pone in contrasto con le indicazioni offerte dalla Corte costituzionale a proposito della presenza di presunzioni assolute che incidano sulla tutela di libertà fondamentali. Esse – si è detto – violano il principio di uguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta «si coglie tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa»⁷⁰. Ed è quanto abbiamo cercato di evidenziare.

La disciplina dei rimedi restitutori per il modo in cui è stata modellata rappresenta forse l'aspetto più criticabile della riforma ed espone nuovamente l'Italia al rischio di future condanne. Eppure l'importanza che la Corte europea attribuisce al diritto dell'imputato a ottenere un nuovo processo e all'effettività dei rimedi restitutori è sempre stata chiara al legislatore italiano⁷¹. Secondo i giudici di Strasburgo non spetta all'imputato dimostrare di essersi sottratto volontariamente alla giustizia o essere legittimamente impedito a partecipare al processo, essendo compito delle autorità interne procedere agli accertamenti necessari⁷². Segnatamente, compete agli organi dello Stato, quando sorga una controversia non destituita di serio fondamento, l'onere di dimostrare, «al di là di ogni ragionevole dubbio» l'abbandono del diritto di intervenire all'udienza da parte dell'imputato che abbia avuto la possibilità di apprendere il contenuto dell'accusa⁷³.

La difficoltà di ottenere, con sufficiente grado di certezza, la possibile riapertura del processo è in contrasto con l'art. 6 della Cedu. Ed è noto come proprio tale difficoltà fu giudicata dai giudici europei una causa di disfunzione del nostro ordinamento, ossia una situazione di carattere strutturale coinvolgente un gran numero di persone, che necessitava l'adozione di misure di generali. La riforma del 2005 nacque dall'esigenza di adeguare il rito contumaciale agli obblighi convenzionali⁷⁴, in particolare, laddove nel modificare la disciplina sulla restituzione in termini fu eliminato il riferimento alla necessità da parte dell'imputato di provare di non aver avuto effettiva conoscenza del procedimento senza sua colpa. Una prova definita spesso diabolica⁷⁵, rendendo l'accesso al rimedio processuale un "impervio traguardo", e che, invece, per effetto della novella aveva finito per configurarsi come un autentico diritto dell'interessato⁷⁶.

Si era trattato di una riforma incisiva che sebbene, a detta di molti, non poteva ancora considerarsi un punto di arrivo⁷⁷, aveva indubbiamente determinato un sensibile rafforzamento delle garanzie difensive in ossequio ai principi ricavati in ambito sovranazionale⁷⁸.

⁷⁰ Così TONINI-CONTI, *Il tramonto della contumacia*, cit., 518.

⁷¹ «Paradossalmente, la volontà di eliminare le possibili frizioni "convenzionali" della disciplina della contumacia ha ricreato nell'assenza pericolosi profili di attrito con i principi affermati dalla Corte di Strasburgo» (TONINI-CONTI, *Il tramonto della contumacia*, cit., 518).

⁷² Al riguardo, *ex plurimis*, v. BRICCHETTI-PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, cit., 95.

⁷³ Corte e.d.u., 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia, cit., § 73.

⁷⁴ La spinta ad intervenire, ricorrendo alla decretazione d'urgenza, nasce dalle numerose condanne inflitte dai giudici di Strasburgo, in particolare, nei casi Somogyi e Sejdovic. In quest'ultimo caso, specialmente, la Corte giunse a rilevare l'esistenza di un difetto strutturale del nostro sistema invitando espressamente il legislatore ad adottare delle riforme. Anche la *Grande Chambre* confermò l'esistenza di un difetto strutturale del sistema, pur prendendo atto che nel frattempo il legislatore era intervenuto modificando parte della disciplina (Corte e.d.u., Grande camera, 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia, cit.).

⁷⁵ L'onere di dimostrare l'ignoranza incolpevole, in questo caso, della celebrazione del processo, implica la necessità di una *probatio diabolica*, in quanto concerne un atteggiamento psichico negativo (In tal senso, fra gli altri, v. PAPAGNO, *Contumacia e processo equo*, Milano, 2010, 79; RIZZA, *Il caso Melloni, la Corte di giustizia risponde con il primato dell'Unione alle pretestuose preoccupazioni dei giudici nazionali. Riconoscimento delle decisioni giudiziarie rese a seguito di procedimenti in absentia*, in *I quaderni europei*, 2013, giugno, 18).

⁷⁶ NEGRI, *Commento all'art. 1 d.l. 18 febbraio 2005, n. 17, conv. in l. 22 aprile 2005, n. 60*, in *Legisl. pen.*, 2005, 265. Diritto che, per com'è stata configurata la fattispecie normativa, assomiglia molto a una potestà.

⁷⁷ A suscitare perplessità era soprattutto la disciplina della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello per i casi in cui il contumace avesse ottenuto la restituzione nel termine per proporre impugnazione avverso la sentenza di condanna, atteso che essa risultava ancora condizionata dalla prova della mancanza di colpa da parte dell'imputato. Una discrasia evidente, visto che restituzione nel termine e rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale finivano per essere regolate da presupposti e da regole di giudizio differenti, con conseguente rischio di vanificare la tutela assicurata a chi fosse stato condannato in contumacia, nonché privare di efficacia la riforma agli occhi del Consiglio d'Europa. Una vera asimmetria capace di depotenziare significativamente la portata della novella, mortificata dalla perdurante necessità che l'imputato dimostrasse, ai fini del compimento dell'attività probatoria, l'assenza di propria colpa nella mancata conoscenza del provvedimento di *vocatio in ius* o nella impossibilità di partecipare all'udienza (In questi termini v. NEGRI, *Commento all'art. 1*, cit., 278; analogamente v. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 102).

⁷⁸ Secondo CHIAVARIO, *Una riforma inevitabile: ma basterà?*, in *Legisl. pen.*, 2005, 258, tale sistema presenta il rischio di non riuscire a stroncare le manovre dei falsi irreperibili e necessiterebbe di qualche contrappeso per bilanciare le maggiori, necessarie, garanzie, rendendo meno appetibili le manovre che delle garanzie si servano per impedire l'accertamento dei reati.

Lascia sorpresi, dunque, che si sia riprodotto uno degli elementi di maggiore debolezza del sistema contumaciale⁷⁹. Una scelta incomprensibile che – si è già detto – rischia di vanificare gli effetti della attuale novella ed espone il nostro ordinamento a future condanne da parte dei giudici europei, non potendosi, peraltro, escludere una possibile censura anche da parte della Corte di giustizia per il mancato adempimento degli obblighi derivanti dalla Decisione quadro 2009/299.

8.

La sospensione del rito per gli imputati irreperibili.

La sospensione del processo per gli imputati irreperibili costituisce, invece, una delle innovazioni che più meritano apprezzamento. Sulla possibilità di processare chi è verosimile non abbia mai avuto conoscenza del processo, il coro di voci è sempre stato unanime: si tratta di una violazione dei principi fondamentali di un giusto processo. Sotto questo profilo, la contumacia dell'imputato irreperibile costituiva «manifestazione di arrogante ritrosia»⁸⁰.

Non vi è dubbio che se il contraddittorio può definirsi imperfetto nei casi in cui l'imputato non partecipa al processo, deve considerarsi del tutto inesistente se questi non ha neppure avuto conoscenza dell'accusa, benché egli secondo l'art. 111 comma 3 Cost. avrebbe dovuto esserne informato «nel più breve tempo possibile»⁸¹.

Il contraddittorio, tra l'altro, nel nostro sistema – si è già ricordato – non ha solo una funzione di garanzia, ma ha anche una funzione epistemica, poiché è il metodo considerato più attendibile nell'accertamento della verità.

La celebrazione di un processo senza che l'imputato abbia avuto conoscenza dell'accusa e abbia, così, potuto esercitare il suo diritto ad essere presente, costituisce, a *flagrant denial of justice*⁸², che si pone in sicuro contrasto con l'art. 6 della Convenzione europea⁸³. Ecco perché se manca la prova dell'esistenza di una notificazione formale degli addebiti e della data dell'udienza «non occorre spingersi ad interpretare il comportamento tenuto dall'interessato, sulle cui ragioni non sarebbe opportuno speculare»⁸⁴.

La disciplina previgente, tra l'altro, disattendeva anche quanto previsto dalla Risoluzione (75) 11 del Consiglio d'Europa che impone di assicurare l'osservanza della regola per cui nessuno può essere sottoposto a giudizio se non è stato in precedenza raggiunto effettivamente da una citazione⁸⁵. Da ultimo, essa contraveniva agli obblighi derivanti dalla Decisione quadro 2009/299, secondo cui l'imputato occorre sia citato personalmente oppure sia di fatto informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo stabiliti per lo svolgimento dell'udienza, in modo tale che sia accertato inequivocabilmente che egli era al corrente del processo fissato⁸⁶.

La questione di legittimità costituzionale delle disposizioni sulle notificazioni all'imputato irreperibile e sull'efficacia del decreto di irreperibilità, in verità, prima della riforma dell'art. 111 Cost., era stata portata all'attenzione della Corte costituzionale, che, tuttavia, la respinse. I giudici, però, non negarono l'esistenza di un contrasto della disciplina censurata con i principi ricavabili dagli articoli 3, 10 e 24, Cost., ma riconobbero che l'eliminazione del complesso sistema del rito degli irreperibili – che sarebbe conseguito ad una pronuncia di accoglimento – non costituiva una scelta obbligata. La soluzione radicale prospettata dal remittente volta a sostituire al sistema prescelto dal legislatore un sistema diverso nel quale il principio della conoscenza del processo si potesse realizzare, per intero e senza alcuna eccezione, preventivamente in modo che non vi fosse necessità di introdurre strumenti riparatori, rappresentava,

⁷⁹ Cfr. CAVALLARI, sub art. 175, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. II, Torino, 1990, 267.

⁸⁰ Così CAPRIOLI, "Giusto processo" e rito degli irreperibili, cit., 586.

⁸¹ In questi termini, relativamente al rito contumaciale, v. LATTANZI, *Spunti critici sulla disciplina del processo contumaciale*, in *Legisl. pen.*, 2004, 598.

⁸² "Flagrant denial of justice" means "manifestly contrary to the provisions of Article 6 or the principles embodied therein" (Al riguardo, ad esempio, v. Corte e.d.u. 24 marzo 2005, Stoichkov c. Bulgaria, n. 9808/02, § 54-56).

⁸³ Corte e.d.u., 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, cit.

⁸⁴ TAMIETTI, *Processo contumaciale e convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*, in *Cass. pen.*, 2005, 992.

⁸⁵ COMMITTEE OF MINISTERS – COUNCIL OF EUROPE, *Resolution (75) 11, on the criteria governing proceedings held in the absence of the accused*, 21 maggio 1975, in *www.coe.int*.

⁸⁶ Decisione quadro 2009/299/GAI, cit., considerando n. 7.

infatti, solo una delle soluzioni possibili. Un intervento additivo della Corte, conseguentemente, avrebbe finito per oltrepassare «i confini di una accezione, anche la più espansiva, del ruolo della giustizia costituzionale, alla quale compete bensì imporre l'osservanza dei principi costituzionali, ma rispettando, ove possibile, le scelte di sistema del legislatore anche quando il merito legislativo del quale tali scelte sono intessute possa apparire opinabile»⁸⁷.

A distanza di anni, di fronte ad una perdurante inerzia, alle sollecitazioni del Consiglio d'Europa, agli impegni assunti in ambito comunitario e, specialmente, al mutamento del quadro costituzionale, c'è da credere che difficilmente la Corte costituzionale sarebbe potuta ancora rimanere inerte.

Di qui il plauso verso la recente riforma che ha così realizzato un intervento atteso da decenni. La scelta, in questo caso, è stata di valorizzare il principio per cui l'imputato deve avere una conoscenza effettiva dell'accusa, sicché quando l'imputato è assente e non abbia né espressamente né tacitamente rinunciato a partecipare al processo, la notificazione è rituale e, ancora, non sussiste un legittimo impedimento a comparire, il giudice rinvia l'udienza e dispone che l'avviso sia notificato all'imputato personalmente ad opera della polizia giudiziaria. Ove, nonostante le ricerche della polizia, la notificazione non risulti possibile, e sempre che non ricorrano i presupposti per una sentenza immediata di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p., il giudice dispone con ordinanza la sospensione del processo nei confronti dell'imputato assente. Se si tratta di un processo cumulativo, salvo che la riunione sia assolutamente necessaria per l'accertamento dei fatti, il giudice dispone la separazione della posizione processuale dell'imputato assente. Inoltre, l'eventuale azione civile può essere trasferita dinanzi al giudice naturale, senza che operi l'effetto sospensivo previsto dall'art. 75 comma 3 c.p.p. In altri termini, il legislatore ha accolto le sollecitazioni di parte della dottrina che, per i casi di irreperibilità, suggeriva di introdurre una disciplina analoga a quella prevista dall'art. 71 c.p.p., allorché l'imputato non possa coscientemente prendere parte al processo.

Una particolare attenzione è stata dedicata all'esigenza di predisporre dei meccanismi di conservazione "a futura memoria" delle prove non rinviabili, non essendo concepibile un sistema che per assicurare la pur legittima tutela delle garanzie dell'imputato, finisca per rinunciare all'accertamento dei fatti, permettendo la dispersione di prove che non sarebbe più possibile acquisire nel dibattimento⁸⁸. Una soluzione, dunque, che tiene conto dei diversi interessi in gioco, sicché durante la sospensione del processo, le prove non rinviabili sono acquisite dal giudice, su richiesta di parte, con le forme del dibattimento.

Il processo rimane sospeso un anno, alla scadenza del quale – o anche prima qualora ne ravvisi l'esigenza – il giudice dispone nuove ricerche per la notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare. Analogamente provvede a ogni successiva scadenza annuale, qualora il procedimento non abbia ripreso il suo corso.

È curioso osservare come il fatto che le notificazioni "nelle mani" dell'imputato e le nuove ricerche per la notifica dell'avviso siano affidate alla polizia giudiziaria, rappresenti un sostanziale cambiamento di tendenza. In materia di notificazioni, invero, nel corso di questi ultimi anni si era assistito ad una progressiva riduzione dei compiti della polizia, essendo prevalsa l'idea che essa non dovesse essere distolta dalle proprie funzioni istituzionali connesse al controllo del territorio nella prevenzione e repressione dei reati. Quali, quindi, le ragioni di questo "ritorno al passato"? Di certo, non si è realizzato nessun ampliamento degli organici tale da permettere di fare affidamento su una conseguente liberazione di risorse da dedicare a queste funzioni. Al contrario, è noto come le Forze dell'ordine soffrano per il carico di lavoro loro attribuito, per cui è facile immaginare che queste ulteriori incombenze non faranno che accrescere le loro difficoltà. La polizia, nondimeno, riesce a soddisfare meglio le esigenze di speditezza processuale in virtù della capillare distribuzione sul territorio e, dunque, alla possibilità di acquisire con tempestività le notizie utili a rintracciare il destinatario⁸⁹. L'aver previsto che le ricerche degli irreperibili siano condotte in modo efficace, anche attraverso azioni ripetute nel tempo, è funzionale a evitare facili elusioni della pretesa punitiva statale e, in definitiva,

⁸⁷ Così Corte cost., 10-12 dicembre 1998, n. 399.

⁸⁸ BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., 122, evidenzia che il catalogo delle prove non rinviabili non è circoscritto ai casi di cui all'art. 392 c.p.p., trattandosi di un catalogo "aperto", assimilabile alle prove «urgenti» di cui all'art. 3 c.p.p., ed a quelle per le quali «vi è pericolo nel ritardo» dell'assunzione (art. 70, comma 2, c.p.p.).

⁸⁹ Al riguardo, ad esempio, cfr. GIAMBRUNO, *Le disposizioni in materia di notificazioni*, in AA.VV., *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di Di Chiara, Torino, 2003, 89.

a coniugare la nuova disciplina con l'art. 112 Cost.⁹⁰ e il canone della ragionevole durata del processo.

Il giudice revoca l'ordinanza di sospensione del processo, nel caso in cui: le ricerche abbiano avuto esito positivo e quindi sia possibile effettuare la notificazione dell'atto; se l'imputato abbia nel frattempo nominato un difensore di fiducia, dando in tal modo prova della avvenuta conoscenza del procedimento; in ogni altro caso in cui vi sia la prova certa che l'imputato è a conoscenza del procedimento avviato nei suoi confronti; oppure, ove debba essere pronunciata una sentenza ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

Con l'ordinanza di revoca della sospensione del processo, il giudice fissa la data per la nuova udienza, disponendo che l'avviso sia notificato all'imputato e al suo difensore, alle altre parti private e alla persona offesa, nonché comunicato al pubblico ministero. All'udienza l'imputato potrà chiedere il rito abbreviato o l'applicazione della pena.

Il tempo per svolgere "nuove" ricerche dell'irreperibile impone alle autorità giudiziarie una serie di adempimenti di carattere *lato sensu* amministrativo (anagrafici, fiscali, sanitari, professionali, di pubblica sicurezza), fonte di altrettanti obblighi per il soggetto di indicare il luogo di residenza, domicilio o dimora, luoghi perciò facilmente conoscibili dagli inquirenti dopo aver rintracciato e acquisito la relativa documentazione⁹¹. Sarà possibile ricorrere anche a strumenti tecnologicamente avanzati utili a individuare il luogo dove raggiungere l'interessato: si pensi, ad esempio, ai tabulati telefonici, alla localizzazione via GPS, all'analisi delle molteplici banche dati in cui transitano giornalmente dati personali.

Dalla lettura della norma sembra, pertanto, doversi concludere che si potrà revocare l'ordinanza di sospensione o quando l'imputato è stato "trovato" o quando, nonostante le ricerche abbiano dato un esito negativo, vi sia comunque la prova certa della conoscenza del processo da parte dell'interessato. A questo proposito, è emblematica l'ipotesi, prevista dall'art. 420-*bis* c.p.p., della nomina del difensore di fiducia; a questa potrebbero aggiungersi, solo in via esemplificativa: una prova testimoniale o documentale, un'intercettazione telefonica o ambientale – anche se relativa ad altro procedimento penale – la presentazione di una memoria, l'accesso al fascicolo delle indagini, la richiesta di informazioni *ex art.* 335 c.p.p.

Decorsi uno o più anni, ove le ricerche dell'imputato nel luogo di nascita, dell'ultima residenza anagrafica, dell'ultima dimora, oppure dove egli esercita abitualmente la sua attività lavorativa o presso l'amministrazione centrale, abbiano avuto esito positivo, si potrà procedere alla notificazione dell'avviso dell'udienza preliminare nelle forme previste dall'art. 157 c.p.p. per l'imputato libero o art. 158 c.p.p. per quello detenuto⁹².

La disciplina, a ben vedere, talvolta pecca di mancanza di chiarezza⁹³, un punto pare, però, fermo: l'art. 420-*quinquies* c.p.p., a differenza dell'art. 420-*quater* c.p.p., non richiede che la notificazione sia effettuata necessariamente "nelle mani" dell'imputato. Ciò ancora una volta mette in luce tutte le perplessità sollevate con riguardo al sistema delle notificazioni per interposta persona, in cui si finisce con il dare rilievo ad elementi di carattere prevalentemente formale, peraltro, ponendo spesso a carico dell'interessato l'onere di provare la mancata conoscenza dell'atto ritualmente notificato.

Ecco perché, in mancanza di una contraria indicazione legislativa, è preferibile sostenere che nel caso in cui le ricerche dei luoghi abbiano dato esito positivo, se non è possibile notificare l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare personalmente all'imputato, si potrà procedere in sua assenza solo alle seguenti condizioni: la notifica è rituale e, soprattutto, vi è agli atti la prova certa della conoscenza del procedimento da parte dell'interessato⁹⁴. Fermo restando che, ove tale prova non sia stata raggiunta, il giudice debba nuovamente verificare se sia possibile la notificazione personale dell'atto, e, in caso contrario, procedere a una nuova sospensione del processo.

⁹⁰ In tal senso cfr. BRICCHETTI-PISTORELLI, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, cit., 101.

⁹¹ Sul punto v. NEGRI, *Commento all'art. 1*, cit., 285, nota 110.

⁹² Sulle nuove ricerche la polizia giudiziaria è tenuta, a norma dell'art. 61 disp. att. c.p.p. a redigere relazione all'autorità richiedente, indicando i luoghi in cui le ricerche sono state svolte, gli ufficiali e gli agenti che le hanno eseguite, i nomi dei familiari dell'imputato reperiti e le notizie dagli stessi fornite circa il luogo in cui il loro congiunto si trova (BRICCHETTI-PISTORELLI, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, cit., 101).

⁹³ QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 103.

⁹⁴ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 54.

9.

Gli effetti della sospensione sulla prescrizione del reato.

Presenta profili di particolare criticità il rapporto tra la sospensione del processo e la prescrizione del reato.

Il legislatore, infatti, in questi casi, diversamente da quanto previsto per la sospensione del processo nei confronti dell'imputato incapace, ha disposto che la sospensione della prescrizione non possa protrarsi per un periodo superiore ai termini massimi previsti dall'art. 161, comma 2, c.p. Detta disposizione, fatti salvi i reati indicati dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., fissa il tetto nel tempo necessario a prescrivere, aumentato di un quarto, della metà, nei casi di cui all'art. 99, comma 2, c.p. (recidivo aggravato), di due terzi nel caso di cui all'art. 99, comma 4, c.p. (recidivo reiterato) e del doppio nei casi di cui agli articoli 102 e 103 (delinquente abituale) e 105 (delinquente professionale) c.p.

Si tratta di una previsione che è stata definita⁹⁵ "oscura" in quanto ricollega all'istituto della sospensione della prescrizione un limite che invece è proprio di un altro istituto, strutturalmente diverso, quale quello della interruzione della prescrizione. D'altra parte, è la prima volta che nel codice penale sono stati introdotti termini massimi per la sospensione della prescrizione⁹⁶. Ma, soprattutto, tale disciplina produce effetti la cui portata, forse, non è stata attentamente valutata. Poiché, infatti, la sospensione del processo ha una durata potenzialmente indeterminata, potrà accadere che l'intervenuta prescrizione del reato, ai sensi dell'art. 420-*quinquies* c.p.p., determini la revoca del provvedimento di sospensione per consentire al giudice di pronunciare sentenza immediata di proscioglimento *ex art.* 129, comma 2, c.p.p.

Soltanto per i procedimenti relativi ai reati indicati dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., la sospensione della prescrizione non avrà termini massimi, come non li avrà ove si tratti di reati imprescrittibili (essenzialmente, nel caso di reati puniti con la pena dell'ergastolo). Ove si tratti, invece, di reati di minore o anche media gravità, appare evidente che l'irreperibilità dell'imputato renda altamente probabile il rischio che si giunga alla maturazione dei termini massimi prescrizionali⁹⁷, con ciò finendo con disattendere le istanze di tutela delle vittime e le finalità di difesa sociale che pur sono sottese al processo.

Certo, la riforma sembra avere tenuto conto del fatto che la sospensione del rito, nel caso degli irreperibili, nasca da un fatto oggettivo, in nulla attribuibile all'imputato, al quale, non potendo essere mosso alcun rilievo sotto il profilo della leale collaborazione, non può essere addossato un effetto indiretto negativo, quale quello di rimanere a tempo indeterminato sottoposto ad un processo penale⁹⁸. La sospensione, infatti, è disposta solo dopo che il giudice ha verificato che l'imputato non si è sottratto in maniera strumentale al processo. Si potrebbe, quindi, sostenere che proprio l'assenza di responsabilità dell'imputato, giustifichi, in astratto, che il termine di prescrizione non rimanga sospeso a tempo indeterminato; così, evitando il problema dei c.d. eterni giudicabili, sulla cui condizione la Corte costituzionale ha già più volte espresso le proprie perplessità⁹⁹.

Ciò nondimeno, «non si può escludere che la previsione di una sospensione del processo, quanto alla sua durata, "sganciata" da una corrispondente sospensione della prescrizione del reato, possa prestarsi ad un uso indebito e strumentale delle nuove norme da parte di chi, pur sapendo della esistenza del procedimento penale nei suoi confronti, si adoperi per evitare che ciò emerga, sperando di "lucrare" sul versante della sospensione della prescrizione, per "sottrarsi", quindi, al processo»¹⁰⁰.

La normativa, anche in questo caso, ha recepito soltanto in parte le osservazioni di quella parte della dottrina che, favorevole all'introduzione di un'ipotesi di sospensione del rito nel caso di irreperibilità dell'imputato, sottolineava l'importanza di evitare che il ritardo potesse

⁹⁵ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 55.

⁹⁶ BRICCHETTI-PISTORELLI, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, cit., 100.

⁹⁷ DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 24.

⁹⁸ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 55.

⁹⁹ Al riguardo cfr. Corte cost., 16 gennaio 2013, n. 23, e Corte cost., 5 ottobre 2011, n. 289.

¹⁰⁰ Così SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 55. Secondo le osservazioni "a prima lettura" di QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 104. «quantomeno sul piano delle conseguenze concrete, i due esiti, pur opposti, potrebbero non distaccarsi significativamente, rischiando, la sentenza di condanna pronunciata nei confronti dell'imputato irreperibile di non essere mai eseguita, nemmeno per quanto attiene alle statuizioni civilistiche, che in caso di sospensione potranno comunque essere perseguite attraverso il separato esercizio dell'azione risarcitoria in sede propria».

favorire l'imputato¹⁰¹.

Sarà, quindi, possibile limitare il rischio che vengano messi in atto comportamenti strumentali solo se le ricerche dell'imputato, per la notifica dell'avviso, saranno davvero approfondite ed efficaci.

Se questo, però, a causa di un eventuale eccessivo carico di lavoro sulle forze dell'ordine – alla prova dei fatti – non dovesse accadere, l'effetto che si potrebbe produrre è di rendere i giudici prudenti e restii ad adottare posizioni più garantiste. In particolare, anche in situazioni non del tutto certe circa le ragioni dell'assenza dell'imputato, ciò alimenterà la tendenza a fare affidamento sulla presenza di elementi presuntivi riguardo alla conoscenza dell'esistenza del procedimento, salvo poi lasciar gravare sull'imputato l'onere di chiedere e ottenere la revoca dell'ordinanza che ha dichiarato l'assenza o una nuova celebrazione del processo. In sostanza, c'è il rischio di creare un circolo vizioso negativo che porterà la prassi a svuotare di efficacia la riforma, facendo prevalere tutti gli aspetti di maggiore perplessità che l'analisi della disciplina ha evidenziato.

Ma ciò che più ci sembra importante sottolineare è che l'idea che la maggioranza dei procedimenti in cui gli imputati sono irreperibili abbia come esito quasi certo l'estinzione del reato, lascia l'impressione che si sia comunque mancato un obiettivo importante, non potendo considerarsi credibile un sistema incapace di generare alcuna forza dissuasiva idonea ad assicurare la prevenzione efficace di atti illeciti di una certa gravità. Tale incapacità è stata già censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che sulla base di queste argomentazioni ha condannato l'Italia ritenendo che l'esito del procedimento a seguito della intervenuta prescrizione del reato, non abbia offerto un'adeguata riparazione della offesa arrecata al valore sancito dall'art. 2 della Convenzione¹⁰². In attesa di una riforma organica della disciplina della prescrizione, vi è, dunque, l'auspicio che vengano introdotti rimedi utili a superare tali perplessità.

10.

C'è ancora spazio per alcune proposte *de iure condendo*.

Ferma restando l'impostazione di base voluta dal legislatore relativamente al processo *in absentia*, che non vale la pena mettere in discussione, riteniamo, tuttavia, sia d'interesse rivolgere uno sguardo ad alcune proposte suggerite nel passato che, se recepite, potrebbero forse contribuire a rendere la disciplina nel complesso più rispondente agli obiettivi prefissati e potrebbero scongiurare il paradosso di trasformare la prima profonda riforma del procedimento *in absentia* in una nuova fonte di contenzioso europeo¹⁰³.

In effetti, se si vuole realmente trovare un bilanciamento tra il diritto dell'imputato di partecipare al processo o rinunciarvi e il perseguimento dei fatti costituenti reato, sarebbe opportuno intervenire sulla disciplina delle notificazioni, eliminando tutte le ipotesi di notificazione ad interposta persona e prevedendo che la notificazione del primo atto del processo sia eseguita personalmente all'interessato¹⁰⁴.

È questa la soluzione, ad esempio, indicata dalla Commissione Riccio¹⁰⁵ che, nell'elaborare una proposta di riforma del codice di procedura penale, aveva previsto una disciplina sul processo in assenza simile a quella introdotta dalla l. n. 67 del 2014, salvo stabilire che la notificazione della citazione contenente la contestazione dell'accusa dovesse essere sempre consegnata nelle mani dell'imputato (direttiva 24.2). Lo scopo perseguito è avere la certezza che l'imputato sia stato posto a conoscenza del procedimento e della natura dell'accusa, così da poter presumere che la mancata comparizione in giudizio sia espressione di una scelta consapevole. A tal fine, nel progetto è stata eliminata la possibilità di effettuare la notificazione della citazione a persone diverse dall'imputato, anche se conviventi; come pure, a maggior ragione, non è stato considerato sufficiente il semplice avviso di deposito con lettera raccomandata, che assicura la mera conoscenza legale dell'atto. Soltanto il rifiuto di ricevere l'atto è stato giudica-

¹⁰¹ LATTANZI, *Spunti critici sulla disciplina del processo contumaciale*, cit., 600.

¹⁰² Cfr., ad esempio, Corte e.d.u., 29 marzo 2011, Alikaj c. Italia, n. 47357/08, § 108.

¹⁰³ Segnala questo paradosso QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 106.

¹⁰⁴ In tal senso v. FILIPPI, *Rito contumaciale: quale «equo processo?»*, cit., 2205.

¹⁰⁵ Cfr. Bozza di delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, elaborata dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Riccio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 487. Per un'analisi del c.d. progetto Riccio relativamente al processo in assenza, ad esempio, v. DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 11 ss.

to equivalente alla conoscenza effettiva (direttiva 71.1). Per evitare, poi, che risultasse troppo facile sottrarsi alla notificazione, e così paralizzare lo svolgimento del dibattimento, sono stati riconosciuti alla polizia giudiziaria specifici poteri d'intervento.

Più precisamente, per la notificazione del primo atto del processo era previsto quanto segue: quando la notificazione della citazione non può essere consegnata direttamente all'interessato, è lasciato un avviso contenente l'invito a presentarsi per il ritiro. In caso di mancato ritiro dell'atto entro un termine stabilito, è emesso un ordine di notificazione coattiva, per la cui esecuzione la polizia ha il potere – al solo fine della notifica – di accedere forzatamente in locali di privata dimora, ove abbia motivo di ritenere che lì si trovi la persona. La polizia può, altresì, disporre l'accompagnamento dell'imputato nei propri uffici per il tempo strettamente necessario alla consegna dell'atto. All'atto della notifica, l'imputato deve dichiarare o eleggere domicilio, previo avvertimento che, in mancanza, le successive notificazioni saranno eseguite presso il difensore, con gli stessi effetti della notificazione eseguita personalmente¹⁰⁶.

Il sistema nel consentire il ricorso a modalità di esecuzione della notificazione particolarmente "invasive", in effetti, può suscitare qualche perplessità¹⁰⁷. Tant'è che durante i lavori preparatori anche alcuni Commissari considerarono sproporzionato l'accesso forzoso nel domicilio privato solo per eseguire una notificazione "a mano"¹⁰⁸. E tuttavia se si vuole avere la certezza che l'imputato abbia l'effettiva conoscenza dell'esistenza del procedimento e delle accuse a suo carico, mantenendo l'idea che il risvolto negativo del diritto di autodifesa è costituito dalla libertà di non farne uso, pragmaticamente, questa ci sembra la soluzione da preferire e da implementare.

Del resto, la disciplina può essere congegnata in modo che si possa ricorrere alla forza quando è impossibile procedere altrimenti. L'accesso ai luoghi sarebbe destinato solo alla notifica, e non potrebbe essere strumentalizzato per altri fini. Infine, andrebbero adottate tutte le cautele necessarie a tutelare i diritti della persona¹⁰⁹.

L'alternativa, rappresentata dall'introduzione di meccanismi volti ad ottenere la presenza, anche coattiva, dell'imputato all'udienza, convince meno¹¹⁰. Al di là, infatti, delle perplessità che suscita l'adesione ad una opzione culturale estranea alle nostre tradizioni giuridiche, non vi è dubbio che la possibilità, prevista in questi casi, di applicare una misura coercitiva finirebbe con incidere in modo ancor più grave sulla libertà personale dell'imputato¹¹¹. L'obbligo d'intervento al processo, poi, lascerebbe priva di tutela una serie di motivazioni all'assenza, dietro le quali potrebbero celarsi – ad esempio – remore psicologiche, timori per la reputazione, calcoli sui costi dal lato lavorativo¹¹². Senza trascurare i pericolosi rapporti che potrebbero instaurarsi tra l'obbligo di presentarsi al processo e il diritto al silenzio¹¹³.

Per quanto, invece, concerne il rito nei confronti degli irreperibili, quando si tratta di cittadini stranieri presenti occasionalmente sul territorio italiano e successivamente trasferitisi all'estero in un luogo imprecisato, è difficile pensare che le ricerche disposte dal giudice possano produrre dei risultati.

Ecco perché quando si tratta di reati di non particolare gravità, anziché dedicare tempo e risorse a rintracciare l'imputato, ci sembra meritino interesse le considerazioni di quella parte della dottrina¹¹⁴ secondo cui occorrono scelte più coraggiose e trasparenti che mettano in discussione il principio di territorialità sancito nell'art. 6 c.p. Si potrebbe, in particolare, far diventare la presenza dello straniero sul territorio dello Stato una condizione di procedibilità anche per alcuni reati commessi in Italia: condizione in mancanza della quale il processo deve

¹⁰⁶ La direttiva n. 24.8 stabiliva che specifiche regole per la notificazione della citazione fossero previste per l'imputato latitante e nei procedimenti relativi a delitti criminalità organizzata di tipo mafioso e per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, anche all'imputato irreperibile.

¹⁰⁷ Giunta dell'Unione delle Camere penali, *Osservazioni sulla bozza di legge delega legislativa al governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*, 20 dicembre 2007, 20, in www.camerepenali.it.

¹⁰⁸ Commissione Riccio – per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006) – *Relazione*, § 13, in www.giustizia.it.

¹⁰⁹ In questi termini v. Commissione Riccio – per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006) – *Relazione*, § 13, cit.

¹¹⁰ Cfr. NEGRI, *Commento all'art. 1*, cit., 287 ss.; nonché ID., *L'imputato presente al processo*, cit., *passim*, al quale si rimanda per un'analisi di più ampio respiro sul tema.

¹¹¹ Commissione Riccio – per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006) – *Relazione*, § 13, cit.

¹¹² D. NEGRI, *Commento all'art. 1*, cit., 288.

¹¹³ «L'udienza dibattimentale diverrebbe un ambiente inevitabilmente ostile per esercitare la facoltà di non autoaccusarsi» (Così, ad esempio, v. MARZADURI, *Sulla necessità di una riforma del giudizio in contumacia*, in *Legisl. pen.*, 2004, 616; altresì v. MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, cit., 526; NEGRI, *Commento all'art. 1*, cit., 289).

¹¹⁴ CAPRIOLI, *"Giusto processo" e rito degli irreperibili*, cit., 594.

concludersi anticipatamente (salvo, ovviamente, riproporre l'azione penale, a norma dell'art. 345 c.p.p., se lo straniero ritorna sul territorio dello Stato). Non quindi, una sospensione del procedimento in attesa di un improbabile (per non dire impossibile) ritrovamento dell'imputato, ma una chiara rinuncia a esercitare la pretesa punitiva per mancanza di una condizione di procedibilità¹¹⁵.

11. La disciplina transitoria, tra regole ed eccezioni.

Si è già detto che alcuni aspetti della legge in esame sono deludenti, di certo, è stata da subito oggetto di critiche e di difficoltà applicative la mancata previsione di una norma transitoria. Una carenza che il legislatore è intervenuto a colmare con la legge dell'11 agosto 2014, n. 118 con un tempismo un po' singolare, essendosi accorto della necessità di regolare l'applicazione della nuova disciplina ai processi pendenti solo dopo che la riforma era entrata in vigore.

Nel frattempo dottrina e giurisprudenza avevano tentato di trovare delle soluzioni per tale "deprecabile" mancanza¹¹⁶.

È noto, infatti, che ove in sede di riforma di una determinata materia ci si astenga da qualunque intervento diretto a regolare i profili temporali della successione di leggi, si lascia all'applicazione dei principi di diritto temporale l'eventuale risoluzione di dubbi interpretativi¹¹⁷. In ambito processuale, ai sensi dell'art. 11 preleggi, si osserva il principio del *tempus regit actum*, in base al quale la nuova legge è immediatamente applicabile e gli atti compiuti nel vigore della legge previgente restano validi, non avendo la nuova disciplina effetto retroattivo¹¹⁸.

Il principio apparentemente chiaro, nella sua applicazione concreta appare più oscuro. Se, infatti, non si pongono particolari problematiche quando l'atto ha una struttura monofasica, giacché gli effetti dell'atto si producono *uno actu e uno tempore*; diverso è il caso quando esso ha una struttura plurifasica, in quanto il compimento dell'atto o lo *spatium deliberandi* o ancora *i suoi effetti* si protraggono, estendendosi nel tempo: un tempo durante il quale la norma regolatrice muta¹¹⁹.

Non sempre, però, la struttura dell'atto è evidente. Paradigmatico è proprio il caso della dichiarazione di contumacia che segue all'accertamento della regolare costituzione delle parti. Se, da una parte, infatti, la verifica della regolare costituzione delle parti, che si conclude con la eventuale dichiarazione di contumacia dell'imputato, è un'attività che si compie e si esaurisce istantaneamente, è altrettanto vero che la situazione è, sì, perfezionata, ma non anche consolidata, nel senso che gli effetti dell'atto non si consumano in un singolo momento, bensì si producono nel corso dell'intero processo¹²⁰.

La materia, alla stessa stregua di quanto accade in tema di competenza, impugnazioni, prove o misure cautelari, è difficile da affrontare seguendo le tradizionali logiche di carattere tecnico-formale, visto il sovrapporsi di tematiche valoriali, assiologiche. In questi casi, quindi, piuttosto che cercare soluzioni di carattere generale, può essere preferibile considerare che «il superamento di alcuni problemi può essere favorito da una attenta disamina della complessiva disciplina legale della materia cui ci si interessa e dell'individuazione del concreto, reale ruolo che nuova materia è chiamata a svolgervi alla luce delle diverse possibili soluzioni dei problemi di diritto intertemporale»¹²¹.

Nel caso che qui ci occupa, tra l'altro, a queste difficoltà devono aggiungersene ulteriori, non essendo del tutto agevole individuare quale sia la legge più favorevole: se quella previgente o quella successiva. Sebbene non pare ci siano dubbi che sotto il profilo della tutela del diritto di difesa la nuova normativa assicuri una più ampia tutela all'imputato che risulti irripetibile,

¹¹⁵ In questi termini v. CAPRIOLI, *op. loc. cit.*

¹¹⁶ Così Cass., sez. II, 27 maggio 2014, n. 23882, Asan, in *C.e.d. Cass.*, n. 259634.

¹¹⁷ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 60.

¹¹⁸ Al riguardo, per tutti, v. Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, p.m. in proc. Ambrogio, in *C.e.d. Cass.*, n. 250195; Cass., sez. un., 29 marzo 2007, n. 27614, p.c. in proc. Lista, in *C.e.d. Cass.*, n. 236537; Cass., sez. un., 27 marzo 2002, n. 16101, Degraft, in *C.e.d. Cass.*, n. 221278. Per un approfondimento dell'argomento, in dottrina, per tutti, v. MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, Milano, 1999; più di recente, v. GALGANI, *Diritto probatorio e successioni di leggi nel tempo*, Torino, 2012.

¹¹⁹ Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, p.m. in proc. Ambrogio, cit.; Cass., sez. un., 13 luglio 1998, n. 10086, Citaristi, in *C.e.d. Cass.*, n. 211192.

¹²⁰ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 62 ss.

¹²¹ Così Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, p.m. in proc. Ambrogio, cit.

per l'assente non sempre ciò può affermarsi con altrettanta sicurezza. A fronte della maggiore facilità con cui la disciplina previgente riconosce all'imputato dichiarato contumace il diritto di ottenere la restituzione nel termine per impugnare, sempre in base alla stessa legge, si deve registrare l'impossibilità per il contumace di ottenere un nuovo giudizio di primo grado; un diritto, invece, garantito dalla novella del 2014 all'imputato assente che provi di non avere avuto effettiva conoscenza del processo, a condizione che dimostri che «l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo».

Ad ogni modo, è evidente che l'adesione all'una o all'altra tesi ha riflessi applicativi di assoluto rilievo, come nel caso dell'accesso al rimedio straordinario della rescissione del giudicato previsto dal nuovo art. 625-ter c.p.p. Una questione, la cui importanza è stata da subito riconosciuta dal primo Presidente della Corte di cassazione, che già all'indomani dell'entrata in vigore della novella, ha chiesto l'intervento delle Sezioni unite che sono giunte alla conclusione che il rimedio rescissorio possa applicarsi solo ai procedimenti nei quali è stata dichiarata l'assenza dell'imputato a norma dell'art. 420-bis c.p.p., come modificato dalla l. n. 67/2014¹²². Diversamente, l'art. 175, comma 2, c.p.p., nella parte in cui prevedeva il rimedio della restituzione in termini per proporre impugnazione avverso le sentenze contumaciali, nonostante sia stato parzialmente abrogato, continua ad applicarsi nei confronti degli imputati che erano stati già dichiarati contumaci o assenti in virtù del pregresso regime normativo¹²³.

In verità, le Sezioni Unite hanno negato essersi in presenza di una questione di diritto intertemporale, di fatto, così superando le problematiche sulla natura della dichiarazione di contumacia. Il ragionamento dei giudici si è sviluppato alla luce di una stretta interpretazione di tipo letterale: poiché l'art. 625 ter, comma 1, c.p.p. prevede che la richiesta di rescissione del giudicato può essere presentata dal condannato «nei cui confronti si sia proceduto in assenza» per tutta la durata del processo, la disposizione non può riguardare un «contumace».

Più precisamente si è osservato che per i processi definiti, anche solo nei gradi di merito, antecedentemente all'entrata in vigore della l. n. 67/2014, in mancanza di espresse previsioni normative, debba escludersi possa profilarsi alcuna questione di diritto intertemporale, «essendo evidente che essi, svoltisi secondo il regime contumaciale o secondo quello dell'assenza, come anteriormente disciplinati, non potrebbero risentire dello *ius superveniens*, che si riferisce esplicitamente a un imputato assente nei termini definiti dalla nuova disciplina»¹²⁴.

Del resto, la Suprema corte, in altra occasione, pur non negando che la questione avesse natura di diritto intertemporale, aveva ritenuto che l'applicazione retroattiva della riforma sarebbe stata irragionevole. Con quest'argomentazione: se si considera l'intima correlazione che lega fra loro l'intera gamma delle previsioni che scandiscono la nuova «dinamica» e i relativi presupposti, non può che concludersi nel senso che tra la «vecchia» disciplina del procedimento in contumacia e gli istituti ad essa coesi – tra cui la notifica dell'estratto contumaciale e la restituzione nel termine per proporre impugnazione – non si possano ammettere «contaminazioni» parziali ad opera delle nuove previsioni, pena, altrimenti, l'innesto di un *tertium genus* processuale, privo di qualsiasi coerenza, giustificazione sistematica e base normativa¹²⁵.

Più delicata rimaneva la questione per i processi di primo grado, riguardo ai quali, visti i valori in gioco, era apparsa una soluzione equilibrata applicare le nuove norme anche ai processi in corso il 17 maggio 2014, data di entrata in vigore della legge. Il giudice avrebbe dovuto, pertanto, verificare, in caso di dichiarazione di contumacia, la sussistenza delle condizioni per procedere *in absentia* e, in caso negativo, avviare il sub-procedimento diretto alla dichiarazione di sospensione del processo¹²⁶.

Senonché, come anticipato, la legge dell'11 agosto 2014, n. 118, ha dettato le norme transitorie, la cui peculiarità è di trovare applicazione sin dal 17 maggio 2014, data in cui è entrata in vigore la legge n. 67 del 2014. Si è così evitata l'inevitabile confusione che sarebbe derivata dall'applicazione di una disciplina intertemporale per l'operatività della norma transitoria.

¹²² Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 36848, Burba, in *C.e.d. Cass.*, n. 259992.

¹²³ Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 36848, Burba, cit., «Corrisponde del resto alla comune riflessione giuridica l'assunto per cui, dovendosi distinguere la sfera di vigenza delle disposizioni dalla sfera di efficacia (vale a dire di applicabilità), delle norme, il fenomeno abrogativo, in mancanza di espresse previsioni in senso diverso – ascrivibili alla ipotesi della c.d. abrogazione «retroattiva» – non importa la cessazione dell'efficacia delle norme abrogate ma soltanto la loro incapacità di regolare situazioni nuove»; analogamente v. Cass., sez. II, 27 maggio 2014, n. 23882, Asan, cit.

¹²⁴ Così Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 36848, Burba, cit.

¹²⁵ Cass., sez. II, 27 maggio 2014, n. 23882, Asan, cit.

¹²⁶ BRICCHETTI-PISTORELLI, *Giudizi pendenti pieni di insidie interpretative*, in *Guida d.*, 2014, n. 21, 106

Secondo quanto previsto dall'art. 15 *bis*, l. n. 118/2014, nei procedimenti in corso il 17 maggio 2014 si applicherà la nuova disciplina del processo *in absentia*, a condizione, però, che non sia stato ancora pronunciato il dispositivo della sentenza di primo grado. Il giudice, quindi, in questi casi, anche se è già stata dichiarata la contumacia, dovrà verificare se sussistano i presupposti per procedere *in absentia* o se occorra sospendere il processo.

Nei processi che a quella data hanno già superato il primo grado di giudizio, in deroga a quanto sopra stabilito, continuano ad applicarsi le disposizioni sulla contumacia vigenti anteriormente alla riforma. Con un'eccezione: se oltre alla dichiarazione di contumacia è stato emesso il decreto di irreperibilità, il giudice di appello è tenuto a verificare la concreta situazione dell'imputato alla luce della nuova normativa¹²⁷. Non sembra, invece, che tale norma possa essere applicata in cassazione, dato che essa presuppone verifiche in fatto delle quali non può pretendersi si faccia carico la Suprema corte¹²⁸.

Inoltre, stante la natura speciale della norma transitoria (non suscettibile, dunque, di interpretazioni estensive o analogiche) – deve escludersi che tale eccezione possa applicarsi a casi diversi dall'emissione del decreto di irreperibilità¹²⁹. Situazioni, in verità, in cui è altrettanto elevato il rischio che il soggetto non abbia alcuna conoscenza del procedimento in corso: come nel caso della notificazione mediante consegna al difensore d'ufficio dell'imputato latitante o dell'imputato cittadino extracomunitario che abbia dichiarato un domicilio insufficiente *ex art. 161, comma 4, c.p.p.* Ragione per cui appare del tutto irragionevole non potere assicurare, anche in questi casi, le maggiori garanzie offerte dalla disciplina della sospensione del processo.

¹²⁷ BRICCHETTI, *Dopo il necessario intervento del legislatore "spartiacque" per i giudizi al 17 maggio 2014*, in *Guida d.*, 2014, n. 36, 54.

¹²⁸ BRICCHETTI, *op. ult. loc. cit.*

¹²⁹ BRICCHETTI, *op. ult. loc. cit.*

CONSIDERAZIONI SULLA (IN)APPLICABILITÀ DELLE FATTISPECIE DI CUI AGLI ARTT. 727-BIS E 733-BIS C.P.

Elio Lo Monte

ABSTRACT

Le fattispecie di cui agli artt. 727-*bis* e 733-*bis* c.p., emanate in seguito alla direttiva n. 2008/99 CE, ipotizzando eventi indimostrabili, presentano vistose aporie sotto il profilo della mancata rispondenza al principio di tassatività-determinatezza dell'illecito penale; il regime sanzionatorio, poi, finisce per avere una scarsa capacità di contrastare i comportamenti in danno all'ambiente perché, di fatto, vanificato dai meccanismi clemenziali. Il rischio è quello di trovarsi al cospetto di incriminazioni destinate alla completa disapplicazione.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il regime sanzionatorio. – 2.1. (segue) sussidiarietà ed effettività. – 3. I limiti delle fattispecie incriminatrici: l'art. 727-*bis* c.p. – 4. (segue) e l'art. 733-*bis* c.p. – 5. Verso l'inutilizzabilità delle nuove fattispecie?

Questa nostra epoca eccelle nello smantellare le strutture e nel liquefare i modelli, ogni tipo di struttura e ogni tipo di modello, con casualità e senza preavviso.

(Zygmunt Bauman, *The Individualized Society*, 2001)

1. Premessa.

Il legislatore – in attuazione delle imposizioni dell'Unione Europea in materia di tutela dell'ambiente¹ – ha emanato, com'è noto, il d.lgs. n. 121/2011², con la previsione di due nuove fattispecie incriminatrici: gli artt. 727-bis e 733-bis c.p.

In sede di primo commento della direttiva n. 2008/99 CE³ avevamo posto in evidenza le difficoltà alle quali sarebbe andato incontro il legislatore nel recepire le sollecitazioni dell'organismo sovranazionale. Inconvenienti di non poco momento che richiamano, sul piano più generale, i complessi rapporti tra diritto interno e diritto europeo nella misura in cui le scelte di criminalizzazione refigurate in sede comunitaria avvengono, spesso, senza tener conto delle peculiarità dei singoli ordinamenti degli Stati membri⁴. Questioni che spiccano con maggiore nitore proprio nel settore del diritto penale che – è stato rilevato con la solita lucidità – “si caratterizza per essere un modo di disciplina più che per il campo di materia disciplinato”⁵ a livello sovranazionale. Tutto ciò aumenta quel senso di insofferenza rispetto alla crescente

¹ Si tratta della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente, nonché della direttiva 2009/123/CE che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni. Sulla direttiva e sulle sue ricadute, nell'ambito di varie prese di posizione, senza pretese di completezza, cfr. MERLIN, *La tutela penale dell'ambiente nella direttiva 2008/99/CE*, in *Ambiente e sicurezza*, 2009, p. 86 ss.; V. PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 918 ss.; G.M. VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99/CE e il trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano?*, in *Dir. comm. intern.*, 2010, p. 458 ss.; M. BENOZZO, *La direttiva sulla tutela penale dell'ambiente tra intenzionalità, grave negligenza e responsabilità delle persone giuridiche*, in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'ambiente*, 2009, n. 5, p. 301; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009, p. 232 ss.; L. SIRACUSA, *L'attuazione della direttiva sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2011, p. 2; A.L. VERGINE, *Nuovi orizzonti del diritto penale ambientale*, in *Ambiente e sviluppo*, 2009, 1, p. 10 ss.; ID., *Precetti e sanzioni penali: dalla Direttiva n. 2008/98/CE alla Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente*, in AA.Vv., *Commento alla Direttiva n. 2008/98/CE sui rifiuti. Quali modifiche al codice dell'ambiente?* a cura di F. GIAMPIETRO, Milano, 2009, p. 276 ss.; ID., *Rossi di vergogna, anzi paonazzi... leggendo la legge comunitaria 2009*, in *Ambiente e sviluppo*, 2011, 2, p. 129 ss.; C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli Enti da reato ambientale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 agosto 2011; ID., *Il recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente. Grandi novità per le persone giuridiche, poche per le persone fisiche*, ivi; ID., *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2011; G. L. GATTA, *Responsabilità degli enti per i reati ambientali: approvato lo schema del decreto legislativo di recepimento della Direttiva 2008/99/CE*, in *Dir. pen. cont.*, 12 aprile 2011; ID., *Responsabilità degli enti per i reati ambientali: le osservazioni di Confindustria*, ivi, 29 aprile 2011.

² Sul decreto legislativo, senza aspirazioni di esaustività, cfr. C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 agosto 2011; A. SCARCELLA, *Commento al d.lgs. 121/2011 in Guida dir.*, 2011, 38, p. 30 ss.; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Commento al d.lgs. 121/2011 in Guida dir.*, 2011, 38, 48 e ss.; L. PISTORELLI-A. SCARCELLA, *Relazione del massimario presso la Corte di cassazione sul d.lgs. n. 121 del 2011*, in *Dir. pen. cont.*, 4 agosto 2011.

³ Ci sia consentito richiamare il nostro *La Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente: una (a dir poco) problematica attuazione*, in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'ambiente*, 2009, 2, p. 1 ss.; pone limpidamente in risalto la complessità del compito posto in capo al legislatore nazionale A.L. VERGINE, *Nuovi orizzonti*, cit. p. 5 ss.

⁴ Più in generale cfr. G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, in AA.Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2326 ss.; ID., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI-C. E. PALIERO, I, Milano, 2006, p. 375 ss.; A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 1171 ss.; ID., *La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, in *Revista penal*, 2011, p. 39; ID., *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in questa *Rivista*, n. 1/2012, p. 43 ss.; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1150; ID., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 174; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 2625, nt. 85; ID., *“Eppur si muove!”: alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea*, in *Per un rilancio del progetto europeo: esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. GRASSO-R. SICURELLA, Milano, 2008, p. 278; B. ROMANO, *L'ambiente e la legge penale: obblighi comunitari e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2009, p. 723 ss.

⁵ Cfr. F.C. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 6, p. 658.

invadenza dei cosiddetti obblighi di penalizzazione provenienti dall'Unione Europea⁶. Com'è stato evidenziato, di regola non sussiste per gli Stati un vero e proprio obbligo di intervenire con la sanzione penale, limitandosi la fonte europea a richiedere che la tutela giuridica abbia i caratteri dell'effettività, della proporzionalità e della capacità dissuasiva⁷. La direttiva n. 2008/99/CE si pone in termini di eccezione alla regola appena richiamata⁸ perché ha “per la prima volta, introdotto specifici ed espressi obblighi per gli Stati membri di prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni di natura penale in relazione a violazioni di numerose disposizioni di diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente”⁹.

Per tali ragioni la stesura di fattispecie incriminatrici, in grado di coniugare i principi costituzionali immanenti l'ordinamento e le esigenze di effettività auspiccate dalla direttiva richiamata, non sarebbe stata operazione semplice.

Va subito detto che il legislatore, per i motivi che vedremo, è riuscito ad andare ben oltre ogni pessimistica previsione emanando due fattispecie del tutto avulse dal sistema ordinamentale, con conseguente palese elusione dei principi costituzionali, primo fra tutti la legalità. Non meno rilevanti sono i profili problematici con riferimento ad una delle esigenze maggiormente avvertite dal legislatore sovranazionale, e cioè l'efficacia dell'intervento da parte dei singoli Stati.

Più in particolare, la direttiva 2008/99 si lascia apprezzare per alcune condivisibili finalità; il provvedimento in questione, infatti, ribadisce il dato secondo cui la politica comunitaria, nel settore dell'ambiente “deve mirare ad un elevato livello di tutela” (1° considerando), prefiggendosi il dichiarato obiettivo di “una più efficace tutela” (12° e 14° consid.).

Dalla lettura di alcuni *consideranda* si coglie, immediatamente, la preoccupazione per l'aumento dei reati ambientali (in particolare 2° consid.), connessa all'ineffettività del regime sanzionatorio approntato dai singoli Paesi appartenenti all'UE. Invero, il legislatore comunitario, dopo aver preso contezza “che i sistemi sanzionatori vigenti non sono sufficienti” (3° consid.), “obbliga gli Stati membri a prevedere nella loro legislazione sanzioni penali in relazione a gravi violazioni delle disposizioni del diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente” (10° consid.). La direttiva, pertanto, auspica “una risposta adeguata” (3° consid.), individuata in “sanzioni maggiormente dissuasive” (5° consid.), come quelle penali, “che sono indice di una riprovazione sociale di natura qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarcitori di diritto civile” (3° consid., seconda parte).

Alla base del provvedimento comunitario possiamo, dunque, rinvenire una sorta di duplice fondamento: da un lato, la scarsa fiducia in misure alternative a quelle penalistiche e, dall'altro, conseguentemente, una ‘aperta’ e, forse, eccessiva, stima verso gli strumenti repressivi di tipo dissuasivo-deterrente, seppur con riferimento alla repressione di condotte poste in essere “intenzionalmente o per grave negligenza” (7° consid.).

La scelta di un maggior rigore risulta, infine, dalla lettura dell'11° ‘considerando’, ove si stabilisce che la direttiva “lascia impregiudicati gli altri sistemi relativi alla responsabilità per danno ambientale previsti dal diritto comunitario o dal diritto nazionale”. Una conferma, ulteriore, si coglie dal 12° considerando che riconosce ai singoli Stati membri la facoltà di mantenere in vigore o adottare misure più stringenti, funzionali ad un'efficace tutela penale dell'ambiente, limitandosi la direttiva a dettare “soltanto norme minime”.

Il provvedimento comunitario 2008/99 fa obbligo ai singoli Stati di predisporre – entro

⁶ Per ulteriori approfondimenti cfr. PALAZZO, *Europa*, cit. p. 657.

⁷ In tal senso cfr. M. RONCO, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, opera diretta dallo stesso Autore con la collaborazione di E.M. AMBROSETTI e E. MEZZETTI, Bologna 2010, II ed., p. 36.

⁸ Secondo S. RUBERTI, *La distruzione o il deterioramento di habitat in sito naturale protetto: la tutela penale tra rilievi comunitari e deficit di offensività*, in www.ambientediritto.it, alla base della Direttiva 2008/99/CE vi è l'intervento della Corte di Giustizia che, con la sentenza del 13 settembre 2005 (C-176/03), ha messo in discussione il principio dell'ammissibilità di obblighi di criminalizzazione da parte dell'Unione europea solo nelle materie ex terzo pilastro. I giudici comunitari – si sostiene ancora – nell'annullare la Decisione quadro 2003/80/GAI (relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale), hanno stabilito che il diritto comunitario, pur non potendo essere fonte diretta di norme penali, può comunque emettere obblighi di natura penale per le materie di sua competenza. Pertanto la Direttiva 2008/99/CE è “figlia” della sentenza della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005 perché, con l'approvazione dei giudici comunitari, impone obblighi di criminalizzazione agli Stati membri per garantire l'attuazione ed il rispetto delle normative comunitarie. Del resto, già in altre occasioni, la Corte di Giustizia aveva affermato la necessità che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente fossero integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni comunitarie; ciò rappresenta l'ulteriore conferma del carattere trasversale e fondamentale di tale obiettivo in linea con la consolidata giurisprudenza comunitaria per la quale è pacifico che la tutela dell'ambiente costituisca uno degli obiettivi essenziali della Comunità. Sull'*iter* delle direttive cfr. V. PLANTAMURA, *Nuova frontiera europea per il diritto penale*, cit., p. 918 ss.

⁹ Così M. RONCO, *La legge penale*, cit., p. 36.

il 26 dicembre 2010, come espressamente previsto dall'art. 8 – “sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive” (art. 5) e ciò anche nei confronti delle persone giuridiche (art. 7). Sul punto, il legislatore sovranazionale stabilisce, qualora i comportamenti illeciti siano stati commessi a vantaggio delle persone giuridiche, che a rispondere del reato sia il soggetto – detentore di una posizione preminente in seno all'ente, individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica – in virtù di potere di rappresentanza, o del potere di assumere decisioni per conto della persona giuridica o, ancora, del potere di esercitare un controllo in seno alla persona giuridica. Il co. 3 dell'art. 6 prevede, accanto alla responsabilità della persona giuridica¹⁰, l'attivazione dell'azione penale nei confronti delle persone fisiche “che siano autori, incitatori o complici” dei comportamenti illeciti in materia ambientale.

Alla luce delle indicazioni sovranazionali il legislatore, come si accennava, ha emanato *ex novo* gli artt. 727-bis e 733-bis c.p.; si tratta di fattispecie che, a nostro avviso, presentano un gravissimo *vulnus*: quello del simbolismo repressivo.

Ed infatti, le nuove disposizioni, anche ad un sommario esame, oltre alle inadeguatezze relative al regime sanzionatorio, appaiono di difficile applicazione in primo luogo per l'indeterminatezza che le contraddistingue e poi per la presenza di clausole di riserva. Discende da ciò il rischio di vanificare proprio quelle esigenze di effettività della risposta, alla base dell'intervento del legislatore sovranazionale.

2. Il regime sanzionatorio.

Un'analisi, quantunque schematica, delle fattispecie incriminatrici pone in risalto un regime sanzionatorio privo di quelle caratteristiche di dissuasività, richiamate dal legislatore comunitario. Con questo non intendiamo auspicare sanzioni ‘deterrenti’ né, tanto meno, sollecitare interventi repressivi irragionevoli o sproporzionati, ma solo rimarcare il dato per cui le sanzioni penali ipotizzate prestano il fianco ad un duplice ordine di obiezioni: la prima riserva attiene all'istanza di deterrenza come reclamato dalla direttiva UE; il secondo rilievo – ed è l'aspetto che più ci interessa – coinvolge il piano dell'effettività della risposta.

Più specificamente, il regime sanzionatorio previsto finisce per avere una scarsa capacità di contrastare i comportamenti in danno dell'ambiente perché, di fatto, vanificato dai meccanismi clemenziali che pure il nostro sistema non disdegna.

Tutt'altro discorso va svolto in ordine alle esigenze di effettività, il cui conseguimento richiede un approccio più ponderato e di largo respiro. Una razionale risposta da parte dello Stato a tutela dell'ambiente anziché spingere verso l'inasprimento sanzionatorio – erroneamente ritenuto una sorta di panacea – impone, come già abbiamo avuto modo di evidenziare in altra sede¹¹, un intervento globale improntato a interdisciplinarietà e multiagenzialità che valorizzi i diversi settori dell'ordinamento; si pensi ad un esempio alle insormontabili difficoltà che deve affrontare il diritto penale nell'accertamento del nesso causale in un settore in cui l'offesa è il risultato di comportamenti seriali anche leciti. In linea con le esigenze di sussidiarietà-effettività le sanzioni diverse da quelle penali possono ‘vantare’ maggiori possibilità di salvaguardare l'ambiente.

In altri termini, la valorizzazione di prospettive di reale efficienza postula, innanzitutto, significative implicazioni in ordine all'inesistenza – nel nostro ordinamento – di obblighi etici di criminalizzazione. E' questa un'impostazione, del resto, che – abbandonando prospettive

¹⁰ Su cui v. V. PLANTAMURA, *Responsabilità individuale e degli enti nel d.lgs. 7 luglio 2011, n. 121 di attuazione delle direttive europee sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 3, 2011, p. 484 ss; C. RUGA RIVA, *Il recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente. Grandi novità per le persone giuridiche*, cit.; G. CASARTELLI, *La responsabilità degli enti per i reati ambientali*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2012; sul punto, condivisibili dubbi, sotto il profilo dell'effettività, avanza A.L. VERGINE, *Rossi di vergogna*, cit., p. 132, pur nell'ambito di una posizione favorevole alla previsione della responsabilità degli enti *Id.*, *Caro (nuovo) legislatore ti scrivo, in giuristiambientali.it*.

¹¹ Ci sia consentito rinviare al nostro, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano 2004, p. 373 ss.

panpenalistiche – si pone in sintonia con il principio di *extrema ratio* del diritto penale¹².

In secondo luogo, con il ricorso a strumenti diversi da quelli penalistici si dà concreta attuazione al carattere frammentario dell'intervento penale e si comprimono le spinte inflazionistiche¹³, nonché la tendenza alla cosiddetta amministrativizzazione o banalizzazione del diritto penale¹⁴. Sul piano politico criminale, non va dimenticato, com'è stato segnalato da illustre Maestro, che il sistema sanzionatorio di tipo penale produce più problemi di quanti pretende di risolvere: "Reprime conflitti anziché comporli ...oppure nuovi conflitti sorgono per effetto dell'intervento penale nello stesso senso o in diversi contesti"¹⁵.

Tutto ciò si pone in armonia con la ricostruzione che vede, nell'attuale contesto ordinamentale, il principio di *extrema ratio* – e la valutazione della frammentarietà come suo corollario¹⁶ – agire su di un duplice livello. Da un lato, esso rileva sul piano della tipologia della risposta; dall'altro, richiede l'individuazione della sanzione più opportuna in termini quantitativi o, meglio, proporzionali, al fatto commesso, tale da soddisfare non solo le esigenze relative alla tutela del bene giuridico, ma anche quelle concernenti i diritti fondamentali del reo¹⁷.

Il legislatore, invece, in modo diretto o indiretto, tacito o palese, anziché propendere per un intervento più meditato e meno clamoroso, sui momenti nevralgici dell'eziologia criminale, predilige "le scorciatoie di una roboante penalizzazione dagli incertissimi destini"¹⁸; si tratta di una legislazione 'd'effetto', che trae motivi di legittimazione dal suo stesso esserci, "indipendentemente dalla sua attendibile effettività"¹⁹. Ci pare poter cogliere, dunque, un errore teorico alla base dell'operato del legislatore comunitario: quello cioè di confidare eccessivamente nella forza intimidatrice-deterrente dello strumento penale, ritenuto *in re ipsa* come l'unico rimedio in grado di farsi carico di una più efficace tutela, laddove l'effettività non va confusa con l'attivazione di meri strumenti limitativi della libertà.

L'intervento del legislatore, con le due nuove fattispecie contravvenzionali, riesce nel difficile compito di venir meno alle sollecitazioni di cui alla direttiva UE che richiedeva pene deterrenti e al principio, immanente il nostro ordinamento, dell'effettività della risposta. Invero, la previsione di arresto e ammenda (art. 727-*bis* c.p.) e di arresto o ammenda (art. 733-*bis* c.p.) non soddisfa né le esigenze di deterrenza né quelle di effettività, se solo si riflette, come si accennava, sulla capacità degli istituti premiali previsti dall'ordinamento di neutralizzare la minaccia penale portata da pene di breve durata. Anche in quest'ultimo caso si assiste, dunque, ad un uso simbolico del diritto penale²⁰.

¹² Si tratta di considerazioni già svolte in passato, ma l'operato del legislatore ci spinge – coscienti del rischio di ripetitività – a ribadire, seppur in vie di estrema sintesi, alcuni passaggi da ritenersi, almeno astrattamente, patrimonio acquisito della conoscenza del diritto penale. Il principio di *extrema ratio*, secondo il quale la minaccia della sanzione penale deve occupare l'ultimo posto nella scala delle misure a disposizione del legislatore (cfr. S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli 1984, p. 6 e letteratura ivi richiamata) è desumibile dalla stessa normativa costituzionale. Infatti l'interazione dei principi di tutela della libertà, personalità, proporzione, tutela della dignità umana, responsabilità penale personale, finalismo rieducativo, (artt. 2, 3, 13, 25 co. 2° e 3°, 27 co. 1° e 3°) impongono il ricorso al diritto penale quando non siano praticabili forme alternative di controllo sociale secondo le ben note considerazioni svolte in precedenza da F. BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto di tutela*, in AA.Vv., *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. I, Milano 1984, p. 99 ss. L'idea della sussidiarietà del diritto penale, pienamente valorizzata nella scienza penalistica contemporanea, non è una conquista recente (cfr. S. MOCCIA, *Tutela del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, p. 4 ss.); essa risale all'epoca del giusrazionalismo, ed era finalizzata alla difesa dei diritti dell'individuo ricercando dei limiti al potere statale. Infatti, enunciazioni del principio dell'*extrema ratio* sono rinvenibili, già, nelle opere di Ugo GROZIO, *De Jure belli ac pacis libri tres* (1625) (sul punto cfr. ID., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, 10 e ss.); di Cesare BECCARIA, *De' delitti e delle pene* (1764); di Franz von LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Berlin-Leipzig 1919), che, anche se in epoche diverse, "avevano comunque a cuore la costruzione di un sistema del diritto penale vicino alle ragioni dell'uomo" (ID., *Tutela penale del patrimonio*, cit., p. 4).

¹³ Per una compiuta analisi delle cause dell'inflazione penalistica cfr. C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, p. 12 ss.

¹⁴ Cfr. S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, pp. 53-54; cfr. E.R. ZAFFARONI, *La recente legislazione penale e la questione dell'emergenza in Argentina*, in *Crit. dir.* 1998, p. 340.

¹⁵ Ci si riferisce a A. BARATTA, *Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Delitti e pene* 1985, p. 452.

¹⁶ Sulla frammentarietà nel diritto penale cfr. le considerazioni già precedentemente formulate da M. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für R. Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 9 ss.

¹⁷ Sul punto S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, 113; T. PADOVANI, *La scelta delle sanzioni in rapporto alla natura degli interessi tutelati*, in AA.Vv., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del CRS, Milano 1987, p. 90 ss.

¹⁸ Così A. ALESSANDRI, *I reati societari*, AA.Vv., *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, a cura di L. PEPINO, Milano 199, p. 442.

¹⁹ In tal senso A. ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, p. 443.

²⁰ Sui rischi portati, dall'esercizio simbolico della minaccia penale, sul rapporto tra 'penalità minacciata e penalità agita', cfr. le lucide considerazioni precedentemente svolte da M. PAVARINI, *La "penitenziarizzazione" della giustizia penale*, in AA.Vv., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli 1998, p. 177.

2.1. *(segue) sussidiarietà ed effettività.*

La vera partita della tutela dell'ambiente si gioca, a nostro avviso, non rispolverando stucchevoli meccanismi pseudo-repressivi quanto sul piano dell'effettività della risposta; ciò implica il ricorso alla sanzione penale solo nel caso in cui altri strumenti di contrasto risultino inadeguati. Si tratta, in sostanza, di procedere in linea col principio di sussidiarietà valorizzato nel senso dell'effettività della risposta statutale. Il principio di sussidiarietà²¹ – non è superfluo ribadire, un'aspirazione 'moderna' ancora tutta da realizzare²² – sviluppato prima che negli aspetti formali quanto nei profili sostanziali, va correttamente inteso non solo in termini di ricerca di misure punitive alternative alla sanzioni penale, ma orientato verso la ricerca di interventi, sostitutivi alla stessa giustizia criminale. Non si tratta di ipotizzare solo l'infissione di una sanzione diversa da quella penale, quanto di arricchire le possibilità di tutela con meccanismi 'alternativi' alla giustizia penale. Così, ad esempio, rispetto a colui che ha ripristinato lo stato dei luoghi e riparato il danno arrecato, non ha alcun senso ipotizzare una sanzione penale per l'eventuale comportamento illecito, potendo risolversi il problema in una sede diversa da quella processualpenalistica.

L'attuale legislazione – e quella relativa alla tutela dell'ambiente ne rappresenta una dimostrazione paradigmatica – viceversa, finisce per porsi in termini opposti all'impostazione derivante dal principio di sussidiarietà.

Tutto ciò viene motivato ponendo in essere un'inversione metodologica – errore in cui cade spesso anche il legislatore sovranazionale – tanto ingiustificata sul piano dei principi quanto carente sul piano dell'efficacia. Ed, infatti, la richiesta sempre maggiore di sanzioni penali, viene fondata su di una pretesa scarsa funzionalità di un sistema alternativo a quello penale. In altri termini, il fondamento dell'ampliamento dell'ambito del penalmente rilevante viene giustificato sull'esiguità dei risultati raggiunti, proprio nel settore dell'ambiente, con l'adozione di pene diverse da quelle detentive.

Si tratta, a ben vedere, di un atteggiamento autopoietico del sistema penale che dà per verificata un'impostazione che necessita, invece, di precisi riscontri empirici.

Così, proprio richiamando l'opzione di sussidiarietà se ne segna, nella realtà, il suo svuotamento, venendo ridotta a mera *petitio principii*. Si sostiene, in sostanza, che occorre utilizzare la sanzione penale, perché le misure alternative sono incapaci di tutelare quel determinato bene giuridico. Tutto ciò è il frutto di un'impostazione poco corretta nella misura in cui finisce per esaltare gli aspetti meramente intimidativo-deterrenti e simbolico-espressivi della minaccia penale, in linea, per usare un'efficace sintesi, con una discutibile "strategia brutale del randello"²³.

Riteniamo, invece, che, sul piano politico-criminale, l'aspetto più significativo della sussidiarietà sia ravvisabile nella effettività dell'intervento statutale, ma ciò presuppone che all'opzione di sussidiarietà venga data concreta attuazione.

Come già è stato limpidamente evidenziato, il fondamento formale del principio di sussidiarietà è dato dall'assetto normativo della Carta costituzionale, con l'enunciazione delle opzioni di libertà, personalità dell'individuo, proporzione; quello sostanziale, viceversa, emerge in una prospettiva di efficienza, allorché abbandonando punti di vista eticizzanti con l'imposizione di connessi obblighi di criminalizzazione, uno dei criteri guida dell'intervento penale viene dato dalla valorizzazione di momenti di concreta efficienza finalizzati al controllo di fatti ritenuti socialmente dannosi²⁴.

²¹ Il carattere sussidiario del diritto penale, esprime, appunto, l'idea che il ricorso alla sanzione penale oltre che necessario, dev'essere conforme allo scopo, in tal senso cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, p. 215; G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus* 1974, p. 463 ss. In altri termini, "l'utilizzazione della sanzione penale è legittima nella misura in cui si riveli uno strumento promettente in vista di un'efficace tutela del bene giuridico", cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2006, p. 41. Il principio di sussidiarietà, così, inteso, come espressione dell'*extrema ratio* del diritto penale e come conformità allo scopo, costituisce un aspetto particolare del più generale principio di proporzione. Quest'ultimo rende ammissibile la restrizione dei diritti del singolo individuo solo nei casi di stretta necessità, secondo le teorizzazioni già espresse in passato da Arth. KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Festschrift für H. Henkel*, Berlin-New York, 1974, p. 90 ss.

²² Sul punto cfr. S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della modernità*, in AA.Vv., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura dello stesso Autore S. MOCCIA, Napoli 2002, vol. I, p. 133 ss.

²³ Cfr. F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1998, p. 471.

²⁴ in tal senso cfr. S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio*, cit., p. 10 ss., in particolare nota 33; in termini più generali, Id., *Politica criminale e riforma del sistema penale*, cit., *passim*.

La locuzione ‘sussidiarietà in concreto’, a cui facciamo riferimento, vuole esprimere, appunto, il dato secondo cui l’intervento penale dev’essere attivato *dopo* aver posto in essere altri strumenti di controllo alternativi. Solo dopo aver predisposto misure di contrasto diverse da quelle penalistiche, e dopo aver verificato fenomenologicamente l’insufficienza di tali misure, si giustifica il ricorso al sistema penale.

Attualmente, si ribadisce, il criterio normativo di sussidiarietà, nonostante la sua rilevanza costituzionale e nonostante le varie affermazioni di principio che solitamente accompagnano le relazioni ministeriali ai provvedimenti di legge, risulta puntualmente disapplicato.

3.

I limiti delle fattispecie incriminatrici: l’indeterminatezza dell’art. 727-bis c.p.

Il legislatore, come si anticipava, adempiendo alle sollecitazioni emanate in sede sovranazionale ha emanato due fattispecie incriminatrici collocate nel settore delle contravvenzioni. Ora, se la prospettiva delle nuove norme era quella di un maggiore carico sanzionatorio che ne valorizzasse la portata deterrente anche sotto questo profilo il risultato non pare possa dirsi raggiunto.

Una lettura ancorché poco approfondita delle nuove figure criminose evidenzia vistosi difetti, con conseguenti riflessi in sede applicativa. Si tratta di disposizioni destinate all’inapplicabilità o, all’opposto, ad una loro utilizzazione smisurata. L’affermazione non deve apparire contraddittoria; il rispetto dei principi costituzionali, e dunque la subordinazione ai principi del diritto penale del fatto, ne determinerà, coerentemente, un completo abbandono; all’opposto – in linea con quella impostazione sempre più in voga – una lettura minimalista (*rectius*, aggiramento) dei principi fondamentali renderà le fattispecie una sorta di rimedio ‘buono per tutte le stagioni’.

Tutto ciò discende dalla struttura delle singole contravvenzioni la cui redazione sciatta e frettolosa ha finito per ammantarle di una densa caligine destinata ad essere diradata, di volta in volta, dalla prassi secondo le necessità del caso da risolvere, verosimilmente attraverso il proprio *intuitus*.

Non diversamente da quanto è avvenuto con la fattispecie in tema di atti persecutori o di atti sessuali – solo per fare qualche esempio – sarà la giurisprudenza a determinare la reale portata delle singole fattispecie, con conseguente rischio di decisioni contraddittorie e/o asistematiche.

Invero, le disposizioni di cui all’art. 727-bis c.p. si articolano su di una serie di locuzioni vaghe e generiche: “una specie animale protetta”, una “quantità trascurabile di detti esemplari”, un “impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie”. Formule ripetute nel secondo comma della stessa fattispecie. Allo stesso modo, la ‘distruzione di un’*habitat*’ sembra già *prima facie* affetta da gigantismo con ovvie ricadute di tipo probatorio.

Per conoscere cosa intenda il legislatore per ‘per specie animali o vegetali selvatiche protette’ occorre far riferimento al comma 2° dell’art. 733-bis c.p., che reca: “Ai fini dell’applicazione dell’articolo 727-bis del codice penale, per specie animali o vegetali selvatiche protette si intendono quelle indicate nell’allegato IV della direttiva 92/43/CE e nell’allegato I della direttiva 2009/147/CE”!

Un modo di legiferare davvero incomprensibile: per conoscere la portata di una determinata espressione occorre rifarsi ad altra fattispecie dedicata a tutt’altro settore.

Non si comprende per quale ragione il 2° co. dell’art. 733-bis c.p. non sia stato collocato nella sua sede naturale, e cioè nell’art. 727-bis c.p., specificando, senza alcuna necessità di rinvii, che “per specie animali o vegetali selvatiche protette si intendono quelle indicate nell’alle-

gato IV della direttiva 92/43/CE e nell'allegato I della direttiva 2009/147/CE"²⁵.

Ma, al di questo, il rinvio agli allegati non risolve tutti i problemi per l'uso di un linguaggio esclusivamente tecnico-scientifico; basti leggere la 'lista' che compone l'allegato appena richiamato²⁶. All'elencazione, vanno aggiunte, per espressa affermazione del legislatore comunitario "le piante di cui all'allegato IV e tutte le specie vegetali elencate all'allegato II" (e, dunque, altre centinaia di specie vegetali), sempre indicate con i loro nomi fitologici. Anche esperti zoologi e qualificati professionisti di fisiologia vegetale rischiano di andare in difficoltà nell'opera di identificazione, all'interno di una così numerosa elencazione di specie e sottospecie.

Il comportamento dell'agente, di uccidere, catturare o detenere esemplari appartenenti ad una specie animale selvatica protetta, diventa penalmente rilevante se il fatto, fuori dei casi consentiti, non costituisca più grave reato e "salvo i casi in cui l'azione riguardi una quantità trascurabile di tali esemplari e abbia un impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie".

L'aggettivo 'trascurabile' – quale sinonimo di esiguo, inapprezzabile, insignificante, irrilevante, irrisorio, marginale – assurge nel contesto della fattispecie incriminatrice a parametro che per essere pienamente colto richiede, necessariamente, la conoscenza dell'entità della specie animale selvatica protetta. Si tratta, in altre parole, di un termine di relazione la cui esatta portata non può essere individuata senza conoscere prima l'altro criterio di paragone, e cioè la grandezza della specie animale selvatica protetta. Di modo che l'uccisione di dieci esemplari di una specie animale selvatica protetta diventa 'quantità' irrisoria se la specie consta di milioni e milioni di elementi, perché uccidere dieci esemplari su svariati milioni asseconda anche l'altra condizione richiesta dalla fattispecie incriminatrice – con la congiunzione 'e' – vale a dire un "impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie".

La nuova fattispecie appare destinata, infine, a ricoprire un ristretto ambito applicativo se solo si riflette sulla clausola di riserva 'salvo che il fatto costituisca più grave reato' che apre la disposizione. La clausola di salvezza – a fronte di una contravvenzione – restringe fortemente la portata della disposizione essendo, ad esempio, fattispecie più gravi e dunque applicabili in via preferenziale rispetto all'art. 727-*bis* c.p. quelle previste dall'art. 544-*bis* c.p. (Uccisione di animali), dall'art. 30 comma 1 lett. b) legge 157/1992 (cattura e detenzione di animali protetti) nonché dall'art. 1 comma 2 lett. f) legge 150/1992 (detenzione di esemplari appartenenti alle specie previste dal regolamento CE n. 338/1997 in assenza della prescritta documentazione)²⁷. Non è mancato chi ha rilevato che l'applicazione dell'art. 727-*bis* c.p. sembra dunque riservato "solo all'uccisione colposa di animali fuori dell'ambito dell'attività di caccia"²⁸.

Altro limite si rinviene considerando il dato per cui la tutela penale risulta accordata, esclusivamente, alle specie animali o vegetali selvatiche protette di cui agli allegati alle direttive 92/43/CEE e 2009/147/CE.

Ed ancora, non bisogna dimenticare che l'art. 727-*bis* c.p. trova applicazione solo fuori dai casi in cui le condotte ivi contemplate siano consentite dalla legge: è questo il caso, ad esempio, delle ipotesi previste dalla direttiva 92/43/CE al fine di proteggere la fauna e la flora selvatica e conservare gli *habitat* naturali; di prevenire danni a colture, boschi, allevamenti, patrimonio ittico, acque e altre forme di proprietà; di agire per scopi didattici e di ricerca; di consentire, su base selettiva ed in misura limitata, la cattura o la detenzione di un limitato numero di esem-

²⁵ Il legislatore, ripercorrendo metodologie già sperimentate proprio all'interno del cd. diritto penale complementare, affida ad atti esterni alla fattispecie incriminatrice il compito di integrare le singole figure criminose: è la tecnica del rinvio o, più precisamente – data la conformazione dell'intera disciplina frammentata in numerose norme e testi di legge diversi, integrati, a loro volta, da direttive, allegati, tabelle, indici, regolamenti, atti, prescrizioni ed ingiunzioni varie – del "rinvio a catena". Per una critica alla tecnica del rinvio "a catena" o *in blocco*, cfr. le lucide riflessioni svolte in passato da G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, p. 699 ss.; G. FLORA, *Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale*. Vol. I, *Il sistema della parte speciale*, Padova 1998, p. 54; in precedenza già L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, Milano 1965, I, p. 373 ss.

²⁶ Infatti, solo al fine di comprendere di cosa si parla, ci sia consentito qualche esempio; nella categoria 'insectivora' vengono richiamate le seguenti specie: *Erinaceidae*, *Erinaceus algirus*, *Soricidae* *Crocidura canariensis*, *Crocidura sicula*, *Talpidae*, *Galemys pyrenaicus*; tra i microchiroteri: *Pteropodidae*, *Roussettus aegyptiacus*; nella famiglia dei *Gasteropodi* vengono indicati i seguenti sottordini: *Anisus vorticulus*, *Caseolus calculus*, *Caseolus commixta*, *Caseolus sphaerula*, *Chilostoma banaticum*, *Discula leacockiana*, *Discula tabellata*, *Discula testudinalis*, *Discula turricula*, *Discus defloratus*, *Discus guerinianus*, *Elona quimperiana*, *Geomalacus maculosus*, *Geomitra moniziana*, *Gibbula nivosa*, *Hygromia kovacsii*, *Idiomela (Helix) subplicata*, *Lampedusa imitatrix*, *Lampedusa melitensis*, *Leiostyla abbreviata*, *Leiostyla cassida*, *Leiostyla corneo costata*, *Leiostyla gibba*, *Leiostyla lamellosa*, *Paladilbia hungarica*, *Patella feruginea*, *Sadleriana pannonica*, *Theodoxus prevostianus*, *Theodoxus transversalis*. Si tratta solo di alcuni esempi estrapolati da circa 400 specie.

²⁷ Cfr. V. PLANTAMURA, *Responsabilità individuali e degli enti*, cit., p. 491; G. CASARTELLI, *La responsabilità degli enti per i reati ambientali*, cit.

²⁸ Così, C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento*, cit. p. 3.

plari oggetto di tutela; di tutelare la sanità e la sicurezza pubblica o per altri motivi di rilevante interesse pubblico²⁹.

4. (segue) e dell'art. 733-bis c.p.

Questioni non meno rilevanti presenta l'altra fattispecie introdotta dal d.lgs. n. 121/11; anche in questo caso la norma si caratterizza per marcati profili di indeterminazione con particolare riferimento all'individuazione della condotta punibile.

La contravvenzione descritta nell'art. 733-bis c.p., che si apre con la clausola di riserva 'fuori dei casi consentiti', punisce colui che "distrugge un habitat all'interno di un sito protetto" o colui che "comunque lo deteriora compromettendone lo stato di conservazione".

La condotta punita si articola su due momenti alternativi: la 'distruzione di un habitat' o il 'deterioramento' di una tale rilevanza da comprometterne lo stato di conservazione.

Preliminarmente, quindi, il destinatario della norma deve farsi carico di conoscere cosa s'intenda con la locuzione '*habitat* all'interno di un sito protetto'. Sotto questo profilo il legislatore, nonostante il richiamo nel terzo comma dell'art. 733-bis c.p., si è limitato a traslare nell'ordinamento interno quanto previsto dalle direttive 92/43 CEE (relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, cd. direttiva *habitat*) e 2009/147/CE concernente la conservazione degli uccelli selvatici.

La direttiva 92/43/CEE definisce, in primo luogo, gli *habitat* naturali come le zone terrestri o acquatiche che si distinguono in base alle loro caratteristiche geografiche, abiotiche e biotiche, interamente naturali o seminaturali; l'*habitat* di una specie animale corrisponde, invece, all'ambiente definito da fattori abiotici e biotici specifici in cui vive la specie in una delle fasi del suo ciclo biologico.

Discende, dalle due direttive richiamate, che *habitat* all'interno di un sito protetto individua qualsiasi *habitat* di specie per le quali una zona sia classificata come zona a tutela speciale a norma dell'art. 4, paragrafi 1 o 2, della direttiva 2009/147/CE³⁰ o qualunque sito naturale o un *habitat* di specie per cui un sito sia designato come zona speciale di conservazione a norma dell'art. 4, paragrafo 4, della direttiva 92/43 CEE³¹.

E' facile cogliere come una tale tecnica di normazione finisca per scaricare sul destinatario della norma l'improbabile compito di conoscenza, che forse solo l'intervento di qualche aruspice potrebbe realmente assolvere.

L'art. 733-bis c.p. presenta, ancora, un riferimento altrettanto vago allo "stato di conservazione", ed anche in questo caso per comprendere il senso della locuzione occorre far riferimento ai provvedimenti del legislatore sovranazionale.

L'art. 1 lett. a) della direttiva 92/43 CE stabilisce, infatti, che per 'conservazione' s'intende un "complesso di misure necessarie per mantenere o ripristinare gli habitat naturali e le popolazioni di specie di fauna e flora selvatiche in uno stato soddisfacente ai sensi delle lettere e) e i)". La lett. e) stabilisce lo 'stato di conservazione' di un habitat naturale individuandolo con: "l'effetto della somma dei fattori che influiscono sull'*habitat* naturale in causa, nonché sulle

²⁹ In tal senso cfr. G. CASARTELLI, *La responsabilità degli enti per i reati ambientali*, cit.

³⁰ L'art. 4, paragrafi 1 o 2, della direttiva 2009/147/CE così dispone: 1. Per le specie elencate nell'allegato I sono previste misure speciali di conservazione per quanto riguarda l'*habitat*, per garantire la sopravvivenza e la riproduzione di dette specie nella loro area di distribuzione. A tal fine si tiene conto: a) delle specie minacciate di sparizione; b) delle specie che possono essere danneggiate da talune modifiche del loro habitat; c) delle specie considerate rare in quanto la loro popolazione è scarsa o la loro ripartizione locale è limitata; d) di altre specie che richiedono una particolare attenzione per la specificità del loro habitat. Per effettuare le valutazioni si terrà conto delle tendenze e delle variazioni dei livelli di popolazione. Gli Stati membri classificano in particolare come zone di protezione speciale i territori più idonei in numero e in superficie alla conservazione di tali specie nella zona geografica marittima e terrestre a cui si applica la presente direttiva. 2. Gli Stati membri adottano misure analoghe per le specie migratrici non menzionate all'allegato I che ritornano regolarmente, tenuto conto delle esigenze di protezione nella zona geografica marittima e terrestre a cui si applica la presente direttiva per quanto riguarda le aree di riproduzione, di muta e di svernamento e le zone in cui si trovano le stazioni lungo le rotte di migrazione. A tale scopo, gli Stati membri attribuiscono un'importanza particolare alla protezione delle zone umide e specialmente delle zone d'importanza internazionale alla protezione delle zone umide e specialmente delle zone d'importanza internazionale.

³¹ Il paragrafo 4 dell'art. 4 così reca: "Quando un sito di importanza comunitaria è stato scelto a norma della procedura di cui al paragrafo 2, lo Stato membro interessato designa tale sito come zona speciale di conservazione il più rapidamente possibile e entro un termine massimo di sei anni, stabilendo le priorità in funzione dell'importanza dei siti per il mantenimento o il ripristino, in uno stato di conservazione soddisfacente, di uno o più tipi di habitat naturali di cui all'allegato I o di una o più specie di cui all'allegato II e per la coerenza di Natura 2000, nonché alla luce dei rischi di degrado e di distruzione che incombono su detti siti".

specie tipiche che in esso si trovano, che possono alterare a lunga scadenza la sua ripartizione naturale, la sua struttura e le sue funzioni, nonché la sopravvivenza delle sue specie tipiche nel territorio”.

Il riferimento al ‘complesso di misure necessarie per mantenere o ripristinare gli *habitat* naturali e le popolazioni di specie di fauna e flora selvatiche in uno stato soddisfacente’ implica, com’è stato evidenziato, **un concetto di “conservazione” inteso, dal legislatore comunitario, non come un concetto statico bensì come un agire³², e tutto ciò rende certamente più difficoltoso l’inquadramento della condotta punibile.**

Ai fini della configurabilità della nuova contravvenzione di cui all’art. 733-bis c.p. è richiesta la distruzione di un *habitat*; il verbo ‘distruggere’ richiama, com’è noto, l’idea di un grave danneggiamento, meglio, di un annientamento di qualcosa, e può essere letto come sinonimo di demolizione o devastazione.

Il rischio è quello di trovarsi di fronte ad eventi indimostrabili, perché una condotta in grado di devastare un determinato *habitat* fino ad annientarlo o distruggerlo totalmente appare difficilmente verificabile. Per altro versi, questa tipologia di macro-eventi, da cui discende un danno di enormi o incalcolabili dimensioni, risulta sanzionata in modo irrisorio con l’arresto fino a 18 mesi o, addirittura, con una semplice ammenda(!), a tacere dell’arduo riscontro sul piano probatorio.

Ancora più difficoltosa è l’accertabilità di un deterioramento di tale consistenza da compromettere lo stato di conservazione di un dato *habitat*.

5.

Verso l’inutilizzabilità delle nuove fattispecie?

Le fattispecie contravvenzionali di recente conio presentano, come si anticipava, vistose aporie sotto il profilo della mancata rispondenza al principio di tassatività-determinatezza dell’illecito penale.

Senza richiamare le tante implicazioni che discendono dal principio di tassatività dell’illecito penale, è appena il caso di porre in risalto due aspetti di fondamentale rilevanza: secondo le anticipazioni già avanzate da autorevole dottrina, il primo è che esso rappresenta una delle acquisizioni fondamentali della cultura dello stato di diritto nel senso che in un sistema codificato la caratteristica essenziale è data proprio dal rispetto della legalità e, quindi, dalla precisione delle sue disposizioni; il secondo scaturisce dalla considerazione che la rilevanza del principio di tassatività/determinatezza scontata in dottrina e sul piano dei principi fondamentali, “non ha trovato adeguato riscontro nella concreta produzione legislativa; sin da quando, con Beccaria e Filangieri, la sua significatività per un sistema penale vicino alle ragioni dell’uomo si rivelò con un’evidenza palmare e fu universalmente riconosciuta, dallo stesso momento è possibile affermare che le sue concrete implicazioni furono in maniera pressoché costante disattese³³. Anche le recenti fattispecie finiscono per uniformarsi a quel *trend* che connota la legislazione penale orientandola verso un diritto penale dell’indeterminatezza.

Tutto ciò appare difficilmente giustificabile se si riflette sul fondamentale apporto fornito dalla Corte Costituzionale in ordine alla corretta portata del principio di tassatività-determinatezza, con la storica decisione in materia di plagio (sent. n. 96/1981).

Ed invero, nel dichiarare incostituzionale l’art. 603 c.p., il ‘giudice delle leggi’, è noto, pone, limpidamente, in risalto il ruolo del principio di tassatività dell’illecito penale rimarcando come “onere della legge penale sia quello di determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l’interprete, nel ricondurre un’ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile. Tale onere – aggiunge la Corte – richiede una descrizione della fattispecie astratta sia pure attraverso espressioni indicative o di valore (decisioni nn. 21/1961 e 191/1970) e risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiono verificabili”.

E’ facile cogliere, per le considerazioni precedentemente svolte, come tutto ciò manchi

³² Cfr. S. RUBERTI, *La distruzione o il deterioramento di habitat in sito naturale protetto: la tutela penale tra rilievi comunitari e deficit di offensività*, in <http://www.ambientediritto.it>.

³³ Cfr. S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’*, cit. p. 11.

nelle fattispecie di cui agli artt. 727-*bis* e 733-*bis* c.p., da cui discende, inoltre, una logica violazione del principio costituzionale disciplinato nell'art. 25.

Anche sul punto può essere richiamata la sentenza in tema di plagio, ove è dato leggere che, con specifico riferimento all'art. 25 della Costituzione, è stato più volte ripetuto che a base del principio invocato sta in primo luogo l'intento di evitare arbitri nell'applicazione di misure limitative di quel bene sommo ed inviolabile costituito dalla libertà personale. "Ritiene quindi la Corte che, per effetto di tale principio, onere della legge penale sia quello di determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile". E, aggiunge la Corte, implicito e ulteriore sviluppo dei concetti ai quali la giurisprudenza costituzionale si è ispirata comporta che, se un simile accertamento difetta, l'impiego di espressioni intelleggibili non sia più idoneo ad adempiere all'onere di determinare la fattispecie in modo da assicurare una corrispondenza fra fatto storico che concretizza un determinato illecito e il relativo modello astratto. Ogni giudizio di conformità del caso concreto a norme di questo tipo implicherebbe un'opzione aprioristica e perciò arbitraria in ordine alla realizzazione dell'evento o al nesso di causalità fra questo e gli atti diretti a porlo in essere, frutto di analoga opzione operata dal legislatore sull'esistenza e sulla verificabilità del fenomeno. Pertanto, "nella dizione dell'art. 25 che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà".

Nel caso delle fattispecie di cui agli artt. 727-*bis* e 733-*bis* c.p. l'evento si sottrae a quella verificabilità empirica richiesta dalla Corte costituzionale, per testare la determinatezza della fattispecie incriminatrice³⁴.

Nella stessa ottica può essere richiamata l'altrettanto 'storica' sentenza in materia di *error juris* (n. 364/88).

Anche in questo caso solo qualche riferimento al ragionamento esplicitato dei giudici costituzionali, trattandosi di riflessioni ben note, che ci aiutano, però, a fugare ogni dubbio sull'esatta portata del principio di tassatività-determinatezza dell'illecito penale.

Nella decisione n. 364/88, i giudici dopo aver premesso che "l'assoluta, illuministica certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito", richiamano il ruolo da riconoscere agli artt. 2 e 3 Cost. per i quali la Repubblica s'impegna a garantire i diritti inviolabili ed il pieno sviluppo della persona ed a rimuovere gli ostacoli che a tale sviluppo si frappongono. L'eventuale contrasto con le norme appena evocate comporta che: "Qualora i limiti fra il lecito e l'illecito non fossero chiaramente delineati, l'ordinamento, anziché rimuovere i predetti ostacoli, ne costituirebbe esso stesso un esempio vistoso". E, infine: "Nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento".

Nella stessa ottica può essere richiamata un'altra decisione della Corte Costituzionale secondo cui: "Occorre, anzitutto, ricordare che questa Corte ha riconosciuto (sentenze n. 27 del 1961, n. 120 del 1963, n. 44 del 1964, n. 7 del 1965) che il principio di legalità si attua non soltanto con la rigorosa e tassativa descrizione di una fattispecie, ma, in talune ipotesi, con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta lo abbia, o meno, violato" (sent. n. 191/70).

Alla luce delle limpide affermazioni svolte dalla Corte costituzionale, non si comprende l'ostracismo del legislatore nel ravvisare l'esatto ruolo che il principio di tassatività-determinatezza dell'illecito penale è chiamato a svolgere, in un sistema penale come quello nostro di derivazione costituzionale.

Eppure, il corretto funzionamento del sistema penale 'obbliga' il legislatore ad emanare norme in linea con le implicazioni costituzionali e, dunque, a predisporre fattispecie in grado di far proprie le esigenze di chiarezza e precisione secondo quanto previsto dagli artt. 13 co. 2, 25 co. 2 e 3, 27 co. 1 cost.

In altri termini, quando la prescrizione prevede, per la sua infrazione, come naturale con-

³⁴ In tal senso, seppur con riferimento alla disposizione di cui all'art. 612-*bis* c.p., A. MANNA, *Il nuovo delitto di atti persecutori e la sua conformità ai principi costituzionali*, in AA.Vv., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Torino, 2010, p. 469 ss.

seguenza una misura limitativa di diritti fondamentali inviolabili (art. 13 Cost.) sorge l'obbligo per colui che emette il divieto quanto meno di redigerlo nel modo più chiaro possibile; evitando il ricorso a concetti estremamente farraginosi e complessi e, quindi, evitando di trasportare sul terreno penalistico la tecnica normativa propria di altre scienze e nel caso di specie delle scienze naturali.

Ancora, il principio di tassatività-determinatezza si pone come momento essenziale nella strutturazione dell'illecito e interagisce con tutte le categorie dommatiche del reato; d'altro canto, non meno rilevanti sono i riflessi in tema di funzione della pena³⁵ e sul piano processuale. Con la fattispecie di cui agli artt. 727-*bis* e 733-*bis* c.p., siamo ben lontani dall'impostazione feuerbachiana – di estrema attualità nonostante gli oltre due secoli trascorsi – secondo cui il legislatore non può sottoporre a pena ciò che in concreto non può essere completamente provato³⁶.

Del resto, norme indeterminate, connotate dalla rarefazione del sostrato empirico-materiale, dalla sovrabbondanza di elementi normativo-valutativi a forte pregnanza simbolica, finiscono per limitare le possibilità probatorie dell'accusato, con conseguente violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. Maggiormente quando sull'intero accadimento e sul connesso accertamento 'alleggia' il principio del libero convincimento del giudice; "assioma potente, magico in varie accezioni del vocabolo. Di penetrante, indicibile intensità, indecomponibile già in sé è l'atto evocato, il convincersi, *judicare in facto*, 'decidere', che spesso ritorna 'con le vesti di principio di conservazione; di non dispersione del sapere; d'irrinunciabili, superiori scopi; di principio della difesa sociale; di indefettibilità del potere punitivo; di funzione conoscitiva del processo e simili"³⁷.

Alla luce delle succinte considerazioni appena svolte si ricava la completa inconcludenza delle nuove fattispecie di cui agli artt. 727-*bis* e 733-*bis* c.p. Si tratta di nuove incriminazioni destinate alla completa disapplicazione che finiscono solo per appesantire, inutilmente, il sistema. Sotto quest'ultimo profilo, non vanno sottaciuti i rischi connessi al sovrabbondante numero di leggi e, spesso, alla farraginosità delle stesse, con l'unico risultato di sovraccaricare, inopportuno, il sistema rendendolo una sorta di ginepraio inestricabile; diceva in proposito Francesco Mario PAGANO: "Vuoi conoscere se un popolo sia ancor cinto dalle tenebre della barbarie, o se già sollevi gli occhi al lume della politezza e civiltà? Apri il codice delle sue leggi. Se questo sia troppo ampio o diffuso, se le leggi sue sian particolari e molte, abbi per certo che quella nazione è barbara, e molto cammino a compir le rimane a giugnere alla splendida meta della sua cultura. Ma se poche e brevi universali leggi formano un piccolo codice, beata e felice di già gode il sereno giorno della civile perfezione"³⁸.

Il sistema penale, di derivazione costituzionale, non consente 'sgangherate letture' del principio di legalità del reato e delle pene. Il sacrificio dei principi fondamentali, già di per sé ingiustificabile, non trova appigli nemmeno sul piano dei risultati; troppo facile immaginare, nonostante il contributo, verosimilmente, oscillante della prassi, il conseguimento di effetti marginali nell'azione di contrasto ai comportamenti in danno dell'ambiente, proprio perché le nuove fattispecie incriminatrici, disegnate dagli artt. 727-*bis* e 733-*bis* c.p., strutturandosi su eventi indimostrabili, sono destinate alla disapplicazione, a fronte dei sicuri danni per la credibilità del sistema.

³⁵ Più in generale sul punto cfr. E. BELING, *Il significato del principio "nulla poena sine legge poenali" nella determinazione dei concetti fondamentali del diritto penale*, in *Giust. pen.* 1931, p. 319 ss.

³⁶ Cfr. A.V. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinliche Rechts, I Teil*, Erfurt, 1799.

³⁷ Negli stessi termini, limpidamente, M. NOBILI, *Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2003, 1-2, p. 71 ss.

³⁸ Cfr. M. PAGANO, *Saggi politici. De' principii, progressi e decadenza della società (1791-1792)*, a cura di L. FIRPO-L. SALVETTI FIRPO, Napoli 1993, p. 283.

PRIME APERTURE INTERPRETATIVE A FRONTE DELLA SUPPOSTA LIMITAZIONE DELLA BALDUZZI AL SOLO PROFILO DELL'IMPERIZIA

*Nota a Corte di Cassazione, Sez. IV, 9 ottobre 2014 (dep. 17 novembre 2014), n. 47289,
Est. Blaiotta, Imp. Stefanetti*

Alessandro Roiati

ABSTRACT

Secondo un consolidato *leit motiv* giurisprudenziale la sfera applicativa della legge Balduzzi sarebbe circoscritta alle sole ipotesi di colpa per imperizia. L'introduzione di questo ulteriore filtro selettivo in realtà non trova alcun appiglio normativo nel dato testuale e, per un verso sembra risentire dell'annoso dibattito sorto in relazione all'art. 2236 c.c., per l'altro si fonda sull'avvertita istanza di non configurare un'area di ingiustificato privilegio in favore del sanitario.

La sentenza in commento si segnala all'attenzione dell'interprete in quanto contiene una prima apertura al profilo della diligenza, là dove si ritiene auspicabile che la distinzione in questione, particolarmente aleatoria, non venga considerata dirimente in ordine al già ristretto ambito di applicazione dell'art. 3 l. 8 novembre 2012 n. 189.

SOMMARIO

1. La fattispecie in esame e la prudente apertura al parametro della diligenza in riferimento alla normativa di cui all'art. 3 l. 8 novembre 2012 n. 189. – 2. La supposta inapplicabilità della legge Balduzzi alle ipotesi di negligenza e imprudenza. – 3. Gli argomenti contrari alla necessità di una distinzione tra l'ambito della perizia e quello della negligenza/imprudenza. – 4. Il caso di specie e le incertezze interpretative in merito alla qualificazione della condotta colposa. – 5. Dall'apertura al profilo della diligenza all'incerto destino dell'imprudenza. – 6. L'arroccamento giurisprudenziale sull'imperizia tra istanze di parità di trattamento e medicina difensiva.

1. La fattispecie in esame e la prudente apertura al parametro della diligenza in riferimento alla normativa di cui all'art. 3 l. 8 novembre 2012 n. 189.

La sentenza in commento trae origine da un intervento di isterectomia per via laparoscopica, nel corso del quale veniva leso l'uretere con conseguente indebolimento permanente della parete addominale e della funzione renale.

In primo grado venivano individuati due profili di colpa in ordine al reato di cui all'art. 590 c.p., uno connesso all'erronea sutura vaginale, l'altro afferente alla mancanza di un controllo post-operatorio della condizione della paziente attraverso una cistoscopia. Il giudice d'appello ha invece ritenuto sussistenti profili colposi solo in relazione all'esecuzione dell'atto chirurgico ed all'inidonea gestione dello strumento laparoscopico, avvenuta operando in maniera maldestra la pinzatrice, oppure manovrando in modo malaccorto l'elettrocoagulatore. E' stato altresì ritenuto non applicabile l'art. 3 l. 8 novembre 2012 n. 189, in quanto la limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave sarebbe circoscritta a prestazioni che presentino speciali difficoltà tecniche e comunque al solo ambito della perizia.

La Suprema corte ha annullato la sentenza in questione, sia in considerazione dell'intervenuta prescrizione¹, sia in riferimento alle statuizioni civili, con rinvio davanti al giudice civile in grado di appello competente per valore.

In particolare la Cassazione, per un verso ha ritenuto senz'altro accertata la presenza di una condotta colposa, per l'altro ha censurato la supposta inapplicabilità dell'art. dell'art. 3, comma 1, legge 8 novembre 2012, n. 189, al caso di specie, in quanto la valutazione della condotta in questione atterrebbe alla sfera di perizia del terapeuta, a ciò aggiungendo che la nuova normativa non può essere ritenuta applicabile esclusivamente in riferimento ai casi di speciale difficoltà.

Al riguardo, gli stessi giudici di legittimità hanno considerato opportuno precisare che, per quanto tale disciplina trovi il suo terreno d'elezione nell'ambito della perizia, "non può tuttavia escludersi che le linee guida pongano regole rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza; come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera dell'accuratezza di compiti magari non particolarmente qualificanti, che quella della adeguatezza professionale".

2. La supposta inapplicabilità della legge Balduzzi alle ipotesi di negligenza e imprudenza.

Sul carattere per lo più oscuro e largamente impreciso della normativa in questione si sono ormai ampiamente espresse sia la dottrina che la giurisprudenza², tanto che quest'ultima, nella

¹ Sui rapporti tra colpa medica e prescrizione cfr. in particolare MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia* 2008, 189 ss.; si consenta inoltre il rinvio a ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in questa *Rivista*, 4, 2013, 99 ss..

² In dottrina, senza pretese di esaustività, cfr. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal cd. Decreto Balduzzi*, in questa *Rivista*, 4, 2013, 51 ss.; CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, in *Dir. pen. Cont.*, 10 dicembre 2014; CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione del decreto sanità)*, in *Arch. pen.*, 2013, 1 ss.; DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 2014, 1 ss.; GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il "Decreto Balduzzi"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 822 ss.; DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, cd. "Balduzzi"). Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 833 ss.; FIORI-MARCHETTI, *L'articolo 3 della Legge Balduzzi n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 564 ss.; MANNA, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2013, 1-2, 91 ss.; PAVICH, *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica: rilievi all'art. 3 legge n. 189 del 2012*, in *Cass. pen.*, 2013, 902 ss.; PIRAS, *In culpa sine culpa*, in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2012; POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in questa *Rivista*, 4, 2013, 86 ss.; PULITANO, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, in questa *Rivista*, 4, 2013, 73 ss.; RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico: è vera imperizia?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 426 ss.; RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 191 ss.; ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 218 ss.; VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 276 ss.; VALLINI, *L'art. 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 735 ss.; VALLINI, *L'art. 3, 1° comma, della legge Balduzzi: reazioni, applicazioni, interpretazioni*, in *Giur. it.*, 2014, 2057 ss..

ben nota sentenza Cantore³, si è sin da subito preoccupata di fissare talune coordinate interpretative di principio atte a colmare le lacune definitorie e, al contempo, ad orientare l'interprete in riferimento a molteplici questioni, individuate in particolare nella valorizzazione delle linee guida e delle pratiche terapeutiche corroborate dal sapere scientifico e nella distinzione tra colpa lieve e colpa grave.

Al riguardo i giudici di legittimità, oltre a ribadire che il rilievo probatorio delle linee guida "è indubbio ma non esaustivo e la loro applicazione non può essere meccanicistica", in quanto l'osservanza delle linee guida, di per sé, non esclude la responsabilità del medico, si sono a lungo soffermati in merito alla distinzione tra colpa lieve e colpa grave, ritenendo di trovarsi di fronte ad una "sfumata zona grigia", in considerazione dell'assenza di indicazioni da parte del legislatore⁴.

Al contempo, con l'evidente finalità di circoscrivere ulteriormente la sfera applicativa della norma alle sole situazioni qualificate dal peculiare contesto sanitario, si è ritenuto che la limitazione in questione dovesse trovare il suo "terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia"⁵.

Detto inciso, che ad una prima lettura sarebbe potuto sembrare meramente indicativo e non dirimente, ha invece trovato pedissequa applicazione nella giurisprudenza successiva⁶, sia di legittimità che di merito, con ciò dando ingresso ad un ulteriore requisito per l'applicazione della cd. legge Balduzzi, che ha portato a precludere aprioristicamente le valutazioni sottese a detta normativa in tutti i casi afferenti a condotte colpose caratterizzate da negligenza o imprudenza. Ne deriva che la distinzione, lungi dall'assumere un rilievo meramente classificatorio, finisce per costituire un primo filtro di selezione delle condotte suscettibili nell'ambito di applicazione dell'art. 3 l. 8 novembre 2012 n. 189, come icasticamente rappresentato dal caso di specie, in cui la corte d'appello non ha nemmeno considerato l'eventuale esistenza di linee guida o buone pratiche, ritenendo tale valutazione preclusa in presenza di una condotta reputata non riconducibile all'ambito della perizia, né caratterizzata dalla presenza di speciali difficoltà tecniche.

3. Gli argomenti contrari alla necessità di una distinzione tra l'ambito della perizia e quello della negligenza/imprudenza.

La limitazione della legge Balduzzi alle sole ipotesi di imperizia già in prima battuta era parsa tutt'altro che convincente⁷, e proprio l'analisi della casistica di riferimento sembra con-

³ Cfr. Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, con nota di CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2013; S. GROSSO, *Grado della colpa e linee guida: una ventata d'aria fresca nella valutazione della colpa medica*, in *Cass. pen.*, 2014, 1670 ss.; PROVERA, *"Residuo di colpa" nell'ipotesi di condotta del medico tenuta in ossequio alle linee-guida. Il "paradosso" della colpa in azione perita*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1419 ss.; RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 691 ss.; ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, cit.

⁴ In particolare, sempre nella cd. sentenza Cantore, la Cassazione ha orientato l'indagine in primo luogo sulle acquisizioni già consolidate in tema di gravità della colpa, con particolare riguardo al giudizio imposto dall'art. 133 c.p., anche se di per sé privo di specifiche indicazioni, ed al combinato disposto degli artt. 43 e 61 n. 3 c.p., che configurano "la colpa cosciente come un grado particolare e non come una autonoma figura di colpa". Trovano menzione quindi i criteri enucleati a tal fine dalla prevalente dottrina, con particolare riferimento alla misura della divergenza tra condotta effettivamente tenuta e condotta normativamente imposta, al profilo soggettivo che riguarda l'agente concreto e che è costituito dal *quantum* di esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari, alla considerazione della "motivazione della condotta" ed alla consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa e, quindi, dalla previsione dell'evento. Nello specifico, afferma la Cassazione "quanto maggiore sarà il distacco dal modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione... apprezzamento basato sulle conoscenze scientifiche ed al contempo marcatamente focalizzato sulle particolarità del caso concreto".

⁵ In dottrina tale conclusione è condivisa da RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica*, cit., 203; IADECOLA, *Brevi note in tema di colpa medica dopo la cd. legge Balduzzi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 549 ss.; PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., 3; BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal cd. Decreto Balduzzi*, cit., 65. Contrari a conferire particolare rilevanza a tale distinzione DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 7, che, tra l'altro, sottolinea l'obsolescenza della tradizionale tripartizione, a fortiori in ambito medico; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014, 178.

⁶ Cfr. in particolare Cass., Sez. IV, 11 marzo 2013, n. 11493, Pagano, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, 691; in *Ced Cass.* n. 254756; Cass., Sez. III, 4 febbraio 2014, n. 5460, Grassini, in *Ced Cass.* n. 258846; Cass., Sez. IV, 19.2.2014, n. 7951, Fiorito, in *Ced Cass.* n. 259333; Cass., Sez. IV, 7 aprile 2014, n. 15495, in *Guida al dir.*, 14 giugno 2014, n. 25, 84 ss.; Cass., Sez. IV, 28 agosto 2014, n. 36347, in *Guida al dir.*, 4 ottobre 2014, n. 40, 29. Tale orientamento è incidentalmente richiamato anche da Corte Costituzionale, ord. 6 dicembre 2013, n. 295, in cui si prende atto di come, secondo le prime pronunce della giurisprudenza di legittimità, la limitazione di responsabilità prevista dalla norma censurata venga in rilievo solo in rapporto all'addebito di imperizia.

⁷ Si consenta il rinvio a ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, cit., 225.

fermare le iniziali perplessità. Molteplici argomenti posso essere adottati per dimostrare il carattere tendenzialmente “arbitrario” di tale limitazione:

- in primo luogo la lettera della norma non opera alcuna distinzione in merito alle forme della colpa, posto che la peculiare valutazione in ordine alla sua “gravità” viene subordinata esclusivamente all’osservanza di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica (*ubi lex voluit, lex dicit*);

- alla stessa conclusione si perviene indagando l’*intentio legis* desumibile dai lavori preparatori e dal travagliato *iter* parlamentare, il quale testimonia come la norma sia transitata quasi accidentalmente dall’ambito civilistico a quello penale ed avesse il precipuo scopo di “determinare casi di esclusione dalla responsabilità per i danni derivanti dall’esercizio della professione sanitaria”⁸;

- la limitazione al profilo dell’imperizia viene dedotta in riferimento alle linee guida, per un verso tralasciando il non marginale ruolo delle prassi accreditate⁹, per l’altro senza considerare che le stesse linee guida possono prevedere regole cautelari improntate a diligenza e/o prudenza (ad es. in tema di dimissioni del paziente, parto cesareo elettivo etc.);

- la distinzione tra diligenza, prudenza e perizia, se da un lato può essere sufficientemente delineata in via teorica, dall’altro risulta di frequente non distinguibile nella prassi, perché questi stessi profili si intersecano e sovrappongono nella dinamicità delle regole cautelari e nei loro molteplici adattamenti alle peculiari esigenze del singolo caso¹⁰. Di conseguenza è la stessa aleatorietà della distinzione a rendere palesemente ingiustificata una diversità di trattamento tanto rilevante¹¹, al punto che la stessa giurisprudenza, in riferimento all’art. 2236 c.c., in più di un’occasione ha finito con l’accoppiare il concetto dell’imperizia con quello di normale

⁸ In questa direzione l’art. 3, comma 1, rubricato come “Responsabilità professionale dell’esercente le professioni sanitarie”, nella sua originaria versione statuiva che “fermo restando il disposto dell’articolo 2236 del codice civile, nell’accertamento della colpa lieve nell’attività dell’esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell’articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell’osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale”. A seguito dell’emanazione del decreto legge in questione però la Commissione Giustizia rilevava che, in relazione al comma 1 dell’articolo 3, “la limitazione della responsabilità civile per danni ai soli casi di dolo e colpa grave nel caso in cui l’esercente la professione sanitaria si sia attenuto, nello svolgimento della propria attività, a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale, appare essere *in contrasto con il principio costituzionale di ragionevolezza*, in quanto per un medesimo fatto un soggetto potrebbe essere penalmente responsabile ma non civilmente rispetto ai danni derivanti dal reato commesso”. Sulla scorta di tali rilievi, accolti in sede di conversione dalla Camera dei Deputati ed in lettura conforme al Senato, veniva approvata la legge 8 novembre 2012, n. 189. In dottrina CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle “linee guida”, tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione del decreto sanità)*, cit., 12, e VALLINI, *L’art. 3, 1° comma, della legge Balduzzi: reazioni, applicazioni, interpretazioni*, cit., 2060, sottolineano come l’intero provvedimento legislativo sia ispirato da un progetto di *spending review*, volto tra l’altro ad agevolare il ricorso alla copertura assicurativa da parte del personale sanitario, come si evince dalla stessa collocazione topografica del comma 1, art. 3 legge 8 novembre 2012, n. 189 e dalla sua correlazione funzionale con i commi successivi.

⁹ Nonostante gli sforzi profusi dalla dottrina il concetto di buone pratiche rimane per lo più oscuro, per quanto prevalga la tesi secondo cui linee guida e prassi accreditate non possano essere considerate come un’endiadi, in quanto rispettivamente contraddistinte da specifici aspetti contenutistici. Al riguardo si consideri che il Ministero della salute ha istituito presso l’Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali l’Osservatorio buone pratiche per la sicurezza del paziente, la cui funzione consiste nel favorire il trasferimento delle esperienze facilitando l’accesso alle informazioni, sostenendo lo scambio di conoscenze e promuovendo l’integrazione e tra le Regioni, le Organizzazioni Sanitarie e i professionisti. Di recente la Cassazione, Sez. V, 10 gennaio 2014, n. 660, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 421 ss, con nota di RISICATO, *La Cassazione identifica un’ipotesi di colpa “non lieve” del medico: è vera imperizia?*, in riferimento ad una fattispecie in cui il sanitario aveva optato per l’induzione farmacologica al parto in alternativa ad un parto cesareo già programmato come intervento urgente, in una situazione nella quale la paziente era giunta alla trentasettesima settimana di gravidanza ed il feto era già maturo, si è espressa proprio sulla mancata conformità di detta condotta a buone pratiche, negando che la condotta ascritta all’imputato potesse essere ritenuta connotata da colpa lieve. Nel commento l’Autrice rileva altresì come per “buone pratiche” s’intendono regole procedurali volte a evitare che l’evento lesivo si verifichi a causa di negligenza o imprudenza.

¹⁰ Al riguardo in maniera inequivocabile già M. GALLO, *Colpa penale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 641. Nello specifico della colpa medica cfr. SIRACUSANO, *Ancora sulla responsabilità colposa del medico: analisi della giurisprudenza sulla forma e i gradi della colpa*, in *Cass. pen.*, 1997, 2910; FIORI-MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 2009, 5 ss., a parere dei quali è spesso difficile distinguere quando una condotta inadeguata derivi da intrinseca incapacità tecnica del professionista e quando, invece, da negligenza o imprudenza di un medico pur adeguatamente esperto.

¹¹ Nella manualistica più autorevole si evidenzia come la differenza tra le qualifiche normative in questione non vada sopravvalutata, in quanto ciò che conta è che si riesca ad individuare la regola di condotta violata in concreto e la cui osservanza avrebbe scongiurato l’evento. Inoltre si sottolinea come l’imperizia costituisca un difetto di diligenza riferita ad un settore professionale e consiste in una forma di imprudenza o di negligenza in relazione ad attività che richiedono particolari conoscenze. Al riguardo cfr., in particolare, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2014, 549 ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, 280; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 313. Sul punto inoltre CASTRONUOVO, *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 515.

prudenza o comune diligenza¹²;

- il richiamo all'imperizia risente infine chiaramente dell'annoso dibattito sviluppatosi in merito alla possibilità o meno di estendere in ambito penale la limitazione di cui all'art. 2236 c.c., senza tenere in adeguata considerazione che il noto dettato della Corte Costituzionale, secondo cui la limitazione della responsabilità medica non riguarderebbe tutte le componenti della colpa, ma andrebbe circoscritta al *profilo della perizia*¹³, ha potuto contare sull'espresso riferimento letterale alla "soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà"¹⁴. Al contrario, come la stessa sentenza in commento espressamente riconosce, "la nuova normativa non può essere ritenuta applicabile esclusivamente in riferimento ai casi di speciale difficoltà", proprio in virtù dell'assenza di un apiglio testuale su cui fondare tale conclusione.

Si consideri inoltre che, nonostante l'autorevole indicazione proveniente dalla Corte Costituzionale, la successiva giurisprudenza, come noto, ha sostenuto a più riprese la necessità di accertare la colpa professionale medica "non in base alle norme civilistiche sull'inadempimento nell'esecuzione del rapporto contrattuale, ma a quelle penali"¹⁵, in quanto "l'applicazione dell'art. 2236 c.c. non può avvenire con interpretazione analogica"¹⁶. Ed a ciò si aggiunga che la stessa definizione codicistica del delitto colposo equipara le diverse forme di colpa senza attribuire alla loro distinzione alcuna rilevanza pratica, tanto che nella prassi la contestazione della colpa rimane per lo più generica, convertendosi in una sorta di clausola generale integrabile da qualsiasi inosservanza di regole cautelari astrattamente collegabili all'evento¹⁷.

¹² Cfr. Cass., Sez. IV, 11 aprile 1987, in *Riv. pen.*, 1988, 202; Cass., Sez. IV, 8 giugno 1988, n. 6834, in ipotesi di responsabilità del medico per non aver ridotto al minimo i rischi della terapia, prescrivendo farmaci potenzialmente idonei a determinare l'insorgere di intossicazioni acute, con conseguenze sul sistema nervoso centrale o su quello cardiorespiratorio, senza far precedere o accompagnare la somministrazione dagli opportuni accertamenti, dalle necessarie analisi di laboratorio, dalle idonee cautele, configurando in tal modo la colpa sotto il profilo dell'imperizia e, insieme, della mancanza di prudenza o di diligenza, rappresentata dal grado medio di cultura e dalla capacità professionale; più risalente, ma a lungo evocata, Cass., 3 dicembre 1952, in *Arch. Pen.*, 1953, II, 216, secondo cui l'imperizia si risolve in un'imprudenza ed ambedue i concetti si rapportano ad uno stesso criterio giuridico.

¹³ Così Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *Foro it.*, 1974, I, c. 19, secondo cui il dettato di cui all'art. 2236 c.c., costituisce il "riflesso di una normativa dettata a fronte di due opposte esigenze: quella di non mortificare troppo l'iniziativa del professionista e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso".

¹⁴ In questa direzione cfr. in particolare CRESPI, *Medico-chirurgo*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1993, 592, il quale, nel supportare la tesi dell'inammissibilità di un indiscriminato allargamento del limite della colpa grave in ambito penalistico, ha ritenuto opportuno porre l'accento sull'esplicito riferimento legislativo alle "prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà", che giustificerebbe una certa comprensione in sede di giudizio solo laddove la delicatezza e la complessità dell'intervento comportino un aumento dei rischi e delle difficoltà e non in caso di attività sceve da difficoltà di sorta. RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico: è vera imperizia?*, cit., 424, rileva come "la formula linguistica dell'art. 3, comma 1, l. n. 189/2012 sia molto meno chiara di quella dell'art. 2236 c.c., su cui dottrina e giurisprudenza hanno operato per decenni un affinamento dell'imperizia medico-chirurgica legata unicamente alla soluzione di problemi tecnici "di speciale difficoltà".

¹⁵ Cass., Sez. IV, 29 settembre 1997, Azzini, in *C.e.d. Cass.*, n. 210351.

¹⁶ Cfr., tra le altre, Cass., Sez. IV, 22 febbraio 1991, Lazzari, in *Cass. pen.*, 1992, 2756; Cass., Sez. IV, 22 marzo 1984, la quale, in merito alla valenza dell'art. 2236 c.c., ha precisato che: o si ritiene che la disposizione abbia natura eccezionale rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 1176, comma 1, c.c., a norma del quale nell'adempimento delle obbligazioni si richiede la diligenza del buon padre di famiglia, ma in tal caso "la sua applicazione non può avvenire né con interpretazione analogica, perché vietata per il carattere eccezionale della disposizione, né per interpretazione estensiva, data la completezza e l'omogeneità della disciplina penale del dolo o della colpa, oppure occorre escludere che la norma *de qua* possa comportare un'attenuazione della responsabilità rispetto ai normali principi che regolano l'inadempimento nelle obbligazioni". Più di recente, attraverso una non sempre lineare interpretazione dell'art. 2236 c.c. quale "massima di esperienza, si sostiene che l'art. 2236 c.c. potrebbe trovare riscontro anche in ambito penale, non per effetto di diretta applicazione, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia. Cfr. Cass., Sez. IV, 5 aprile 2011, Montalto; Cass., Sez. IV, 22 novembre 2011, Di Lella; Cass., Sez. IV, 21 giugno 2007, Buggè. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di DONINI-ORLANDI, Bologna, 2013, 90, sottolinea al riguardo il possibile "impiego del giudizio di colpevolezza come spazio di manovra di una benevolenza giudiziaria eventualmente correttiva dell'abnorme ampliamento della pretesa cautelare".

¹⁷ Nella giurisprudenza di legittimità prevale infatti l'orientamento secondo cui i profili dell'inosservanza cautelare possono considerarsi per lo più fungibili, posto che "la sostituzione o l'aggiunta di una particolare ipotesi di colpa, sia pure specifica, al profilo di colpa originariamente contestato non vale a realizzare diversità o immutazione del fatto ai fini dell'obbligo di contestazione suppletiva e dell'eventuale ravvisabilità, in carenza di valida contestazione, del difetto di correlazione tra accusa e sentenza a norma dell'art. 521 c.p.p.", così Cass., 23 ottobre 1997, n. 11538, Geremia, in *Cass. pen.*, 1998, 3381. Sul punto la dottrina è critica, cfr. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, a cura di BARTOLI, Firenze, 2010, 115; CASTRONOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, 3836 ss.; ID., *La colpa penale*, Milano, 2009, 197 ss.; MICHELETTI, *La colpa del medico*, cit., 189; MUSCO, *La contestazione dei reati colposi*, in *Riv. int. dir. proc. pen.*, 1971, 330 ss.. Si consenta inoltre un rinvio a ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012, 91 ss..

4.

Il caso di specie e le incertezze interpretative in merito alla qualificazione della condotta colposa.

L'ineliminabile aleatorietà della distinzione tra singole forme di colpa, ed in particolare tra la perizia da un lato e la diligenza e imprudenza dall'altro, è ben rappresentata dalla vicenda in esame, nella quale la corte d'appello ha ritenuto trattarsi di una forma di colpa non riconducibile all'art. 3, comma 1, legge 8 novembre 2012, n. 189, in quanto il chirurgo avrebbe adottato la procedura corretta per l'intervento richiesto, ma la avrebbe eseguita in maniera non accorta. Di conseguenza la fattispecie è stata ricondotta al parametro della normale diligenza, in quanto inerente ad un'attività meramente esecutiva e non ad una scelta diagnostica o relativa all'intervento chirurgico in sé considerato.

Di contro la Cassazione, in maniera piuttosto apodittica, ha affermato come nel caso in questione venisse in considerazione senza dubbio un'ipotesi di colpa per imperizia, ma, al contempo, in virtù delle difficoltà di frequente connesse alla distinzione in esame, ha ritenuto opportuno precisare che le linee guida possono anche individuare regole di condotta rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza, come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino compiti non particolarmente qualificanti.

La precisazione, per la quale non constano precedenti in materia, non può considerarsi certo casuale ma allude proprio alla possibile sussistenza di fattispecie non univoche, in cui viene in rilievo un'attività di spettanza del sanitario – che in quanto tale potrebbe sempre considerarsi come “qualificata”¹⁸ – ma che al contempo afferisce, per rimanere all'indicazione testuale, più “all'accuratezza ed alla normale diligenza” che alla perizia.

In particolare la stessa Cassazione pare aver colto come in tali casi, da una distinzione così sottile ed opinabile, non possa farsi discendere *tout court* la possibilità o meno di invocare la normativa in questione, per cui ha ritenuto opportuno suggerire un possibile ampliamento del “prerequisito della perizia”, così come finora indicato nella giurisprudenza di settore, posto che, nel caso di specie, la diversa considerazione del profilo colposo della condotta ha comportato la necessità di iniziare un nuovo giudizio, a cui è stato affidato il compito di vagliare l'eventuale sussistenza dei requisiti espressamente richiesti dalla legge Balduzzi. Ciò conferma ulteriormente come l'introduzione in via meramente interpretativa del requisito della perizia restringa eccessivamente la già angusta sfera di operatività della normativa in esame, costringendo altresì l'interprete ad un'ulteriore distinzione che, nella prassi, può risultare tutt'altro che agevole ed univoca, ed a cui in sostanza si attribuisce una rilevanza dirimente che non le appartiene e che non trova fondamento nel dettato normativo.

Inoltre, se per un verso la Cassazione ha prontamente rilevato l'erroneità del riferimento alla “soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà”, per l'altro non può negarsi come tale richiamo, per quanto improprio, si leghi in maniera quasi automatica alla supposta limitazione della legge Balduzzi al solo profilo della perizia.

5.

Dall'apertura al profilo della diligenza all'incerto destino dell'imprudenza.

Si è già avuto modo di sottolineare come nel caso di specie la Cassazione abbia inteso ridimensionare l'indimostrato postulato secondo cui le regole di condotta sottese alle linee guida riguarderebbero esclusivamente il profilo della perizia, mediante una “prudente” apertura al profilo della diligenza. A questo punto si potrebbe essere indotti a ritenere che il solo profilo dell'imprudenza esuli dalla portata della cd. “legge Balduzzi”, in quanto di per sé preclusivo in ordine all'applicabilità di detta normativa per una presunta incompatibilità con i suoi rigorosi presupposti (con particolare riguardo all'esistenza di linee guida e buone prassi accreditate ed

¹⁸ Non a caso in dottrina F. MANTOVANI, *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 419 ss., ritiene opportuno configurare un concetto *ad hoc* di colpa speciale o professionale, che riguarda tutte le attività rischiose, ma giuridicamente autorizzate, se mantenute nei limiti regole cautelari.

alla configurabilità di una colpa “non grave”¹⁹).

Per smentire anche questo assunto, o quantomeno per evidenziare come pure la distinzione tra prudenza ed imperizia possa divenire sottile ed in buona sostanza arbitraria, si ritiene utile ricorrere ad un caso giurisprudenziale particolarmente emblematico, che ha visto la Suprema Corte pronunciarsi per ben due volte, una prima antecedente all'introduzione dell'art. 3, comma 1, legge 8 novembre 2012, n. 189²⁰, una seconda successiva all'entrata in vigore della legge Balduzzi²¹. Già il primo intervento era assurdo agli onori della cronaca, perché in riferimento ad esso la Cassazione aveva evidenziato a chiare lettere come il medico non sia tenuto **al rispetto di direttive o linee guida** “*laddove esse siano in contrasto con le esigenze di cura del paziente, e non può andare esente da colpa ove se ne lasci condizionare, rinunciando al proprio compito e degradando la propria professionalità e la propria missione a livello ragionieristico*”.

Nella fattispecie il sanitario addetto alle cure ed alle terapie post-operatorie aveva deciso di dimettere un paziente ricoverato d'urgenza per un infarto al miocardio e per un edema polmonare acuto, dopo che lo stesso era stato sottoposto a intervento di angioplastica coronarica; in seguito alle dimissioni il paziente, colto da insufficienza respiratoria, era deceduto. **Il giudice di primo grado**, sebbene l'elaborato peritale evidenziasse **la conformità della condotta del medico alle linee guida in tema di dimissioni del paziente, aveva ritenuto colpevole il sanitario, in quanto nel caso di specie vi sarebbero state sufficienti ragioni per discostarsi da tali indicazioni**, con particolare riguardo all'anamnesi, alla severità dell'infarto ed all'elevato rischio di recidiva. Di diverso avviso era stata **la corte d'appello che, pur condividendo il principio secondo il quale il rispetto delle linee guida non esime automaticamente da responsabilità, aveva assolto il medico, ritenendo che nella fattispecie non vi fossero situazioni di rischio tali da sconsigliare il rispetto delle linee-guida**, in quanto il paziente era asintomatico da giorni e compensato²².

La Cassazione ha annullato con rinvio, soffermandosi in particolare sulla ben nota questione sottesa alla rilevanza delle linee guida ed al loro grado di vincolatività²³, nonché ritenendo che la sentenza d'appello non avesse approfondito la complessiva condizione del paziente. Di nuovo però il giudice del rinvio ha assolto il sanitario, per un verso considerando accertata la correttezza delle dimissioni, e per l'altro escludendo che la morte potesse essere evitata, se anche fosse insorta in ambiente ospedaliero.

Infine la Suprema corte ha annullato anche la seconda sentenza assolutoria, reputandola non adeguatamente motivata in riferimento agli specifici fattori di criticità evidenziati dall'anamnesi del paziente e ritenendo la legge Balduzzi non conferente alla fattispecie in esame, posto che “l'ambito di operatività della normativa sopravvenuta appare riservato esclusivamente ai casi in cui venga mosso all'esercente la professione sanitaria un addebito di imperizia e non anche nei casi, come nella specie, nei quali il rimprovero si basa, indipendentemente poi dalla fondatezza o meno di esso, sui rimanenti aspetti della colpa generica”.

Al riguardo balza agli occhi come l'assunto giurisprudenziale in questione sia ben presto divenuto nella prassi un espediente argomentativo assai comodo per precludere *ab origine* l'approfondimento imposto dalla legge Balduzzi, a prescindere dalla valutazione circa l'atten-

¹⁹ In termini simili [BRUSCO, Linee guida, protocolli e regole deontologiche, cit., 65](#), secondo cui dal momento che “il presupposto dell'inquadramento della condotta nell'area del non penalmente rilevante è costituito dall'essersi, il medico, attenuto a linee guida o buone pratiche accreditate discende che ci si muove in particolare nell'ambito dell'imperizia e non della negligenza (e tanto meno dell'imprudenza)”.

²⁰ Cass., Sez. IV, 23 novembre 2010, GRASSINI, in *Cass. pen.*, 2012, 542 ss., con nota di CAMPANA, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle “linee guida” e responsabilità penale del medico* e di MARRA, *L'inosservanza delle cd. “linee guida” non esclude di per sé la colpa del medico*; con nota di PIRAS, *La colpa medica non solo linee guida*, in *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2011.

²¹ Cass., Sez. III, 4 febbraio 2014, n. 5460, Grassini, cit.

²² Si consideri inoltre che, se è vero che il paziente in questione, come fumatore, presentava talune criticità ulteriori quali l'ipertensione, l'ipercolesterolemia e l'iperglicemia, è altrettanto vero che, da un lato si tratta di fattori di rischio frequentissimi nei casi di infarto al miocardio e, dall'altro, vi erano numerosi elementi di segno contrario. Nello specifico: 1) il livello di funzione meccanica cardiaca residua rientrava nei parametri previsti dagli *standards*; 2) non esistevano segnali predittivi di eventi elettrici avversi né altri segnali di instabilità elettrica ventricolare; 3) all'atto delle dimissioni, il paziente non presentava un quadro di scompenso cardiaco ed i *markers* di necrosi si erano normalizzati.

²³ Quanto alle argomentazioni addotte, la Corte sostiene in primo luogo che “il medico deve, con scienza e coscienza, perseguire un unico fine: la cura del malato mediante l'uso dei presidi diagnostici e terapeutici di cui al tempo dispone la scienza medica, senza farsi condizionare da esigenze di diversa natura”. Di conseguenza, si ritiene che il rispetto delle linee guida non possa costituire per il medico “una sorta di salvacondotto capace di metterlo al riparo da qualsiasi responsabilità”, per cui “non è sufficiente a render congrua la motivazione della sentenza impugnata il generico riferimento alle linee guida ed al rispetto di esse da parte dell'imputato”.

dibilità e l'osservanza di linee guida e buone pratiche ed al punto di divenire quasi una clausola di stile, per di più sganciata da qualsivoglia approfondimento circa l'effettiva linea di discernimento tra il profilo dell'imprudenza ed il profilo della perizia nel singolo caso.

Nella fattispecie infatti gli stessi giudici di legittimità, nella prima pronuncia, hanno adotto che “l'elevata mortalità di pazienti colpiti da infarto al miocardio, specie se, come nel caso di specie, accompagnato da ulteriori gravi patologie che aumentavano il rischio di ricadute, avrebbe dovuto *indurre a maggior prudenza* e ad una *più paziente attesa* di una più consolidata stabilizzazione del quadro clinico complessivo”. Ma non v'è dubbio che nel caso di specie, caratterizzato da un quadro clinico complesso e tutt'altro che univoco, soprattutto in riferimento al sotteso giudizio prognostico, viene in rilievo un'ipotesi solo *prima facie* di mera *imprudenza*, trattandosi in realtà di un'imprudenza ben “*qualificata*”²⁴, in quanto strettamente connessa ad un insieme di valutazioni tecniche, scientifiche e professionali non agevoli, che hanno avuto il non trascurabile riflesso di due pronunce assolutorie in secondo grado e di due pronunce di annullamento in sede di giudizio di legittimità.

In realtà a ben vedere, quando viene in rilievo un'ipotesi di colpa professionale, *tertium non datur*: o si ritiene qualunque attività effettuata come afferente in quanto tale al profilo dell'imperizia, ma in detta ipotesi non avrebbe più senso operare distinzioni di sorta²⁵, oppure si ritiene necessario distinguere in linea teorica tra regole di perizia e regole di diligenza/prudenza per poi constatare, in concreto, che alla base della regola di diligenza/prudenza vi è comunque il compimento di un'attività qualificata dall'agire in ambito professionale che rende il più delle volte arbitraria la linea di discernimento tracciata²⁶.

Tale distinzione poi diviene ora ancora più sfumata nel momento in cui, come opportunamente sottolineato dalla sentenza in commento, la nuova normativa non contiene il riferimento alla “soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà” che invece caratterizza la disposizione di cui all'art. 2236 c.c., e che, pur tra interpretazioni contrastanti, consente in linea di principio di circoscrivere la responsabilità del sanitario al duplice e congiunto parametro valutativo della perizia e della particolare difficoltà tecnica.

Occorre allora ancora una volta domandarsi se sia ammissibile o meno distinguere in linea teorica tra prudenza ed imperizia e, soprattutto, far discendere da una tale distinzione la possibilità o meno di invocare l'applicazione della cd. legge Balduzzi.

6.

L'arroccamento giurisprudenziale sull'imperizia tra istanze di parità di trattamento e medicina difensiva.

Nonostante le innumerevoli incertezze di una normativa per molti aspetti contraddittoria e lacunosa resta significativo il mutamento di prospettiva ad essa sotteso e l'indicazione di valore per cui, in ipotesi di osservanza degli strumenti di codificazione del sapere medico scientificamente accreditati, l'affermazione di responsabilità andrà adeguatamente circoscritta e di norma esclusa anche laddove si registri la compresenza di valutazioni medico-scientifiche e di valutazioni volte ad una ragionevole ottimizzazione delle risorse²⁷.

Non a caso nella sentenza in commento si afferma che “evidentemente il legislatore ha

²⁴ BELTRANI, *La mancata considerazione delle regole di perizia non rappresenta una corretta soluzione dei casi*, in *Guida al diritto*, 20 aprile 2013, 38, sottolinea che, pur ammettendo che le linee guida contengano unicamente regole di perizia, l'imperizia che necessariamente consegue al loro mancato rispetto può ricomprendere, assorbendole, sia l'imprudenza che la negligenza.

²⁵ Al riguardo già M. GALLO, *Colpa penale*, cit., 641 sosteneva che “la stessa imperizia, intesa come insufficienza rispetto alle regole tecniche valevoli per una data condotta, si risolve, alla fine, in imprudenza o negligenza qualificata.”

²⁶ Sul punto è scettica anche la dottrina medico-legale, cfr. ASMUNDO-SCURRIA, *La sostenibile inesistenza dell'essere: la “colpa lieve” della legge Balduzzi*, in *Giur. it.*, 2014, 2077, secondo cui “non è dato comprendere, ancora oggi, in cosa consista dal punto di vista esclusivamente soggettivo o psicologico (al di fuori, cioè, di ipotesi di negligenza o imprudenza), l'errore per imperizia”.

²⁷ Cfr. MICHELETTI, *La colpa del medico*, cit., 205, il sottolinea che “un bilanciamento costi-benefici nel campo della sanità, là dove non sia perseguita da protocolli *standard*, finisce comunque per imporsi sugli operatori anche in ragione di tacite raccomandazioni degli organi amministrativi”. Più di recente, la particolarissima tensione tra ideale e reale sottesa alle linee guida è ben evidenziata da GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., 82-83, e da RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, cit., 196 ss. Al riguardo però la giurisprudenza si mostra ancora alquanto restia a riconoscere il ruolo svolto dalla limitatezza delle risorse, là dove a più riprese si afferma che “l'efficienza di bilancio può e deve essere perseguita sempre garantendo il miglior livello di cura, con la conseguenza del dovere del sanitario di disattendere indicazioni stringenti dal punto di vista economico che si risolvano in un pregiudizio per il paziente”. Cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 8.10.13, in *C.e.d. Cass.* n. 259333.

divisato di avere speciale riguardo per la complessità e difficoltà dell'*ars medica* che, non di rado, si trova di fronte a casi peculiari e complessi nei quali interagiscono sottilmente e magari imponderabilmente diversi rischi o, comunque, particolare contingenze". Di qui l'avvertita necessità di non trasformare lo "speciale riguardo" in un ingiustificato privilegio²⁸, limitando l'ambito applicativo della legge Balduzzi al solo profilo della perizia, in linea con quanto affermava oltre quarant'anni fa, ma in relazione all'art. 2236 c.c., autorevole dottrina, secondo la quale detta norma "può fare riferimento esclusivamente a quell'aspetto della colpa che concerne non già la prudenza o la diligenza in senso stretto, bensì la perizia: è cioè la sola colpa per imperizia che può e deve essere valutata nell'ambito della colpa grave, al fine di allargare il campo della discrezionalità tecnica quando si tratti di problemi particolarmente difficili, la cui soluzione implica rischi di insuccesso"²⁹.

Evidente l'assonanza con l'indirizzo giurisprudenziale qui sottoposto a revisione critica, secondo cui "l'ambito di operatività della normativa sopravvenuta appare riservato esclusivamente ai casi in cui venga mosso all'esercente la professione sanitaria un addebito di imperizia e non anche nei casi nei quali il rimprovero si basa sui rimanenti aspetti della colpa generica, in particolare riguardanti la violazione del dovere di diligenza e di prudenza, che imponevano di svolgere l'attività medica conformemente al modello di agente e nel rispetto delle regole di prudenza, la cui violazione si assume che abbia determinato l'evento penalmente rilevante"³⁰.

Sul punto però, da un lato bisogna ribadire che la nuova normativa non può essere sovrapposta con la previsione di cui all'art. 2236 c.c. ed è subordinata esclusivamente all'osservanza di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, dall'altro occorre considerare che la risalente limitazione al profilo dell'imperizia si contrapponeva ad indirizzi giurisprudenziali particolarmente indulgenti³¹, mentre l'approvazione della legge Balduzzi trae origine da un contesto storico diametralmente opposto, là dove l'abnorme dimensione del contenzioso giudiziario ha spinto il legislatore ad intervenire d'urgenza, al fine di ridurre il fenomeno della medicina difensiva ed agevolare il ricorso alla copertura assicurativa da parte del personale sanitario.

Di conseguenza, soprattutto laddove la regola cautelare non risulti di agevole reperimento, per la complessità delle valutazioni ad essa sottese e per la scarsa penetrabilità del successivo sviluppo causale, il giudice dovrà tener conto delle indicazioni provenienti da linee guida e buone prassi accreditate e, in ipotesi di loro osservanza, escludere la sussistenza di un'ipotesi di colpa grave³², rifuggendo per un verso al rischio di arbitrarie limitazioni fondate su discutibili operazioni classificatorie in ordine alla diligenza, prudenza, perizia, per l'altro al pericolo, ben

²⁸ Da almeno cinquant'anni il dibattito in tema di colpa professionale medica si caratterizza, *de iure condito e de iure condendo*, per la presenza di istanze volte alla riduzione dell'ambito della responsabilità e, al contempo, di obiezioni in merito alla possibile violazione del canone dell'uguaglianza e della parità di trattamento con le altre categorie. La nuova normativa, come noto, si riferisce espressamente all'esercente la professione sanitaria, a differenza di quanto disposto dall'art. 2236 c.c., il quale fa riferimento, senza distinzione alcuna, al "prestatore d'opera". In merito cfr. le eccezioni di incostituzionalità sollevate da Trib. Milano, Sez. IX, 21.3.13, Giud. Giordano, imp. Andreati e altri, con nota di SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" a giudizio della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013, secondo cui verrebbe in rilievo una normativa "ad professionem"; puntuali annotazioni critiche in PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in questa *Rivista*, 4, 2013, p. 78 ss.. In dottrina MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 192 ss., sottolinea il rischio che la riforma della legge Balduzzi attui una diversità di trattamento irragionevole rispetto ad altri ambiti della responsabilità colposa, mentre DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 8 ss., sottolinea le differenze che intercorrono tra l'attività sanitaria e le altre attività, rilevando in particolare l'incoercibilità causale della biologia ed il ricorrere di casi in cui il sanitario è tenuto ad assumere decisioni indilazionabili, in condizioni di urgenza e di limitatezza di risorse.

²⁹ Così CRESPI, *La colpa "grave" nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 259, secondo cui verrebbe in rilievo il concetto di "colpa dal punto di vista tecnico", in quanto l'esplicito riferimento legislativo alle "prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà", giustificerebbe una certa comprensione in sede di giudizio solo laddove la delicatezza e la complessità dell'intervento comportino un aumento dei rischi e delle difficoltà, e non in caso di attività scerve da difficoltà di sorta. Per IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, 67, tale colpa per imperizia consisterebbe nel "difetto di idoneità professionale rispetto alla risoluzione di un determinato caso".

³⁰ Cass., Sez. III, 04.12.2013, in *C.e.d. Cass.* n. 258846.

³¹ Secondo tali orientamenti si sarebbe dovuta considerare penalmente rilevante solo la colpa marcatamente "grossolana", connessa cioè "a ignoranza dei principi elementari, ed incompatibile con il minimo di cultura e di esperienza che dovrebbe legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione sanitaria". In altre pronunce la colpa viene individuata "nella patente violazione della diligenza elementare e comune al medio grado di cultura esigibile dal medico", ovvero "nella banale trasgressione delle norme che presiedono a tale arte", oppure ancora "nella trascuratezza di quelle norme elementari che il più modesto professionista non deve ignorare". Al riguardo si vedano i numerosi riferimenti giurisprudenziali riportati tra gli altri da CRESPI, *La colpa grave nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 255 ss.; NAPPI, *Il medico tra responsabilità professionale e involuzione burocratica. La responsabilità penale*, in *Cass. pen.*, 2001, 1352.

³² Sul punto cfr. RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico*, cit., 427.

noto, di configurare regole cautelari “retroattive”³³ ed improntate alla logica del “senno del poi”³⁴.

Il rilievo comporta altresì significative implicazioni anche in riferimento al problema della medicina difensiva. Se da una parte infatti l’acritica adozione dei parametri di giudizio riferibili a linee guida o a prassi diffuse e generalizzate potrebbe portare ad un improprio appiattimento su di esse da parte del sanitario³⁵, dall’altra un’indicazione giurisprudenziale che non ne tenesse conto, in quanto interamente polarizzata sul livello di rischio e sull’illusoria finalità del suo pieno contenimento veicolerebbe una chiara indicazione di autotutela per il medico. Basti pensare alle fattispecie in cui il sanitario è chiamato a stabilire se procedere o meno con un parto cesareo, là dove la giurisprudenza tende ad imputare al sanitario la mancata realizzazione di un parto cesareo elettivo quale *regola cautelare* in grado di ridurre o azzerare del tutto i fattori di rischio³⁶. Lo stesso dicasi in riferimento a casi in cui il sanitario sia chiamato a valutare la necessità o meno di prolungare un ricovero ospedaliero, in cui il monito giurisprudenziale, laddove sbilanciato nelle esigenze di tutela, potrebbe indurre il medico, per non correre rischi di contenzioso giudiziario, a non dimettere il paziente finché non si sia azzerato (o quasi) ogni fattore di rischio.

Com’è evidente infatti, la pretesa di un utopistico azzeramento dei rischi da attuare in via “prudenziale”, oltre che inesigibile nella prassi, risulta foriera di condotte difensive³⁷, nonché in aperto contrasto con le finalità sottese all’intervento di riforma, *a fortiori* in un contesto di risorse sempre più ristrette. Ed in questa direzione si ritiene certamente auspicabile che la giurisprudenza, seguendo il percorso iniziato con la sentenza in commento, muti l’orientamento interpretativo finora più invalso, ritenendo la distinzione tra negligenza, imprudenza ed imperizia non dirimente in ordine alla già ristretta sfera di applicazione della legge Balduzzi.

³³ Così PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell’età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1697 ss..

³⁴ VALLINI, *L’art. 3, 1° comma, della legge Balduzzi: reazioni, applicazioni, interpretazioni*, cit., 2058, sottolinea che il giudizio *a posteriori* di colpa penale in ambito medico rischia di fondarsi su criteri cui difetta, al momento della condotta, il requisito della prevedibilità e/o esigibilità.

³⁵ RISICATO, *La Cassazione identifica un’ipotesi di colpa “non lieve” del medico*, cit., 423; VALLINI, *L’art. 3, 1° comma, della legge Balduzzi: reazioni, applicazioni, interpretazioni*, cit., 2060.

³⁶ Cass., Sez. IV, 2 aprile 2008, n. 23507, in *Jurisdata*; in termini simili Cass., Sez. IV, 15 dicembre 1999, n. 1147 in *Jurisdata*. Una tale valutazione privilegia *a priori* il fattore costituito dal *massimo contenimento del rischio* e poggia su un’accezione della prevedibilità particolarmente ampia ed astratta, la quale, nell’ottica del perseguimento di una protezione effettiva per chi subisce l’esito infausto, allarga a dismisura i confini della sfera penalmente rilevante. Sul punto cfr. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, cit., 121, secondo cui l’individuazione della regola cautelare “dovrebbe rappresentare un punto di equilibrio tra esigenze di tutela ed esigenze complessive di vario genere, che abbracciano la sfera organizzativa, economica, ma anche la stessa idea della naturalità del parto, come frutto di un’esperienza alla cui formazione contribuiscono non solo le vicende con esito negativo, ma anche quelle con scopo positivo”. SUMMERER, *La responsabilità penale del medico in ambito ostetrico-ginecologico*, in *La gestione del rischio in medicina*, cit., 102, segnala che al processo di medicalizzazione della gravidanza è strettamente riconducibile la diffusione dell’idea di “*perfect child*” e la tendenza ad una pericolosa fuga nella “*medicina difensiva*”. Quanto all’analisi empirica le nascite con taglio cesareo in Italia (rapporto Osservasalute, 2008) vengono indicate in una percentuale nazionale del 38,3 per cento, quasi di tre volte superiore a quello raccomandato dall’Organizzazione mondiale della sanità (pari al 10-15 per cento), con picchi che in alcune regioni raggiungono il 60 per cento, mentre le recenti statistiche della Unione europea indicano una media del 23,7 per cento e quelle degli Stati Uniti del 27,5 per cento.

³⁷ Cfr. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit.; si consenta inoltre un rinvio a ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit.

CONCUSSIONE E INDUZIONE INDEBITA: IL FORMANTE GIURISPRUDENZIALE TRA LEGALITÀ *IN THE BOOKS* E CRITICA DOTTRINALE

Antonino Sessa

ABSTRACT

La ristrutturazione normativa del delitto di concussione ha aperto, nel diritto vivente, un vivace dibattito sui possibili tratti distintivi tra il nuovo art. 317 c.p. e la ormai nota ipotesi di induzione indebita. I diversi orientamenti ermeneutici maturati in brevissimo tempo hanno reso necessario, sul punto, un ponderoso intervento delle Sezioni unite della Corte suprema di cassazione che, nell'ambito di una rigorosa dommatica giurisprudenziale, pure non mancano, a ben vedere, di porre le basi per il recupero di una nomofilachia delle norme sulla nomofilachia dei casi. Infatti, il possibile ricorso a (de)penalizzazioni in concreto affidate ad una politica giudiziaria in nome di una pur invocata tenuta del sistema sembra, per ipotesi di "induzione non costringitiva vittimizzante", confermare la necessità di ripensare una 'riforma delle riforme' che, al riparo da torsioni (in)sopportabili della legalità, sappia radicare nel dato normativo opzioni razionali di politica criminale.

SOMMARIO

1. La legge n. 190 del 2012: la rivisitazione del delitto di concussione alla prova del "diritto vivente". – 1.1. L'orientamento quantitativo-soggettivizzante. – 1.2. L'orientamento qualitativo-oggettivizzante. – 1.3. L'orientamento sincretico. – 2. Le Sezioni unite Maldera: il formante giurisprudenziale sulla 'quarta via'. – 3. Il fondamento valoriale della giurisprudenza-fonte alla prova del controllo di razionalità dottrinale. – 4. Il necessario recupero della nomofilachia delle norme negli esiti di una rigorosa 'dommatica giurisprudenziale'.

1.

La legge n. 190 del 2012: la rivisitazione del delitto di concussione alla prova del “diritto vivente”.

Se è vero che la *ratio legis* che anima la più recente normativa in materia di anticorruzione appare sempre più evidentemente ispirata da una ‘legalità reticolare’ che, nell’affermare la condivisibile necessità politico-criminale di una diversa qualificazione sistematica di vecchie e nuove realtà criminologiche, pure non ha mancato di sollecitare gli ordinamenti interni alla creazione di quelle auspiccate condizioni normativamente idonee a promuovere, da un lato, la crescita economica del paese e, dall’altro, il deciso contrasto alla illegalità nella pubblica amministrazione¹, è anche vero che proprio la stessa opzione di diritto penale “multilivello” appena sopra descritta ha ben presto finito per costituire fondamento e limite di quel vivace contrasto giurisprudenziale che ha investito uno dei primi nonché, ad oggi, il più significativo problema interpretativo riferibile alla legge n. 190 del 2012: la esatta ricognizione degli ancora incerti confini normativi tra la nuova ipotesi delittuosa di concussione (art. 317 c.p.) e quella di induzione indebita (art. 319 *quater* c.p.)². Infatti, una volta che, per tradizione giuridica e per evidenti ragioni di determinatezza³, il legislatore italiano, nella più recente riforma dei reati di mercimonio delle funzioni pubbliche, ha adottato la condivisibile scelta sistematica della conservazione del delitto di cui all’art. 317 c.p., la giurisprudenza, sollecitata dalla dottrina, è stata, sin da subito, chiamata a verificare se, con la trasmutazione della vecchia condotta di induzione nel nuovo art. 319 *quater* c.p., si fosse dato normativamente corso ad un mero “spacchettamento”⁴ ovvero ad una vera e propria ristrutturazione qualitativa della previgente ipotesi di concussione, tanto da porla a riferimento di un possibile giudizio di omogeneità/disomogeneità strutturale tra condotte che, conseguentemente, avrebbero dato origine ad una relazione sincronica/diacronica tra le due norme sopra richiamate e reciprocamente confrontate⁵.

Rispetto ad una tale articolata problematica, allora, le ormai già note e costanti difficoltà di ricomposizione tra diritto scritto e diritto vivente hanno anche qui ben presto finito per tradursi nella presa d’atto di una quanto mai repentina pluralità di orientamenti interpretativi che, investendo più precisamente la linea di demarcazione tra la condotta di costrizione *ex art.* 317 c.p. e quella di induzione indebita *ex art.* 319 *quater* c.p., hanno dato origine, anche per le conseguenti questioni di diritto intertemporale, ad un vivace contrasto ermeneutico che, sicuramente influenzato dalla struttura ‘mobile’ ed originariamente ‘ampia’ della condotta di induzione⁶, ha imposto una necessaria operazione di sintesi. Ma procediamo con ordine.

¹ Per una esaustiva panoramica sul punto cfr. da ultimo DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU.*, 24 ottobre 2013–14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla L. N. 190 del 2012, in *Cass. pen.* 2014, 1487; DI MARTINO, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in MATTARELLA - PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino 2013, pp. 355 ss. e spec. pp. 372-374; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale “multilivello” dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli 2012, *passim* ed anche per gli opportuni ed ulteriori riferimenti bibliografici; in giurisprudenza per tutte *Cass. pen.*, *Sez. Un.*, 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 marzo 2014, pp. 19-21.

² E questo anche perché, nel dichiarato intento di assecondare la necessaria eliminazione di poter contrabbandare corruzioni per concussioni, favorite dalla strumentalizzazione della impunità del privato, il nuovo art. 319 *quater* c.p. si colloca su di un terreno contiguo in cui erano già incerti i confini tra concussione e corruzione, cfr. FIANDACA - MUSCO, *Diritto Penale. Parte speciale*, Vol. I. *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2013, pp.8-9.

³ Secondo quanto da noi già auspicato in Sessa, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli 2006, pp.147 ss.; per la dottrina tedesca lucidamente cfr. VOLK, *Bewirtschaftung öffentlicher Mittel und Strafrecht*, Konstanz 1979, pp. 22 ss.

⁴ L’assunto sostenuto da GROSSO, *Anticorruzione, la migliore riforma possibile*, in *www.lastampa.it*, 11 giugno 2012, 1, non senza denunciare obiezioni sul punto, sembra definitivamente superato in dottrina, per tutti, da DONINI, *op.ult.cit.*, *passim* e in giurisprudenza da *Cass. pen.*, *Sez. Un.* 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, *cit.*, 38.

⁵ È quanto emerge in via di sintesi dagli studi di PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in questa *Rivista*, 1, 2012, 229; RONCO, *L’amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *Arch. pen.* 2013, 42; GAMBARDILLA, *La “massima provvisoria” delle Sezioni Unite Maldera: le possibili conseguenze intertemporali*, in *Arch. pen.*, 3, 2013, 2 s.; MONGILLO, *L’incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, 3, 2013, pp. 167 ss.; DOLCINI, *La legge 190/2012: contesto, linee di intervento, spunti critici*, in questa *Rivista*, 3, 2013, pp. 161 ss.

⁶ Così come opportunamente rilevato in dottrina da GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e induzione indebita: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 marzo 2014, 1; BALBI, *Alcune osservazioni in tema dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, 3-4, 2012, 6 e pure confermato in giurisprudenza cfr. *Cass. pen.*, *Sez. VI*, ord. 9 maggio 2013, n. 20430, con nota di VIGANÒ, *L’ordinanza di remissione alle Sezioni Unite sulla distinzione tra concussione e induzione indebita*, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 maggio 2013, pp. 1 ss.

1.1.

L'orientamento quantitativo-soggettivizzante.

Secondo un primo orientamento di carattere quantitativo-soggettivistico, così come notoriamente consacrato nella sentenza Nardi⁷, i giudici di legittimità, valorizzando la fisionomia delle nuove condotte di abuso costringitivo e induttivo, non solo hanno finito per mostrarsi indifferenti alla specificità della più recente rivisitazione della normativa anticorruzione, ma hanno creato le condizioni positive a che le stesse condotte qui in esame si potessero in perfetta e piena continuità strutturale con quelle corrispondenti e tipicamente qualificate nel precedente art. 317 c.p. laddove, riconfermandosi nell'ambito di un reato naturalisticamente plurisoggettivo, ma normativamente monosoggettivo, avrebbero conservato come loro esclusivo criterio discrezionale, anche nell'attuale assetto sistematico, quello ormai noto della gradata intensità di una pressione che, riconducibile alle sue peculiari modalità di esercizio, più o meno blande, si sarebbe rivelata capace rispettivamente di annientare totalmente (concussione) o meno (induzione indebita) la libera autodeterminazione del destinatario della condotta e datore dell'indebito⁸. Pertanto, di fronte ad una tale netta presa di posizione, allora, non vi è chi non veda come la giurisprudenza si fosse mostrata immediatamente fedele ad un approccio ermeneutico di chiara marca conservatrice, tanto da alimentare sempre di più l'idea di quello 'spacchettamento' sistematico della vecchia fattispecie di concussione che, ridimensionata nella sua eventuale ristrutturazione normativa, si sarebbe mostrata perfettamente sovrapponibile allo spazio occupato dalle due nuove disposizioni corrispondentemente introdotte dal legislatore del 2012⁹. E rispetto ad una tale presa di posizione, quindi, neppure è apparso superfluo sottolineare come la stessa rilettura ermeneutica del recente riassetto normativo qui in esame è risultata sicuramente influenzata anche dalla conseguente totale svalutazione assiologica della nuova punibilità del soggetto destinatario della condotta di induzione indebita che, sottratta al disvalore complessivo dell'illecito, si sarebbe mostrata così incapace di cogliere l'unico e forse decisivo elemento di mutamento rispetto al passato, tanto da assecondare così dubbie finalità di deterrenza che, fuori da un teleologismo valorativo di stretta derivazione costituzionale, avrebbero finito per alimentare pretese ordinamentali eticizzanti verso un privato chiamato a trovare in una pena di chiara marca autoritaria la decisiva spinta alla resistenza alle più blande pressioni da parte del pubblico agente e finalizzate ad ottenere l'indebito¹⁰.

1.2.

L'orientamento qualitativo-oggettivizzante.

Sulla base di una seppur tanto criticata quanto netta presa di posizione, un nuovo orientamento ermeneutico non ha tardato a svilupparsi, favorito fondamentalmente anche dalle ambiguità ed illogicità legate ad un modello giurisprudenziale che, ispirandosi ad argomentazioni del passato, si è rivelato ben presto fortemente non curante della intervenuta rideterminazione normativa delle fattispecie qui in esame¹¹. Infatti, tanto i dubbi sulla deriva eticizzante di una pena non perfettamente rispondente a finalità normativo-superiori di integrazione sociale¹²,

⁷ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 4 dicembre 2012, n. 8695, Nardi, con nota di VIGANÒ, *La cassazione torna sulla distinzione tra concussione e induzione indebita*, in *Dir. pen. Cont.*, 4 marzo 2013, 1. (Fattispecie in cui il pubblico ufficiale, comandante di una stazione dei Carabinieri, ha richiesto e ottenuto il versamento da parte del titolare di un'agenzia di assicurazione, dopo avere ricevuto il risarcimento del danno e rilasciato una quietanza liberatoria, di un'ulteriore somma di denaro, prospettando all'assicuratore con "insistenza" che il danaro ricevuto non era stato sufficiente a risarcire il danno subito nonché facendo valere il proprio potere di effettuare controlli su persone clienti della medesima assicurazione).

⁸ Cfr. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., pp. 176 ss.

⁹ Sembra aderire alla tesi della 'invarianza', da ultimo, in dottrina PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, in *Dir. pen. proc.* 5/2014, 571, secondo argomentazioni rafforzate alla luce anche del più recente orientamento delle Sez. Un. sul punto, e fondamentalmente ispirate da un ambiguo e pericoloso criterio, quello del danno-vantaggio, che spinge ad usare il cesello nel cogliere le sfumature del caso concreto (*Idem*, pp. 569 ss.).

¹⁰ Analoghe perplessità vengono agitate da PALAZZO, *Gli effetti "preterintenzionali" delle nuove norme penali contro la corruzione*, in MATTARELLA - PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., pp. 20 ss.; GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successivi*, in *Dir. Pen. Cont.*, 6 maggio 2013, pp. 2 ss. e pp. 8 ss.

¹¹ Sono le condivisibili osservazioni di SPENA, *Per una critica dell'art. 319-quater c.p. Una terza via tra concussione e corruzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 28 marzo 2013, 15.

¹² Per una funzione della pena, normativamente fondata, in termini di integrazione sociale resta ancora viva la lezione di MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, *passim* e spec. pp. 68 ss.

quanto la verificata irragionevolezza sistematica legata ad una chiara violazione del principio di proporzione¹³, hanno ben presto spinto verso la ricerca di un nuovo equilibrio interpretativo che, focalizzando la sua attenzione su elementi tipici colti nei loro risvolti non più quantitativi, ma qualitativi, consentisse di giungere ad individuare la differenziazione tra le condotte qui oggetto di studio, incentrandola nella loro rispettiva relazione con la sfera psichica del soggetto destinatario delle stesse. Pertanto, una volta radicato il coefficiente psichico della costrizione *ex art. 317 c.p.* nella antiggiuridicità del danno prospettato dal pubblico agente, la stessa giurisprudenza, così come avvenuto nella sentenza Roscia, ha finito per affermare, in modo chiaro e sistematico, che nella nuova induzione *ex art. 319 quater c.p.* la dazione indebita del privato sarebbe avvenuta proprio in vista di un vantaggio indebito implicitamente tipizzato e che, incentivato dalla eliminazione di un danno non ingiusto prospettato dal pubblico agente, non solo avrebbe giustificato una sanzione penale deeticizzata sulla base di una incapacità del privato a resistere a tentazioni derivanti dalla convenienza ‘compensativa’ prospertatagli dal pubblico agente come frutto di una comune offesa di beni pubblicistici, ma si sarebbe reso incompatibile con quella coazione psichica tipica della costrizione che da sola, annientando la libera autodeterminazione del privato destinatario della stessa, avrebbe posto la condotta del pubblico agente fuori dalla nuova induzione indebita, riversandola di conseguenza nel nuovo art. 317 c.p.¹⁴.

Facendo tesoro di tali premesse, dunque, i giudici di legittimità, con la sentenza Roscia e a seguito della rivisitazione dell’orientamento Nardi, aprono inevitabilmente la strada ad una necessaria, quanto normativamente imposta, presa d’atto di quell’autonomia strutturale che, riferibile alle fattispecie di nuova introduzione, si afferma, in particolare per la nuova ipotesi di induzione indebita e diversamente dalla normativa previgente, nel recupero della punibilità di un privato ‘falso concusso’ che, muovendosi all’interno di una bilateralità tipica di un reato a concorso necessario¹⁵, e per ragioni di omologazione della disciplina interna a quella proposta dalla corruzione internazionale¹⁶, avrebbe sancito, attraverso una condotta ermeneuticamente focalizzata sulla natura delle conseguenze da essa prospettate, il passaggio da una dimensione quantitativa ad una dimensione qualitativo-oggettivizzante della intensità della pressione esercitata. Ed è proprio in virtù di una tale presa di posizione che la giurisprudenza, anche a seguito della legge n. 190 del 2012, ha posto le basi per una chiara presa di posizione, normativamente fondata, secondo cui mentre la nuova condotta di concussione per costrizione, dunque, per quanto comprensiva di una minaccia anche in forma implicita, si qualificerebbe sempre per la prospettazione di un danno ingiusto o *contra ius*, la nuova condotta di induzione indebita, radicata nella prospettazione di un male non ingiusto, o *secundum ius*, proprio perché conseguenza della applicazione della legge, si connoterebbe di contro nei termini di una ‘non minaccia’. Quest’ultima, infatti, caratterizzata dalla conservazione di margini di autodeterminazione nel destinatario della stessa, non avrebbe mancato, poi, di legittimare la punibilità del privato in virtù del godimento di un vantaggio illegittimo a lui favorevole che, sicuramente

¹³ Tutto ciò evidentemente grazie alla fungibilità, ermeneuticamente favorita, tra le nuove condotte di costrizione e induzione indebita alle quali, tuttavia, avrebbe fatto da contraltare un diverso trattamento per il privato, esente da pena nel primo caso e punito nel secondo, cfr. le rigorose puntualizzazioni di MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., pp. 182 ss.

¹⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 3 dicembre 2012, n. 3251, Roscia, in *Dir. Pen. Cont.*, 4 febbraio 2013, pp. 1 ss. (fattispecie riferita al sindaco che, abusando dei suoi poteri, avrebbe richiesto ad un imprenditore il pagamento di una forte somma di denaro, in alternativa minacciando il sistematico rinvio, da parte della commissione edilizia, della trattazione delle richieste di due permessi a costruire riguardanti due fabbricati nella disponibilità dell’imprenditore, ovvero sempre abusando dei suoi poteri il sindaco avrebbe fatto in modo che tutte le richieste presentate dall’imprenditore al comune, sarebbero state rigettate, fino a trasformare un terreno di sua proprietà da edificabile in area destinata ad attrezzature di pubblico servizio, fino ad indurre la persona offesa a consegnargli in tre occasioni la somma di 100.000 euro al fine di ottenere dal comune gli atti concessori necessari allo svolgimento della sua attività); in dottrina, tale orientamento troverebbe ulteriore conferma nelle argomentazioni di DOLCINI, *La legge 190/2012: contesto, linee di intervento, spunti critici*, cit., 162.

¹⁵ Per una qualificazione che, in dottrina, è autorevolmente condivisa, per tutti, da ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Commentario sistematico, III ed., Milano, 2013, p. 234; DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., pp. 1484-1488 ss.; e che in giurisprudenza, poi, si è rafforzata in Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 39, che nella ristrutturazione ermeneutica delle fattispecie respingono decisamente i tentativi di “polverizzazione” delle figure ‘interne’ di induzione indebita.

¹⁶ Si è trattato di impedire un uso improprio della concussione nella lotta alla corruzione internazionale, al fine di avviare al ricorso di comode scappatoie per la impunità del falso concusso, così come richiestoci dall’OCSE in modo da ridurre la percezione di una concussione come possibile meccanismo di esenzione dalla responsabilità penale e, con i relativi effetti processuali, sanzionando l’abuso di pseudo-testi di accusa quali finte vittime cfr., SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2013, 7; STASIO, *Sulla concussione pesano le ambiguità della maggioranza*, in *www.ilsole24ore.it*, 14 giugno 2012, 1; DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1486-1487; in giurisprudenza Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 19-21.

assente nella concussione, avrebbe finito per caratterizzare una induzione corruttiva che, strutturalmente originata dalla prospettazione da parte del pubblico agente della eliminazione di un danno non ingiusto¹⁷, avrebbe giustificato così topograficamente anche la sua (ri)collocazione sistematica.

Nei termini di cui sopra, dunque, è facile comprendere come la ridefinizione ermeneutica dei rapporti tra le condotte di costrizione e di induzione indebita, ancorata al superamento del c.d. modello giurisprudenziale della “invarianza” e al contestuale abbandono dell’idea, di matrice dottrinale, dello “spacchettamento” sistematico della vecchia ipotesi di concussione, si è ben presto posta, allora, alle origini di una interpretazione evolutiva che, con la valorizzazione del criterio basato sulla maggiore oggettività ispirata dalla natura del danno, si è rivelata pronta a recuperare nelle due fattispecie qui oggetto di studio, da un lato, la portata empirica e processualmente verificabile di un fatto rafforzato nella sua determinatezza e, dall’altro, i canoni di una ragionevolezza sistematica ispirata da criteri di proporzione tra sanzione irrogata ed entità del disvalore penale del fatto. La sentenza Roscia, quindi, superando un approccio conservatore ed assolutizzante, si è fatta apprezzare soprattutto per il suo chiaro tentativo di recuperare un autonomo ambito di operatività alle fattispecie penali di nuova ristrutturazione e, con uno sguardo proiettato nel futuro, ha segnato il deciso abbandono di quelle vecchie incrostazioni tipicamente omologanti di una giurisprudenza incapace, nella distinzione tra concussione per costrizione e induzione indebita, di cogliere le articolazioni di una rilettura sistematica di tali condotte. Queste ultime, così, e grazie anche ad uno stimolante intervento di recupero ermeneutico, si sono viste definitivamente e rispettivamente individuate, da un lato, nella dicotomia tra natura ingiusta (costrizione) o non ingiusta (induzione) del pregiudizio prospettato dal pubblico agente al privato per motivarlo alla dazione indebita e, dall’altro, sulla piena valorizzazione della punibilità dell’indotto all’indebito che, in qualità di correo e non di vittima, non riesce a sottrarsi ad una speculazione, piuttosto che al pregiudizio procuratogli dal pubblico agente in assenza del potere legittimo per infliggerglielo¹⁸.

1.3. *L’orientamento sincretico.*

A seguito delle critiche e delle acquisizioni che, come di qui a poco approfondiremo¹⁹, hanno investito i primi due orientamenti giurisprudenziali sopra esaminati, è toccato, poi, alla sentenza Melfi²⁰, ma sempre nel solco tracciato dalla sentenza Roscia, di approfondire il connotato della differenziazione qualitativa tra le condotte di costrizione ed induzione indebita di nuova introduzione, focalizzando la attenzione dell’ermeneutica giudiziale sul piano degli effetti derivanti dalle condotte stesse, a seconda cioè che esse avessero portato rispettivamente all’annullamento o meno della libera autodeterminazione del soggetto loro destinatario. Infatti, nel contesto della ricerca di una riqualificazione normativa delle nuove fattispecie rivolte alla rivisitazione della disciplina penale del mercimonio delle funzioni pubbliche, questo terzo filone giurisprudenziale, allora, si è reso non solo necessario, ma si è fatto apprezzare soprattutto come decisa reazione agli indirizzi precedenti, laddove tanto quello fondato sulla valorizzazione della fisionomia della condotta (sentenza Nardi) quanto quello ispirato dalla connotazione del male prospettato come ingiusto o non ingiusto (sentenza Roscia) hanno mostrato il loro fondamento, ma allo stesso tempo il loro limite, nella unidimensionalità di un approccio prasseologico che, nell’irrigidire i confini delle norme di riferimento, finiva per alimentare grossi problemi proprio in quei casi promiscui in cui maggiore è ancora presente il rischio di forzature ermeneutiche²¹.

La sentenza Melfi, pertanto, proprio nel tentativo di ovviare a tali inconvenienti, ha evidenziato il proposito di valorizzare un orientamento di tipo sincretico che, recuperando un’ar-

¹⁷ Più ampiamente, anche per gli opportuni rilievi critici cfr. MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., pp.189 ss.

¹⁸ Una tale condivisibile sintesi è rinvenibile in VIGANÒ, *L’ordinanza di rimessione*, cit., 1

¹⁹ V. *infra* p. 8 ss.

²⁰ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 11754, Melfi, in *Dir. Pen. Cont.*, 15 marzo 2013, 1; in dottrina, per una posizione adesiva cfr. PULITANÒ, *Legge anticorruzione* (l. 6 novembre 2012 n. 190), in *Cass. pen.*, 2012, Suppl., pp. 11 ss.

²¹ Si tratta di quei casi, infatti, che, lontani dalla prospettazione di un danno ingiusto senza alcuna contropartita vantaggiosa per il privato, non risultano impermeabili all’indirizzo ermeneutico prescelto, ma anzi ne risultano chiaramente inficiati da eccessi tecnicistici non immuni da aporie sistematiche cfr. MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., 199 in nota, con gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

gomentazione bifasica, sapesse assumere a suo riferimento non solo l'entità della pressione e il grado di autodeterminazione lasciata al privato, ma anche la specificazione del tassativo criterio motivazionale del vantaggio indebito che, seppur non ancora in termini di essenza, già si presentava quale requisito di implicita tipizzazione nel tessuto normativo del nuovo art. 319 *quater* c.p.

Rispetto ad una tale presa di posizione, pur nell'apprezzabile sforzo di massimizzare criteri oggettivo-contenutistici in luogo di una pura indagine psicologica dagli esiti incerti sulla effettiva qualificazione delle modalità di una condotta²², la sentenza Melfi, prendendo proprio spunto da una casistica in cui le modalità della pressione, da sole, non consentono di determinare il condizionamento della libertà morale del privato²³, si è proposta di uscire dall'*impasse* giungendo alla elaborazione di un ulteriore criterio integrativo che, in via eclettico-dialettica, fosse capace di assicurare una più corretta qualificazione delle fattispecie qui considerate. Infatti, a seguito della verificata relazione tra natura del vantaggio indebito e carattere ingiusto del danno prospettati al privato, il diritto vivente, proprio con la sentenza Melfi, e ai fini di una più corretta qualificazione della fattispecie qui in esame, si è ancorata ad un requisito maggiormente oggettivo che, pure sperimentato con alterne fortune nella distinzione tra concussione e corruzione²⁴, si sarebbe rivelato come fattore sintomatico di una determinante spinta motivazionale, da sola in grado di assolvere ad una quanto mai necessaria e dirimente funzione complementare e non cumulativa. Quest'ultima, infatti, avrebbe consentito di recuperare, combinandoli, il criterio quantitativamente insufficiente della mera intensità della pressione esercitata, così come proposto nella sentenza Nardi, con quella più opportuna osservazione della realtà criminologica sottostante, in cui per la concussione, e secondo uno schema anche di sicura conferma giurisprudenziale, sia chiara la relazione tra male minacciato ingiusto e assenza del vantaggio indebito, mentre nella induzione indebita la presenza del vantaggio illegittimo avrebbe escluso sempre il danno ingiusto²⁵.

2.

Le Sezioni Unite Maldera: il formante giurisprudenziale sulla 'quarta via'.

E' innegabile che, alla luce di tutto quanto sopra evidenziato, il florilegio delle più recenti opzioni ermeneutiche affonda le sue radici proprio nel tentativo, fortemente dibattuto, di dare una risposta condivisibile ai problemi che sin da subito hanno investito la definizione di uno degli aspetti più controversi della nuova legge in materia di anticorruzione e che, a ben vedere, ha evidentemente un solo punto di approdo, quello di tentare di ridurre la ormai

²² Restando sempre in agguato il rischio di cedere, così come sulla base della nettezza argomentativa cui perviene la sentenza Roscia, al rischio della radicalizzazione della distinzione tra costrizione e induzione, con risultati incapaci di risolvere i problemi di qualificazione per quelle ipotesi di 'confine' che naturalmente possono animare la illecita locupletazione da abuso pubblicistico, così Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., pp. 15 ss.

²³ E' il caso del sindaco di un comune lucano che, abusando della propria superiorità gerarchica all'interno dell'ufficio pubblico, aveva esercitato forti pressioni, minacciando ritorsioni arbitrarie, sul capo del settore urbanistico dello stesso comune, affinché questi intervenendo illecitamente nell'ambito di una gara pubblica di appalto garantisse l'attribuzione del contratto a determinate imprese. Sono queste quelle situazioni "al limite" in cui, sulla base di una chiara 'promiscuità dinamica', risulta difficile distinguere tra il soggetto destinatario della condotta psicologicamente consapevole di soccombere ad un sopruso del pubblico agente, dall'indotto che, a fronte di pretese larvate, presenta una compiacenza interessata, cfr. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., pp. 139 ss.; ID., *L'incerta frontiera*, cit., 203 ss.; GIOIA, *Il criterio di distinzione tra concussione e induzione indebita alla prova delle ipotesi di throffer (minaccia/offerta)*, in AA. Vv., *Riformulazione-frattura del delitto di concussione ex art. 317 c.p.*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 giugno 2014, pp. 41 ss.; in giurisprudenza cfr. per tutte Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., pp. 40 ss.

²⁴ Sul piano del metodo sembra qui riproporsi quanto già sperimentato per una tradizionale questione, quella cioè riferibile alla necessaria ridefinizione dei confini tra concussione e corruzione, per una sintesi del dibattito sul punto ci sia consentito rinviare al nostro *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 303 ss.

²⁵ Cfr. per tutte Cass. pen., Sez. VI, 13 maggio 2013, n. 20428, Milanese, rv. 255076.

nota intrinseca indeterminatezza della “ampia” condotta di induzione indebita²⁶. Quest’ultima, infatti, nell’art. 319 *quater* c.p., solo attraverso il recupero della punibilità del privato al disvalore complessivo dell’illecito²⁷ e nel conseguente superamento di una altrimenti irragionevole equivalenza sanzionatoria con la condotta di costrizione²⁸, sembra trovare, da una parte, le ragioni della sua autonomia strutturale e, dall’altra, pur rafforzando le insidie provocate dalla modifica del tessuto probatorio in reati contrattuali²⁹, i fattori decisivi per la proiezione tra gli elementi strutturalmente tipici di quell’atteggiamento psichico-soggettivo di più o meno libera autodeterminazione che deve accompagnare la dazione indebita del soggetto destinatario della condotta.

Di fronte ad un tale scenario, è la stessa ordinanza n. 20430, con cui la VI sezione della Corte di cassazione ha rimesso al vaglio delle Sezioni unite la *quaestio iuris* in discorso, che pone le basi, come avremo modo di verificare, per una approfondita riflessione la quale, elaborata dai giudici di legittimità come momento decisivo a favore di una possibile ricomposizione in materia tra legalità verticale e legalità orizzontale³⁰, è stata sin da subito avvertita come necessario punto di sintesi evolutiva per la maturazione di argomentazioni ampie e fortemente innovative. Tuttavia, pur nel dichiarato intento di ridurre le oscillazioni interpretative registrate sul tema, le poderose acquisizioni ermeneutiche di cui alle recenti Sezioni unite Maldera³¹ non hanno mancato di rivelarsi, a ben vedere, immuni da discutibili forme di precomprensione

²⁶ Sul punto sono da segnalare le rinnovate e condivisibili perplessità che, riferibili ad una condotta di induzione ‘semplice’, non mancano di promuovere, anche per il superamento di censure di legittimità costituzionale, il passaggio ad una induzione ‘combinata’, cfr. per una sintesi del dibattito DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1486; PIVA, *‘Alla ricerca dell’induzione perduta’: le Sezioni Unite tentano una soluzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 11 maggio 2014, 5; SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in MATTARELLA - PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., p. 398; in giurisprudenza, cfr. per tutte Cass. pen., Sez. VI, 12 marzo 2013, in Mas. Uff., n. 254440 e da ultimo Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 35; sembrano, del resto, ancora una volta ripetersi qui gli stessi dubbi che investivano la categoria della induzione nella ‘vecchia’ concussione dove, pure a non voler cedere a interpretazioni restrittive, per una accezione eclettico-dialettica dei criteri di qualificazione delle condotte concussive, le stesse induzioni ingannatorie hanno finito con il convivere, anche se in via sempre più rara, con attività persuasive, di suggestione ovvero di condizionamenti oggettivi da pressione morale cfr. per tutti PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano 2000, p. 123.

²⁷ Cfr. la condivisibile impostazione di BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 10 ss.; ID., *Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Dir. Pen. Cont.*, 22 settembre 2014, 2; nella manualistica FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 12.

²⁸ Cfr. sul punto DONINI, *op.ult.cit.*, pp. 1484 ss.; RONCO, *L’amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita*, cit., 42; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 27.

²⁹ Solo rigorose regole di legalità penale, *rectius* tipicità, potranno sconfiggere il rischio di un privato ‘strumentalmente’ vittima che, infatti, troverà un ‘naturale’ alleato nell’organo della pubblica accusa, il quale avrà tutto l’interesse a supportare tale tesi annoverando, così, il dichiarante tra i principali testi di accusa, cfr. le condivisibili osservazioni sul punto di MANNA, *La differenza tra concussione per costrizione ed induzione indebita: riflessioni a margine del dispositivo delle Sezioni Unite*, in *Arch. pen.* 2013, 3.

³⁰ Si tratta di valorizzare, allora, quella dimensione dinamico-applicativa necessaria alla individuazione di parametri di stabilizzazione ermeneutica idonei ad assicurare la riconoscibilità di un precetto penale solo così ispirato a criteri di sicura effettività, espressione di una chiara ridefinizione dei rapporti tra legalità ‘quantitativa’ e ‘qualitativa’ nel sistema penale dello stato sociale di diritto, sul punto cfr. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in AA. Vv., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli 2006, pp. 54 e 72 ss.; MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale*, Napoli 2001, *passim* e da ultimo, in riferimento alla ridefinizione dei rapporti tra “certezza del diritto” e “certezza dell’interpretazione” cfr. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA. Vv., *Studi in onore di M. Romano*, vol. IV, Napoli 2011, 2197 e spec. 2271 ss.; DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, *passim*.

³¹ Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., pp. 1 ss.

valutativa³² che, nel porsi a sostegno di attività suppletive tipizzanti³³, hanno finito per negare la coerenza di una rigorosa ‘dommatica giurisprudenziale’ che, in particolare, nella risoluzione delle problematiche legate ad emergenti questioni di diritto intertemporale sembra perdere quanto faticosamente raggiunto in termini di recupero valorativo nella (ri)definizione ermeneutica del tipo penale. Infatti, il sillogismo giuridico che anima l’impalcatura della decisa presa di posizione dommatica dei giudici di legittimità sulla ricognizione dei confini tra costrizione *ex art. 317* e induzione *ex art. 319 quater* (premessa maggiore) sembra sconfessato dalla sua proiezione nella risoluzione degli spinosi e noti problemi che investono la questione della (dis)continuità dei tipi di illecito (premessa minore) qui assunti a riferimento rispetto alla loro vecchia configurazione³⁴.

Una tale decisa affermazione, foriera di implicazioni sistematiche pure da approfondire, sembra trovare le sue origini in quella ferma presa di posizione con cui proprio le Sezioni unite Maldera, nell’approfondimento della linea di demarcazione tra le condotte di costrizione e induzione indebita, hanno promosso la ricerca di una differenziazione qualitativamente e normativamente ancorata delle fattispecie qui oggetto di studio, che non solo le ponesse a fondamento di una ‘quarta via’ interpretativa³⁵ del tutto autonoma rispetto al panorama giurisprudenziale precedente, ma dimostrasse, sul piano del metodo, anche una chiara continuità evolutiva che, nell’affinamento di quei criteri sincretici tipici della sentenza Melfi, potesse portare, da un lato, a superare la tesi conservatrice dell’invarianza (sentenza Nardi)³⁶ e, dall’altro, alla consacrazione di una scelta che, pure per la ridefinizione dei rapporti tra concussione e corruzione, aveva già segnato una opzione di tipo eclettico-dialettica già fortemente condivisa³⁷. Pertanto, se nel nuovo art. 317 c.p. la condotta di costrizione, in termini più rari di violenza

³² E’ quanto mai vivo il dibattito sulle opere di ingegneria giurisprudenziale che investono testi normativi sempre più aperti e che, pur nella consapevolezza di un giudice non soggetto alla legge, ma al diritto di cui è fonte, portano alla implementazione, così come per le opzioni legislative di politica criminale, al vaglio della motivazione secondo criteri di coerenza e ragionevolezza in ossequio delle regole di sussidiarietà anche per il momento della applicazione della norma penale, libera finalmente da pregiudizi in cui il “fatto” finisce per influenzare il diritto cfr. per una sintesi delle diverse posizioni FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 354; HASSEMER, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia* 2007, pp. 73 ss.; DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, Milano 2006, *passim*; ID., *Un diritto penale empatico?*, Torino 2009, pp. 151 ss.; DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano 2012, pp. 76 ss.; ID., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 141 ss.; RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in DOLCINI - PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, pp. 694 ss.; PUTNAM, *Fatto e valore*, Torino 2006, *passim*; IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, pp. 79 ss.; MOCCIA, *L’odierna funzione di ‘controllo’ e ‘orientamento’ della dottrina*, in *Criminalia* 2013, pp. 409 ss.; più in generale sul parametro di ragionevolezza come criterio valoriale di selezione del penalmente rilevante cfr. per tutti in dottrina e in giurisprudenza INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano 2003, *passim*; MANES, *Principi costituzionali in materia penale*, in www.cortecostituzionale.it, settembre 2013, pp. 54 ss.

³³ Per gli opportuni approfondimenti, anche critici, con riferimento ai limiti forniti dal procedimento ermeneutico di concretizzazione del tipo nell’ambito della fattispecie penale cfr. per tutti HASSEMER, *Fattispecie e tipo* (1968), Napoli 2007, pp. 178 ss.; nella materia che ci occupa cfr. DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1483.

³⁴ Secondo le regole valoriali e strutturali indicate da una condivisibile impostazione giurisprudenziale affermatasi sul problema della *abrogatio sine abolitio*, per tutte cfr. Cass. pen., Sez. Un., 26 marzo 2003, Giordano, n. 25887, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 1503 ss., con nota di C. PECORELLA; Cass., Sez. Un., 15 maggio 2008, Niccoli, n. 19601, in *Dir. pen. proc.* 2008, pp. 848 ss.; Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 887 ss.; più in generale, sul tema, si veda l’approfondimento monografico di GAMBARELLA, *L’abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, pp. 166 ss.; nonché DE SANTIS, *Gli effetti del tempo nel reato, uno studio tra casistica e dogmatica*, Milano, 2006, pp. 266 ss.; GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme “integratrici”: tra teoria e prassi*, Milano, 2008, pp. 115 ss.; ID., *Abolitio criminis e successione di norme “integratrici” nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 15 ottobre 2010, 1.

³⁵ Tesa, appunto, alla individuazione di parametri di valutazione, per quanto possibile, più nitidi nella definizione della linea di confine tra costrizione e induzione indebita nelle più recenti norme anticorruzione cfr. Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 16 chiamata proprio a dipanare i dubbi sulla corretta qualificazione giuridico-penale, alla luce delle nuove norme anticorruzione, per il caso, ad esempio, di ispettori del lavoro che si sarebbero astenuti dalla contestazione di irregolarità nel corretto esercizio di una impresa agricola e per piegare la volontà dei soggetti destinatari della condotta avrebbero minacciato importi superiori a quelli dovuti attraverso la sanzione da loro comminabile.

³⁶ Infatti, la nuova induzione indebita *ex art. 319 quater* c.p. non rappresenterebbe una ipotesi minore di concussione, ma gravitando nell’orbita della corruzione ne condividerebbe la logica negoziale di reato-contratto bilateralmente illecito, quindi, di natura monoffensiva a fronte della plurioffensività dell’art. 317 c.p., cfr. Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., pp. 27 s. e pp. 38 ss.; in dottrina, con il conforto di argomentazioni storico-domatiche, non manca chi fornisce argomenti condivisibili per il definitivo superamento nella nuova induzione indebita della vecchia “concussione fraudolenta”, dove la induzione-inganno non consentiva la punibilità dell’ingannato, cfr. AMISANO, *Riforma anticorruzione: scelta di politica criminale o emergenza?*, in *Crit. dir.* 2013, 169-170.

³⁷ Per gli ulteriori approfondimenti sul punto ci sia consentito rinviare al nostro *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 303 ss.

fisica o più spesso di coazione relativa³⁸, è rivolta a limitare radicalmente la libera autodeterminazione del soggetto destinatario della stessa che agisce non per conseguire un vantaggio, ma per evitare un danno, l'induzione indebita *ex art. 319 quater c.p.*, di contro, ed in via residuale, finirebbe per circoscrivere il suo ambito di operatività a quelle pressioni non irresistibili (persuasione, suggestione, allusione, silenzio³⁹ ed anche inganno, purché non in grado di inficiare la consapevolezza della dazione indebita⁴⁰)⁴¹ che, in via complementare, consentono di coniugare, nel soggetto destinatario delle stesse, tanto margini residui di autodeterminazione quanto un vantaggio indebito: quest'ultimo, infatti, quale elemento tipico implicito, verrebbe qui elevato a criterio di essenza e non più, come per il passato, a fattore motivazionale⁴².

Alla luce di una tale acquisizione, dunque, il diritto vivente sembra sostituire, sul piano sistematico, il rigido dualismo tra danno ingiusto, quale effetto della condotta di concussione per costrizione, e danno non ingiusto, quale effetto prospettato dalla condotta di induzione indebita in ragione del recupero della punibilità del privato interessato ad evitarlo come conseguenza vantaggiosa, con quello tra costrizione-minaccia *ex art. 317 c.p.* e induzione-non minaccia *ex art. 319 quater c.p.*, per cui:

a) nella prima si registrerebbero le condizioni per una sua estensione sino a ricomprendervi note forme di minaccia-mezzo implicita⁴³ che, pur sempre e rigorosamente radicate nella prospettazione di un male ingiusto⁴⁴, ma senza escludere anche quello 'non ingiusto' fuori

³⁸ Con abuso di strumenti di contenzione o di immobilizzazione da parte del pubblico agente, cfr. Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 30-33; si tratterebbe di quel carattere unicamente compatibile con abusi funzionali che, ordinariamente di coazione relativa, si rivelerebbero, incapaci, per struttura, di produrre, se non appunto in casi limitatissimi, violenza fisica e, quindi, forme di coazione assoluta in grado di eliminare ogni margine di scelta nel destinatario delle stesse, si terrebbero lontani da qualificazioni fattuali in termini di violenza privata ovvero di rapina aggravata, a seconda del disvalore di evento che si accompagna ad un disvalore della condotta opportunamente rimodulato in ragione del disvalore complessivo dell'illecito così individuabile correttamente cfr. per tutti FIORE, *Concussione*, in AA. Vv., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. Trattato diretto da FIORE, Torino 2004, p. 128; CATENACCI, *Concussione*, in AA. Vv., *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino 2011, p. 63; SPENA, *Per una critica*, cit., 12.

³⁹ Se è vero che di per sé l'induzione non esclude una sua manifestazione in termini negativi, è anche vero che, normativamente, alla stregua della combinazione degli elementi della fattispecie di cui al nuovo art. 319 *quater c.p.*, con riferimento all'abuso di potere, nella forma del gerundio, essa postula una attività necessariamente positiva e materiale, causalmente capace di innescare il processo alla dazione indebita. Pertanto, il silenzio a cui fa riferimento la Corte non può che trattarsi di un silenzio "qualificato", vale a dire di un contegno da ricostruire in termini attivi alla stregua di un'azione mediante omissione", per maggiori approfondimenti cfr. PIVA, *Alla ricerca dell'induzione perduta*, cit., 11.

⁴⁰ Sui rapporti tra "induzione in errore" e "induzione fraudolenta" che, sulla base della consapevolezza del privato dell'abuso e dell'illiceità della richiesta di denaro o utilità da parte del p.a., può fondare l'applicazione dell'art. 319 *quater c.p.* ovvero anche dello stesso art. 317 c.p., a seconda dell'oggetto della persuasione cfr. CONTENUTO, *Commento agli artt. 317 e 317 bis del codice penale* (1996) ora in Id., *Scritti 1964-2000*, a cura di SPAGNUOLO, Rom-Bari 2002, pp. 530 ss. e pp. 538 ss.; MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 179-180; inutile dire che l'art. 319 *quater c.p.* troverà applicazione tanto nelle ipotesi in cui l'inganno determini un errore su una situazione diversa, ma comunque non incidente sulla scelta di corrispondere un'utilità che si sa essere non dovuta, tanto in quelli in cui esso produca un mero stato di dubbio circa l'ingiustizia della dazione o della promessa assimilabile all'elemento psicologico del dolo alternativo o eventuale, cfr. PIVA, *Alla ricerca dell'induzione perduta*, cit., 11-12; DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1490-1491; SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*. *Il commento*, in *Dir. pen. proc.* 5/2014, 566.

⁴¹ In dottrina non manca chi autorevolmente sottolinea come quelle appena sopra enunciate non rappresentano che alcune modalità induttive, ma non sono l'induzione, potendo ricomprendere nella 'non minaccia' anche la sollecitazione e la determinazione come forme di istigazione-preaccordo non prevaricatrici, come pure nella 'minaccia indiretta o implicita' hanno avuto sempre spazio ambigui connotati induttivi che solo per effetto di giudizi valutativi sono diventati costrittivi, secondo le stringenti argomentazioni di DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., pp. 1497 ss.; nella manualistica pure si registra una vivace critica alle insidie della dilatazione giurisprudenziale della ampia condotta di induzione, che è destinata a recuperare razionali vincoli di tassatività solo bilanciando la pressione (psicologica) non irresistibile di una condotta che, a differenza della costrizione, si caratterizza in riferimento alla incapacità del privato di non contrastarla e, quindi, disposto a non opporvi resistenza, così FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol I, *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 14.

⁴² cfr. Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., pp. 37 ss.

⁴³ Sul punto cfr. esaustivamente BENUSSI, *art. 317 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI - MARINUCCI, Milano 2011, p. 2967 e pp. 2969 ss.

⁴⁴ Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VIII, *Delitti contro la persona*, a cura di PISAPIA, Torino 1985, p. 807.

da ipotesi di esercizio di un diritto o di una facoltà giuridica⁴⁵, si rivelano essenzialmente in grado di portare il destinatario delle stesse a subire la dazione indebita a conferma di una sua autodeterminazione totalmente annientata, anche in ragione della assenza di un vantaggio indebito o illegittimo⁴⁶;

b) nella seconda, di contro, è proprio la valorizzazione di quell'ulteriore elemento tipicamente implicito che, rinvenibile nel consapevole perseguimento di un indebito vantaggio da parte dell'indotto per una sua condotta solo così punibile⁴⁷, consente in via ermeneutica di giungere alla condivisibile ridefinizione sistematica dell'ambito di operatività delle specifiche fattispecie qui in esame, grazie anche al diverso riverbero che le condotte producono sulla volontà del privato, verificando se quest'ultima sia stata "piegata" (art. 317 c.p.) ovvero semplicemente "orientata" alla dazione indebita, così accettata e non subita (art. 319 *quater* c.p.⁴⁸).

Se tutto questo è vero, allora, non deve meravigliare come un tale quadro ricostruttivo, poi, pure non ha mancato di rafforzare quelle posizioni dottrinali e ora anche giurisprudenziali che, sin dalla loro introduzione, hanno confermato una ricostruzione in termini di bilateralità delle stesse ipotesi di induzione indebita, per una natura necessariamente concorsuale del fatto monoffensivo di cui al nuovo art. 319 *quater* c.p., in cui la punibilità del destinatario dell'abuso induttivo, senza escludere soggetti titolari di una qualifica pubblicistica, si riveli determinante per la definizione del disvalore complessivo di un illecito confinato teleologicamente in ambito strettamente pubblicistico, diversamente da quanto avviene nella concussione la cui

⁴⁵ Minaccia-mezzo e minaccia-fine, quella di cui all'art. 612 c.p. verrebbero così accomunate da un identico contenuto che, pur avendo ad oggetto un danno ingiusto, può concretizzarsi anche in forme di abuso del diritto, quando dirette a conseguire uno scopo diverso da quello legittimo per il conseguimento del giusto fine. L'abuso costrittivo, infatti, nel nuovo art. 317 c.p. si caratterizzerebbe anche per la strumentalizzazione dell'esercizio di un potere pubblicistico attraverso un atto legittimo quando, deviato dalla sua finalità tipica, porterebbe pur sempre ad un male ingiusto capace di inficiare la libera autodeterminazione dell'individuo. Tali conclusioni non sembrano variare anche se si distingue la minaccia-fine che ha ad oggetto un danno ingiusto con la minaccia-mezzo caratterizzata dalla prospettazione di un danno ingiusto come conseguenza anche della prospettazione di una male di per sé giusto, per una opportuna sintesi sul punto cfr. BALBI, *Sulle differenze tra i delitti di concussione*, cit., p. 6 e pp. 11 ss.; GATTA, *Sulla minaccia dell'esercizio di un potere pubblico*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2 dicembre 2013, p. 4; CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2011, 549; MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 53; MANZINI, *op. ult. cit.*, pp. 815 ss.; in giurisprudenza per tutte cfr. Cass. pen., Sez. VI, 8 maggio 2013, n. 20428, Milanese, rv. 255076 (E' il caso qui di un poliziotto, in abiti civili e fuori dal servizio, che invita una prostituta priva di permesso di soggiorno mentre esercitava per strada a seguirlo per avere un rapporto sessuale, poiché in quel modo avrebbe fatto finta di non averla vista: da qui una contestazione di tentata concussione per l'assenza *ex ante* di un chiaro fine di vantaggio indebito a fronte della minaccia di un generico danno ingiusto. Una stessa situazione si registra anche nella sentenza De Gregorio, per il caso del comandante di un nucleo provinciale della polizia tributaria che, alterando il piano di programmazione delle verifiche annuali, costringeva due imprenditori a dazioni indebite in cambio di un "ammorbidente" delle verifiche, minacciando esito negativo delle stesse in caso contrario); sull'(ab)uso con strumentalizzazione di una attività lecita per finalità illecite, che neppure avrebbe escluso la condotta (di minaccia) induttiva del vecchio art. 317 c.p. si registrava un atteggiamento prevalentemente adesivo in giurisprudenza, per tutte cfr. Cass. pen., Sez. VI, 26 febbraio 2009, rv. 244354; Cass. pen., Sez. VI, 23 maggio 2006, n. 255887, in *Cass. pen.* 2007, 10, 3681; con il conforto in dottrina di GIORDANO, *La nozione di induzione e l'attuale consistenza della c.d. concussione ambientale*, in AA. Vv., *Corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione*, a cura di GIORDANO - PICCIRILLO, Roma 2011, cit., pp. 98 ss.; BENUSSI, *art. 317 c.p.*, cit., 2961. *Contra* invece chi ritiene in dottrina: a) che la condotta di abuso necessita del carattere ingiusto della conseguenza prospettata; b) che la natura lecita e doverosa di tali comportamenti sia inidonea a costringere ovvero indurre; c) che per ragioni di legalità la condotta di abuso esclude ogni riferimento a pressioni esercitate "a causa delle funzioni", e che per questo la dazione indebita non è frutto di cedimento per timore del provvedimento minacciato dal pubblico agente, quanto *ordinariamente* (il corsivo è nostro) per farla franca secondo una dinamica più corruttiva che concussiva del fatto cfr. FIORE, *Concussione*, in AA. Vv., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 123; STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA. Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna 2003, pp. 129-130; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna 2012, p. 214; CONTENUTO, *La concussione*, Bari 1970, p. 56. Per una opportuna diversificazione tra minaccia di un male giusto da esercizio abusivo di un diritto, penalmente rilevante come costrizione in termini di estorsione, ma mai in termini di costrizione concussiva, in assenza di abuso funzionale, né di induzione corruttiva, per un quadro normativo che risente chiaramente dei diversi contenuti della condotta del soggetto che, proprio nel caso dell'estorsione, anche quando articolata secondo modalità minacciose di un male giusto non si caratterizza per nessuna posizione di approfittamento nel soggetto destinatario della stessa e tale da non sminuire la rilevanza penale della compressione della libertà morale del soggetto passivo, cfr. più ampiamente SPENA, *Per una critica*, cit., 20.

⁴⁶ Tutto ciò ad evidente completamento all'interno dell'intero ordinamento giuridico, sia sotto il profilo civilistico (art. 1435 c.c.) che sotto quello penalistico (art. 612 c.p.) di una concezione giuridica tendenzialmente unitaria della nozione di minaccia come modalità di aggressione della libera autodeterminazione e integrità psichica dell'individuo cfr. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma 2013, pp. 215 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 34.

⁴⁷ La previsione della punibilità del privato è il vero indice rivelatore del significato della induzione cfr. Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 36; DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1484.

⁴⁸ Si tratta di verificare se in ipotesi lo stato psicologico del privato-vittima non è quello di chi è consapevole di *soccombere al sopruso*, ma quello di chi paventa di poter *subire un sopruso*, così come nel nuovo art. 319 *quater* c.p. il privato *accetta il sopruso* per un suo calcolo di convenienza, a tale conclusione si giunge sintetizzando le condivisibili osservazioni di MONGILLO, *La corruzione*, cit., pp. 142-144.

plurioffensività origina da una condotta lesiva anche di beni privatistico-individuali⁴⁹.

Le stringenti argomentazioni di cui sopra, tuttavia, seppur evidentemente frutto di una ineccepibile dommatica giurisprudenziale, neppure sembrano porre, a ben vedere, la recente riforma dei reati di mercimonio delle funzioni pubbliche al riparo da discutibili forme penalistiche di supplenza giudiziaria che, poste a fondamento di una ormai dilagante giurisprudenza-fonte⁵⁰, sono destinate a far prevalere, costantemente, la nomoflaccia dei casi sulla nomoflaccia delle norme⁵¹ quando non filtrate da criteri di sussidiarietà. Infatti, le stesse Sezioni unite Maldera, distaccandosi dai tre orientamenti giurisprudenziali delle sezioni sempli-

⁴⁹ Così chiaramente Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 36-40; sul punto, da ultimo, approfondendo un criterio quantitativo mai apertamente ripudiato dalle Sez. Un. Maldera, mostra riserve sul terreno della ragionevolezza, e quindi, anche del trattamento sanzionatorio attenuato, per ipotesi che si caratterizzerebbero, invece, per un disvalore complessivo del tutto equivalente, BALBI, *Sulle differenze tra i delitti di concussione*, cit., 14-15; non manca, infine, anche chi, diversamente, propone una configurazione del reato di cui all'art. 319 quater c.p. come norma a più fattispecie, a ben vedere anche per le ipotesi di reato plurisoggettivo, non di incontro, ma a condotte autonome che sono tipizzate in successione cronologica e causale, cfr. per una visione di sintesi sul tema DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1498; PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, in *Dir. pen. proc.* 5/2014, 571; SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite. Il commento*, cit., pp. 567 ss.; ID., *I delitti di concussione ed induzione indebita*, in AA. Vv., *La legge anticorruzione*, a cura di MATTARELLA - PELISSERO, Torino 2013, 397; SPENA, *Per una critica*, cit., 17; FIDELBO - CANTONE, *Relazione 19/13*, 3 maggio 2013, in www.cortedicassazione.it, pp. 17 ss.; PIVA, *Alla ricerca della induzione perduta*, cit., 13-14. Una tale ricostruzione, che pure porta ad una affermazione della autonomia 'interna' delle fattispecie di induzione e dazione indebita, sembra fondata sulla loro possibile differenziazione soggettiva in virtù di una percezione che, se porta ragionevolmente ad ipotizzare nel privato il dolo di concussione e non il dolo di induzione indebita, finisce per strumentalizzare il dogma della mutua esclusività sulla base di una condotta, quella del pubblico agente, sempre connotata da coazione relativa, anche se di diversa intensità, che derogherebbe alla qualificazione unitaria dell'art. 319 quater c.p. in nome di una dommatica pronta a negare una equità pure esplicitamente ricercata. Per altro verso, poi, e senza negare la natura plurisoggettiva della induzione indebita pure non manca in dottrina chi addivene ad una sua classificazione come reato a condotte autonomamente tipizzate in successione cronologica e causale, e tutto ciò, si afferma, per evidenti benefici: a) in tema di ammissibilità del tentativo, così unilateralmente configurabile, diversamente dai casi di reato plurisoggettivo di incontro, dove la punibilità unilaterale è possibile solo attraverso una norma espressamente prevista (si pensi all'art. 322 c.p. per la corruzione). Anche qui, in verità, non mancano possibili riserve su di una tale affermazione, foriera anche di eventuali aporie sistematiche cui porterebbe l'applicazione dell'art. 56 c.p. all'art. 319 quater c.p., qualora quest'ultima norma, strutturata in termini plurisoggettivi, venisse sottratta, per i casi di *tentata induzione indebita*, proprio alla regola generale di cui all'art. 115 c.p., dal momento che l'ipotesi di *induzione effettiva tentata* verrebbe coperta dalla stessa condotta di indebita induzione, fino a ricomprendervi anche le modalità di sollecitazione e determinazione come forme di istigazione-preaccordo non prevariatrici e che, così come positivizzata nello stesso art. 319 quater c.p., in assenza della dazione indebita, si caratterizzerebbe per un disvalore penale solo così recuperato ad esigenze di ragionevole proporzione rispetto alle ipotesi di istigazione alla corruzione attiva. Inutile dire, poi, che per quanto attiene al tentativo del privato di dazione indebita, esso deve trovare nella induzione indebita un antecedente causale logicamente e normativamente necessario in assenza del quale la dazione o promessa integrerebbe solo differenti fattispecie, alle quali risulterebbe ragionevolmente legata non certo nell'*an* della punibilità, ma sicuramente nel *quantum*. Una conferma dell'assunto di cui sopra, infatti, la si può rinvenire nelle regole di consumazione che individuano tale momento quando la richiesta del pubblico agente è accolta anche con la sola promessa da parte dell'indotto, nessun rilievo potendosi riconoscere alla circostanza che, subito dopo la promessa, che di per sé sola perfeziona il reato, e senza che faccia seguito la dazione-evento, il privato si rivolga alla polizia perché la consegna dell'utilità avvenga sotto il controllo di essa o la promessa sia stata fatta con la riserva mentale, *ab origine*, di non volere poi effettuare la stessa dazione-evento; dunque, l'atteggiamento originario o successivo dell'indotto potrebbe rilevare, invece, solo sul piano della desistenza o del recesso attivo; b) in tema di dolo, ed in applicazione di una teoria generale del corr(eo)indotto (artt. 48, 54, 112, 114 e 119 c.p.), plasmabile sulla figura speciale di concorso necessario di un soggetto (l'indotto) determinato per il perseguimento di un vantaggio ingiusto ovvero in applicazione delle regole costituzionali di personalità della responsabilità penale, neppure è da escludere, all'interno dell'art. 319 quater c.p., una possibile frantumazione soggettiva delle fattispecie che, quando oggettivamente caratterizzate da un vantaggio ingiusto per l'indotto, potranno anche escluderne la punibilità essendo la loro sorte in concreto legata a fattori imprevedibili, tanto che il giudice potrà ritenere sussistente il reato di induzione indebita nei confronti del funzionario ed escluderlo per il privato che ha agito soggettivamente come vittima di una induzione costrittiva *rectius* di una concussione annientatrice della sua libera autodeterminazione. Se l'inducente rispetto al passato è sempre punibile, è proprio l'indotto che recupera per il futuro una punibilità prima esclusa all'interno di una sistematica differenziata, per maggiori approfondimenti delle argomentazioni di cui sopra cfr. DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1489; SPENA, *Per una critica*, cit., 17; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 234; GAMBARDELLA, *La "massima provvisoria" delle Sezioni Unite Maldera*, cit., 5-6.

⁵⁰ Una sintesi del dibattito, con apprezzabili spunti critici, sulla ascesa del "protagonismo giudiziario" odierno in materia penale sembra sollecitare una attenta riflessione intorno al paradigma della separazione dei poteri, concepita non più come limite esterno alla democraticità del sistema, ma caratterizzata da contrappesi insiti negli stessi poteri che si vuole bilanciare sulla base di controlli interni, nel caso del sistema giudiziario, opportunamente riarticolati in modo da sconfiggere rischiosi meccanismi da *stare decisis* per ordinamenti di *civil law* in cui, anche la dommatica, è chiamata a porre argini ad argomenti che, frutto di una rutilante autonomia creativa, non si dimostrino razionalmente fondati, così MANES, *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 1918 ss.; più in generale sul tema cfr. RAOUL C. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea* (1987), trad. it. di L. LAZZARI, Milano 1991, *passim* e, da ultimo, MOCCIA, *L'odierna funzione di 'controllo' e 'orientamento' della dottrina*, cit., *passim*; in giurisprudenza cfr. per tutte Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2010, n. 18288, in *Cass. pen.* 2011, pp. 17 ss.; sull'importanza di esplicitare le scelte di valore sul piano normativo ancor prima che nell'ambito delle decisioni giudiziarie cfr. le dirimenti pagine di MOCCIA, *Una brevissima notazione in tema di struttura e fonomenologia del reato*, in AA. Vv., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova 1995, pp. 247 ss.; FIANDACA, *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in DONINI - INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna 2005, pp. 41 ss.

⁵¹ E' quanto pure paventano DONINI, *op. ult. cit.*, pp. 1501 ss.; PIVA, *op. ult. cit.*, 15; GATTA, *Sulla minaccia dell'esercizio di un potere pubblico*, cit., 12-13; per gli opportuni approfondimenti, più in generale sul tema della esaltazione della penalità cristallizzata in massime di esperienza cfr. le suggestive argomentazioni di IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 118.

ci così come sopra evidenziati⁵², non esauriscono la loro funzione nel porre le premesse per una ‘quarta via’ ermeneutica, ma, proprio perché aprono ad uno schema argomentativo in grado di rilevare la insufficienza di opzioni interpretative unilateralmente intese, evidenziano un contestuale loro limite alla capacità di fornire un adeguato criterio discretivo in grado di favorire una qualificazione delle nuove fattispecie tale da porle al riparo da eccessi tecnicistici come diretta conseguenza della ipervalutazione del disvalore della condotta sul disvalore di evento⁵³.

Breve: il vero problema era e resta, dunque, quello di scongiurare una pur sempre possibile deriva soggettivistica del tipo di illecito penale⁵⁴ che, tanto per i casi c.d. lineari ovvero ‘*strutturalmente*’ promiscui⁵⁵ quanto per quelli intermedi e ‘*dinamicamente*’ promiscui⁵⁶, finirebbe per continuare ad alimentare, anche nelle fattispecie della più recente riforma in materia di anticorruzione, il chiaro rischio di ipotesi allarmanti di tipicità ermeneuticamente ‘manipolate’ in cui ancora si registreranno ‘vittime punibili’ ovvero ‘colpevoli innocenti’⁵⁷. Deriva soggettivistica del tipo di illecito penale e negazione di una razionale ricostruzione ermeneutica delle fattispecie continueranno, così, ad alimentare quel diritto penale onnivoro⁵⁸ in cui, con riferimento alle fattispecie qui oggetto di studio, momenti valutativi di qualificazione del fatto resteranno sempre in agguato laddove, senza il filtro di ragionevoli forme di (in)esigibile resistenza⁵⁹, la infizione della sanzione più grave, con una chiara eticizzazione dei beni di riferimento, sarà pronta ad assolutizzarsi sulla debolezza della coscienza del soggetto privato, che si vedrà, così,

⁵² Per una ulteriore ed esaustiva sintesi cfr. GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e ‘induzione indebita’: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, cit., pp. 1 ss.

⁵³ Secondo quanto pure paventato da DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., pp. 1504 ss.; per una critica ad una opzione di sistema che riflette nella più recente normativa anticorruzione una dinamica di diritto penale disciplinare che sembra pervadere l’insieme dei reati di infedeltà nella pubblica amministrazione ci sia consentito rinviare al nostro *Infedeltà e oggetto della tutela*, cit., *passim*.

⁵⁴ Con particolare riferimento ai casi di minaccia *indeterminata* implicita, che diversamente da quelli di minaccia *determinata* implicita, si rivelerebbero privi di un chiaro intento intimidatorio cfr. PIVA, *Alla ricerca dell’induzione perduta: le Sezioni Unite tentano una soluzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 12 maggio 2014, p. 8-9; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 35-41.

⁵⁵ Così PIVA, *op.ult.cit.*, p. 4; GIOIA, *Il criterio di distinzione tra concussione e induzione indebita*, cit., pp. 47 ss.

⁵⁶ Il riferimento è al tentativo di ridurre quelle situazioni in cui il pendolo tra concussione e induzione indebita continuerà, anche in ragione della riforma, ad oscillare ambiguamente per i casi caratterizzati da minaccia-offerta (*thoffer*), dall’esercizio di poteri pubblici discrezionali, dalla prospettazione di un danno generico a rischio di autosuggestione ovvero di un *metus ab intrinseco*, dalla sussistenza di alternative ‘lecite’ facilmente accessibili da parte del privato nonostante l’abuso subito e, in ultimo, dal fine dell’*extraneus* di preservare un bene altamente personale da un grave pericolo di danno (c.d. ipotesi di induzione-minaccia a vantaggio). Si tratta di casi che hanno in comune un metodo che, per una corretta qualificazione giuridica del fatto, rende necessario calare il principio del danno-vantaggio nella specificità del caso concreto, arricchito necessariamente da criteri integrativi che, in una prospettiva valoriale di politica criminale, consentano di pervenire ad un ragionevole e “contestualizzato” bilanciamento tra gli interessi in gioco, impedendo così la incriminazione di omesse resistenze eroiche per fatti di induzione tirannica che finirebbero per ritenere come normale la punizione sistematica della inesigibilità. Pertanto, si avrà concussione o induzione indebita dopo una verifica dei parametri di cui sopra, da non considerare staticamente, in modo tale da non smarrire la sostanza individualizzante della realtà e l’estrema varietà delle possibili situazioni fattuali che essa propone, tanto da accertare in concreto se effettivamente lo scopo di vantaggio, in quanto accettato e non subito, si pone fuori dalla concussione, per un fatto definitivamente sottratto a forme ambigue di tipicità ad assetto variabile in cui la concussione per costrizione si sovrappone ad una per costrizione “vera e propria”, cfr. più ampiamente sul punto BALBI, *Sulla distinzione tra i delitti di concussione*, cit., pp. 17 ss.; MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., pp. 206 ss.; GIOIA, *Il criterio di distinzione tra concussione e induzione indebita*, cit., pp. 57 ss.; PIVA, *op. ult. cit.*, *ivi*; pp. 8-9; PISA, *Una sentenza equilibrata*, cit., pp. 570 ss.; PALOMBI, *La concussione per induzione e lo stato di soggezione della vittima*, in *Riv. pen. econ.* 1994, n. 3-4, 348; in giurisprudenza cfr. da ultimo Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 33 e 41.

⁵⁷ Rischi concreti legati, da un lato, con la prevalenza di interpretazioni conservatrici, alla estensione della sfera di operatività della induzione indebita e, dall’altro, con interpretazioni qualitativo-soggettivizzanti alla estensione, di contro, dell’operatività della fattispecie di concussione. Si tratta, così, di dare vita ad una discutibile ipocrisia di sistema che, nel tentativo di correggere una prassi distorta, finisce per alimentare forme eccessive di discrezionalità ‘tipizzante’ con evidenti tensioni sul terreno della legalità che, per evitare lacune punitive, sono chiamate necessariamente ad opzioni valutative, ma teleologicamente filtrate, se solo si vuole impedire le aporie di un formalismo esasperato ed incapace di rispondere alle esigenze di tutela effettive, si pensi al noto caso del paziente di una struttura pubblica che paga il primario ospedaliero, che la sollecita, una tangente per evitare di attendere un anno l’operazione, cfr. quanto pure paventato da SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in AA. Vv., *La legge anticorruzione*, cit., 400; DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1487 e 1493; critico verso una improvvida giurisprudenza che procede all’allargamento per via interpretativa della condotta costrittiva si mostra PELLISERO, *La nuova disciplina della corruzione tra repressione e prevenzione*, in MATTARELLA - PELLISERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., 348.

⁵⁸ Espressione di un trend efficientistico-strumentale e *lato sensu* securitario, che ha portato ad evidenziate chiare resistenze al riaffermarsi di quella onnivora *cultura del penale*, di breve periodo, irrazionale e simbolica, alla quale lo stesso diritto penale “multilivello” sembra non essere capace di resistere cfr. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., pp. 27 ss.; più in generale, per una consapevole divaricazione tra ‘obblighi positivi’ e obblighi di tutela penale, chiaramente incidenti sugli ambiti di operatività delle fattispecie più gravemente sanzionate cfr. MOCCIA, *Funzioni della pena e implicazioni sistematiche*, relazione tenuta al convegno organizzato dall’Associazione S. Sandano su *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Roma 2012, *passim* e spec. pp. 13 ss. del dattiloscritto; MANACORDA, *“Dovere di punire”? Gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, pp. 1364 ss.; BARATTA, *Il Corpus iuris e la cultura giuridico-penale europea*, in AA. Vv., *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di MOCCIA, Napoli 2004, pp. 25 ss.

⁵⁹ Più ampiamente v. *infra* p. 24.

punito per il solo mancato assolvimento di strumentali forme di eroico coraggio civico di chiara marca autoritaria⁶⁰.

Alla luce di tutto quanto sopra, infatti, se gli elementi del danno ingiusto-vantaggio indebito non vengono sottratti a stadi soggettivizzanti di mera percezione per essere, nella loro qualità di criteri di essenza, più correttamente correlati alla affermazione di oggettive prospettazioni nell'ambito di margini decisionali ispirati da un teleologico bilanciamento tra costi-benefici personali⁶¹, il rischio di una assolutizzazione ed estremizzazione eticizzante dei reati di concussione e induzione indebita sul loro disvalore di azione non mancherà di presentarsi come fortemente concreto⁶².

Pertanto, a fronte delle sollecitazioni alla valorizzazione della *ratio* di politica criminale che anima la più recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione⁶³, un tale fenomeno non tarderà a manifestarsi se solo il diritto penale multilivello, concentrato sulla eliminazione della impunità del falso concusso per esigenze di effettività nel controllo della corruzione internazionale, non saprà arginare, nella verifica della operatività delle singole fattispecie, un discutibile efficientismo irrazionale che, in nome della tenuta ideologica del sistema, porti il diritto giurisprudenziale a legittimare forme di (de)penalizzazione in concreto ovvero di (dis)continuità del tipo di illecito che, anche nelle questioni di diritto intertemporale, saranno pronte a (rin)negare le stesse acquisizioni di quella rigorosa dommatica di fonte prasseologica che pure faticosamente è stata chiamata a rinvenire una razionale delimitazione delle condotte di concussione per costrizione e di induzione indebita⁶⁴.

⁶⁰ È quanto rileva pure DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1504; per una legittimazione del diritto penale che, lontana da una sua ri-etizzazione in termini fideistico-religiosi, e senza trasformare la democrazia liberale in una fortezza blindata, sappia comprendere che solo in una prospettiva ideologica ancorata all'idea di oggettiva dannosità sociale lo strumento penale saprà garantire l'esercizio di quelle libertà fondamentali alla base del suo stesso spirito animatore cfr. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in AA. Vv. *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di STILE, Napoli 2011, pp. 135 ss.; nella dottrina tedesca per tutti cfr. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI e PALIERO, Milano 2006, pp. 715 ss.

⁶¹ Cfr. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., pp. 207 ss. per una proposta che sembra orientare in giurisprudenza la soluzione accolta in Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 39; infatti, nella induzione indebita, ad esempio, la relazione tra la condotta del privato e la influenza sulla sua psiche esercitata dal pubblico funzionario, solo se supportate da un effettivo vantaggio indebito derivante all'*extraneus* da una strumentalizzazione funzionale di un atto legittimo da parte dell'*intraneus* possono contribuire ad arricchire in modo dirimente il dibattito che anima le incertezze nel ricorso ai comuni parametri di accertamento del nesso causale nella individuazione di una relazione normativa tra condotte comunicazionali di interferenza psichica, dove la negazione della sussistenza di leggi scientifiche a fondamento della *probatio diabolica* di una causalità psicologica sembra favorire l'adozione di criteri 'condizionalistici' radicati in più affidabili massime di esperienza che, empiricamente verificabili, impongono una necessaria concretizzazione e contestualizzazione di una "analisi situazionale" filtrata da parametri di credibilità razionale i quali, teleologicamente recuperati a riferimenti normativi di imputazione oggettiva, si rivelino pur sempre necessari ad impedire una limitazione dell'ambito della punibilità ad una tipizzazione meramente causale del fatto o del concorso, cfr. sul punto MAGRO, *Sul vantaggio dell'extraneus indebitamente concusso: alla ricerca di parametri nomologici e generalizzazioni affidabili*, in *Arch. pen.* 2/2014, 5 s., pp. 20 ss. e pp. 23 ss.; IACOVIELLO, *La cassazione penale*, Milano 2013, pp. 316 ss. e pp. 427 ss.; LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli 2011, pp. 328 ss.; RISCATO, *Causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino 2007, pp. 29 ss.; CINGARI, *Causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità*, in *Dir. pen. proc.* 2009, 767; RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind pen.* 2004, 815; SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione delle fattispecie*, Napoli 2004, pp. 194 ss.; CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli 2003, pp. 239 ss.

⁶² Analoghe perplessità vengono agitate, laddove il recupero del movente dell'indotto al conseguimento di un ingiusto vantaggio rischia di ripetere le coordinate di un dolo specifico, che può evitare le tradizionali tensioni con il diritto penale del fatto solo se filtrato dal recupero di adeguati criteri di materialità, imputazione oggettiva ed offensività, i quali già sul terreno della condotta devono ridurre i rischi di arbitrarità applicativa dell'illecito penale, più ampiamente sul punto cfr. BALBI, *Sulle differenze dei delitti di concussione*, cit., pp. 15 ss.; PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano 1993, *passim* e spec. pp. 533 ss.

⁶³ Così GAMBARDELLA, *La massima provvisoria delle Sezioni Unite Maldera*, cit., 10-11; rispetto ad un tale assunto sembra in ogni caso opportuno precisare che la *ratio* di tutela, solo se affrancata da una concezione metodologica del bene giuridico ed assunta a *télos* privilegiato di riferimento, può essere destinata, da un lato, a svolgere un ruolo ermeneutico essenziale nella elaborazione concettuale di singoli elementi fattuali e, dall'altro, ad assumere il compito di fattore decisivo nella selezione contenutistica di beni giuridici penalmente tutelabili, senza mai, attraverso un suo ruolo preminente e non integrativo di altri criteri, prestarsi così ad una strumentalizzazione di regole di legalità per operazioni di suppletiva giudiziaria in materia penale, cfr. sul punto quanto autorevolmente sostenuto da TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, pp. 364 ss.; MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. Giur.*, vol. XXII, Roma 1990, pp. 3 ss.; nella dottrina tedesca HASSEMER, *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, in *Festschrift für Coing*, I, München 1992, pp. 493 ss.

⁶⁴ Secondo quanto pure rilevano AMISANO, *Riforma anticorruzione: scelta di politica criminale o emergenza?*, cit., pp. 163 ss. e pp. 168 ss.; DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., pp. 1501 ss.; sulla possibile relazione tra qualificazione in termini di concorso necessario del fatto di cui all'art. 319 *quater* c.p. e le sue ripercussioni evidenti sulle questioni di diritto intertemporale cfr. PIVA, *Alla ricerca dell'induzione perduta*, cit., pp. 14 ss.

3.

Il fondamento valoriale della giurisprudenza-fonte alla prova del controllo di razionalità dottrinale.

Sulla base delle considerazioni appena sopra svolte, allora, appare inevitabile la presa d'atto per cui, secondo pure quanto emerge chiaramente dalle motivazioni adottate nelle Sezioni unite Maldera, la più recente riforma dei reati di mercimonio delle funzioni pubbliche si caratterizza per una evidente esigenza di razionalizzazione di un tessuto normativo solo così in grado di porsi a fondamento di una chiara visione di ristrutturazione delle fattispecie già ermeneuticamente rivisitate. Pertanto, appare di tutta evidenza come sia proprio attraverso la piena valorizzazione dell'antiformalismo come metodo⁶⁵ che il reato di induzione *ex art. 319 quater* c.p. si presenta non solo qualitativamente autonomo e assimilabile alla logica negoziale del reato-contratto bilateralmente illecito, ma, favorito da una collocazione topografica nell'orbita della corruzione, si pone anche a fondamento del definitivo superamento di quella idea conservatrice che è alla base di quel c.d. spacchettamento delle fattispecie qui richiamate⁶⁶. Infatti, la nuova induzione indebita, pur in presenza di elementi comuni con la costrizione *ex art. 317* c.p., quali la dazione indebita e l'abuso di qualità e di poteri⁶⁷, sicuramente si differenzia dalla concussione per il suo radicamento nell'ambito di modalità di aggressione che, in assenza del *metus publicae potestatis*⁶⁸, delineano un comportamento incapace di manifestarsi in termini di coazione relativa e, quindi, di qualificarsi attraverso una chiara lesione della libera autodeterminazione del soggetto destinatario dello stesso⁶⁹. L'abuso induttivo *ex art. 319 quater* c.p., pertanto, solo in virtù di una chiara interazione tra modalità della condotta e dell'offesa, recuperate ad un teleologismo complessivo normativo-superiore⁷⁰, riesce a connotarsi, diversamente da quello concussivo, per una mancata imposizione vittimizzante della dazione indebita

⁶⁵ Per una compiuta ricostruzione dell'antiformalismo come metodo alla base di un teleologismo assiologicamente orientato da funzioni normative della pena cfr. per tutti MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, *passim* e spec. pp. 68 ss.

⁶⁶ Secondo schemi normativi caratterizzati da c.d. corruzione assorbente che, in virtù della definitiva rinuncia sistematica ad una discussa unificazione delle fattispecie di concussione e corruzione, nonché di clausole premiali di non punibilità per la collaborazione processuale, finiscono per affidarsi, per ragioni di politica criminale, a discutibili opzioni di c.d. *diritto penale del processo* teso qui a funzionalizzare inasprimenti sanzionatori in un'ottica di rafforzamento di strumenti di indagine, per maggiori approfondimenti cfr. DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1502; SESSA, *La fisiologia dell'emergenza nella più recente normativa anticorruzione: tra eccessi tecnicistici e diritto penale criminogeno*, in *Crit. dir.* 2012, pp. 293 ss. e pp. 317 ss.; sulla frantumazione del sistema sanzionatorio, con il rischio della riducibilità del binomio regola-sanzione, e sul fondamento della premialità come sanzione positiva orientata da principi da stato sociale di diritto cfr. esaurientemente PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, pp. 419 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli 1997, pp. 179 ss. e pp. 201 ss.; DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili di dissociazione tra reato e pena*, Milano 1998, *passim*; MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli 2007, *passim*.

⁶⁷ Questi ultimi da inquadrare non come presupposto, ma come elemento essenziale della condotta di costrizione e induzione, quale mezzo imprescindibile per ottenere la dazione o promessa di danaro. Abuso di qualità e poteri, pertanto, si tradurrebbero nella loro strumentalizzazione per il perseguimento di finalità illecite; come deviazione dalla funzione tipica del diritto all'uso di poteri e qualità, tanto da ricomprendervi anche l'esercizio strumentale di un'attività oggettivamente lecita e doverosa per ottenere un'indebita utilità, cfr. Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., pp. 22 ss.; più in generale sul tema dei rapporti tra presupposti ed elementi essenziali del fatto cfr. per tutti la magistrale lezione di DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, in *Id.*, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano 1976, pp. 135 ss.

⁶⁸ Sui rischi legati ad una emozionalizzazione del diritto penale per un requisito, quello del *metus*, che, chiamato ad incidere sulla libera autodeterminazione del destinatario della condotta, ben oltre la proiezione della personalità della vittima sulla tipicità del fatto, sembra favorire un percorso ermeneutico ricostruttivo decisamente eccessivo, cfr. le stringenti osservazioni di BALBI, *Sulle differenze tra i delitti di concussione*, cit., 19; . infatti, mentre nel nuovo art. 317 c.p. il *metus* continua ad indicare il timore di conseguenze negative derivanti da un uso distorto dei poteri del pubblico ufficiale, nell'art. 319 *quater* il *metus*, invece, sfuma per descrivere una acquisita consapevolezza che sia opportuno seguire le indicazioni del pubblico ufficiale, così lucidamente MAGRO, *Sul vantaggio dell'extraneus indebitamente concusso: alla ricerca di parametri nomologici e generalizzazioni affidabili*, cit., 12.

⁶⁹ Analogamente da ultimo anche RONCO, *L'amputazione della concussione*, cit., *passim*; AMISANO, *Riforma anticorruzione: scelta di politica criminale o emergenza?*, cit., p. 169.

⁷⁰ In ossequio ai principi di offensività e colpevolezza cfr. Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, 27 e 38.

che, originata da un mero *condizionamento (psichico) oggettivo*⁷¹, è *accettata e non subita* da parte del soggetto destinatario della condotta, il c.d. corr(eo)indotto. Quest'ultimo, infatti, senza sopportare alcuna limitazione alla sua libera autodeterminazione, è allettato al conseguimento di un vantaggio illegittimo, essendo indotto a tanto da una strumentalizzazione funzionale da parte del pubblico agente dell'esercizio legittimo di un potere pubblico che, pur deviato dalla sua finalità tipica, porta a bilanciare, compensandola, proprio la dazione indebita con quel vantaggio ingiusto derivante dalla eliminazione di un male "giusto" in quanto prospettato quale diretta conseguenza della applicazione della legge da parte del pubblico agente⁷².

Se tutto questo è vero, allora, la nuova induzione indebita, chiaramente riconducibile al *genus* delle induzioni a vantaggio⁷³, non solo è destinata a smarrire in radice, e per evidenti

⁷¹ Diversamente da quanto avveniva nel vecchio art. 317 c.p., si tratta di comportamenti di determinazione psicologica che, seppur riferibili a forme di complicità attenuata, danno sicuramente origine a modalità di pressione morale non irresistibile e, pertanto, ben oltre ipotesi di blanda costrizione, si rivelano incompatibili con la loro capacità di originare nel destinatario il ruolo di vittima tipica della condotta di induzione in danno ovvero di induzione in errore, anche se con evidenti e diverse modalità di aggressione. L'induzione *ex art. 319 quater* c.p. indicherebbe una alterazione del processo volitivo di un soggetto che, condizionato da un rapporto comunicativo non paritario, conserva rispetto alla costrizione più ampi margini decisionali da attivare per resistere alle indebite pressioni del pubblico agente al fine di non concorrere nella lesione di beni fondamentali, per una sintesi sul punto cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 1992, p. 545; PIVA, *Premesse ad un'indagine sull'induzione come forma di concorso e "condotta-evento" del reato*, Napoli 2013, p. 101; in giurisprudenza Cass. pen., Sez. II, 10 marzo 1989, in *Cass. pen.*, 1990, 2102 per un assunto che sembra trovare attuale conferma da ultimo in Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 37-38, dove è possibile rinvenire un riferimento esplicito a forme di induzione, quelle dell'art. 319 quater c.p., destinate, attraverso un *condizionamento psichico*, a carpire una complicità prospettando un vantaggio indebito o evitare un male maggiore altrettanto ingiusto (*ult. cit.*, *ivi*) che rendono ragionevolmente inesigibile una mancata resistenza da parte del soggetto destinatario della condotta, tanto da fondarne un rimprovero deeticizzato nel rispetto dei principi costituzionali di personalità della responsabilità penale, solo così affrancata da una logica di chiara marca autoritaria. Inutile dire, infine, che proprio in una prospettiva tipicamente autoritaria, l'incriminazione di un dovere di resistenza attiva, in un sistema che lo inibisce, lo si sarebbe dovuto eventualmente realizzare, eccezionalmente per il privato, con una norma che rispondesse al modello ad esempio dell'art. 364 c.p., ma sempre in combinato disposto con una prevista non punibilità del destinatario della induzione che lo incentivi alla denuncia e che sia capace di rompere l'omertà del sodalizio criminoso, più ampiamente sul punto cfr. MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di uno sguardo generale sulla recente riforma dei reati di concussione e corruzione*, in *Arch. pen.* 2013, 20-22; SPENA, *Per una critica*, cit., 1, pp. 3 ss. e spec. pp. 16 ss.; VIGANÒ, *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 11 marzo 2013, 4; PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., 230; PIVA, *Alla ricerca dell'induzione perduta*, cit., 6; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 353.

⁷² Si pensi alla ipotesi dell'agente di polizia municipale che minacci/prospetti di denunciare un abuso edilizio effettivamente commesso o del direttore sanitario che induca l'impresa fornitrice di pasti ospedalieri a versare denaro paventando una risoluzione contrattuale effettivamente dovuta. Qui, valorizzando il disvalore complessivo dell'illecito, e individuando l'offesa tipica del fatto di concussione in ipotesi di condotte vessatorie del pubblico agente che, strumentalizzando funzioni lecite, caratterizzate dalla prospettiva di un male giusto, portano il pubblico agente ad astenersi dal compiere un atto pregiudizievole per il privato che cede alla dazione indebita avvantaggiandosi illegittimamente rispetto alla generalità dei consociati creando quella disparità tipica della corruzione, cfr. CATENACCI, *op.ult.cit.*, p. 62; DAVIGO, *Corruzione e concussione*, in AA. Vv., *Corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione*, cit., p. 22. In giurisprudenza da ultimo Cass. pen., Sez. VI, 5 dicembre 2012 (dep. 22 gennaio 2013), Roscia, in *Guida al diritto*, 9 febbraio 2013, n. 7, pp. 48 ss., con nota di CISTERNA, *Nella nuova figura prevista dal legislatore disposta anche la punizione del privato*, in *Idem*, pp. 57 ss. dove si afferma che la costrizione di cui al nuovo 317 c.p. non può che risolversi nella minaccia di un male "ingiusto", mentre l'induzione di cui al 319 quater c.p., al contrario, consiste nella condotta del pubblico agente che prospetti conseguenze sfavorevoli "derivanti dall'applicazione della legge", per ottenere il pagamento indebito di danaro o altra utilità evitando un male "giusto". In questo caso è punibile anche il soggetto indotto, proprio perché mira ad un risultato "illegittimo" a suo favore. Tali definizioni pure registrano, da ultimo, il fondamento per un atteggiamento critico in dottrina da parte di MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di uno sguardo generale sulla recente riforma dei reati di concussione e corruzione*, cit., 28, perché alla base di esse si può già scorgere una discontinuità del tipo di illecito che la giurisprudenza pure vorrebbe negare; da ultimo, infine, non mancano dubbi sulla inconfigurabilità di condotte di costrizione da prospettiva di un male giusto che, mentre per il passato venivano indifferentemente ricondotte all'art. 317 c.p., oggi di fronte all'autonomia della fattispecie di induzione e alla sua necessaria individuazione positiva, porterebbero ad una limitazione delle condotte di costrizione nel nuovo art. 317 c.p., cfr. FIDELBO-CANTONE, *Relazione n. 19/13*, del 3 maggio 2013, in *www.cortedicassazione.it*, 10.

⁷³ Per una tale classificazione, e per i suoi caratteri distintivi dalle "induzioni in danno" cfr. le lucide considerazioni di PALOMBI, *La concussione*, Torino 1998, *passim*; sembra trovare conferma, qui, l'assunto per cui, in riferimento al terreno "paludoso" dell'induzione, il criterio del danno-vantaggio, assume una valenza sempre più probatorio-indiziaria, a corredo del *metus publicae potestatis* e nell'ambito di una ricostruzione eclettico-dialettica del rapporto tra le volontà delle parti, per cui specie quando il privato persegue un proprio legittimo vantaggio (ad. es. pagamento di un credito) mostra un'inclinazione spontaneamente accondiscendente al pubblico funzionario, cfr. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., 230; MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 130; SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela*, cit., pp. 303 ss.; una esaustiva panoramica sulle tesi estensive dell'ambito di operatività dell'art. 317 c.p., vecchia formulazione, in riferimento alla nozione di abuso di poteri e alla condotta di induzione è proposta da FORNASARI, *Concussione*, in AA. Vv., *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di BONDI - DI MARTINO - FORNASARI, cit., pp. 171 ss. e pp. 175 ss.

ragioni strutturali, un suo ampliamento a condotte di induzione in inganno-errore⁷⁴ ovvero di induzioni non costrittive vittimizzanti⁷⁵, ma si viene anche a strutturare, abbandonando definitivamente l'alveo delle ipotesi di quantitativa minore concussione⁷⁶, in forme autonome e sussidiarie di 'non minaccia'. Queste ultime, caratterizzate da una pressione non irresistibile e, quindi, assolutamente non coattive, finiscono per legittimare, infine, quella chiara presa di posizione sistematica dalla quale risulta evidente il superamento di quella impostazione che, per il passato, portava, in un reato a condotte alternative, ad una mera differenziazione commisurativa della condotta di induzione con quella della costrizione⁷⁷.

Alla luce di tutto quanto sopra, quindi, ed anche in virtù, così come abbiamo già avuto modo di verificare⁷⁸, della rara estrinsecazione, più "libresca" che realistica⁷⁹, della concussione per costrizione in condotte di coazione psichica assoluta caratterizzata da violenza fisica, risulta facile comprendere come, in luogo della dicotomia danno ingiusto-vantaggio ingiusto, nelle Sezioni unite Maldera si giunge ad assumere a fondamento della distinzione tra il nuovo art. 317 c.p. e la induzione indebita ex art. 319 *quater* c.p. il meno 'rigido' dualismo intercorrente tra la costrizione-minaccia, caratterizzata dalla esclusione di ogni ipotesi di correttezza tra autore e destinatario della condotta, e la induzione-non minaccia, diversamente radicata sulla non esclusione della correttezza, laddove il riferimento al vantaggio indebito registrerebbe, proprio nella induzione, quell'ulteriore effetto che consente di guadagnare, in positivo, e sul piano della determinatezza, i connotati strutturali di un concetto normativamente residuale rispetto al danno ingiusto della costrizione di cui al nuovo art. 317 c.p.⁸⁰. Ed in un tale contesto sistematico non vi è chi non veda come sono proprio gli effetti derivanti da un apprezzabile, quanto insidioso, sforzo di tipizzazione giurisprudenziale delle possibili condotte "non coartanti" di induzione indebita che, fino a ricomprendere ipotesi di sollecitazione e determinazione come forme tipiche di istigazione pre-accordo, costituiscono 'a contrariis' le basi per il tentativo di

⁷⁴ Il riferimento è a tutti quei casi in cui, riflettendo le forme della vecchia concussione fraudolenta, l'inganno esclude la consapevolezza della dazione indebita sulla base di una falsa rappresentazione della realtà circa la doverosità della dazione o della promessa, per cui si renderebbe applicabile in tali casi la fattispecie della truffa aggravata, per tutti cfr. PIVA, *Alla ricerca della induzione perduta*, cit., p. 12; BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 11; VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, in questa *Rivista*, 2, 2013, 118 ss.; MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di uno sguardo generale sulla recente riforma dei reati di concussione e corruzione*, cit., 27; SPENA, *Per una critica*, cit., 14-15 dove pure l'A. non manca di rilevare che, anche attraverso la rivisitazione della ratio legislativa della necessità di resistere alle pressioni del pubblico agente, non si può cedere, pur ammettendo una falsa rappresentazione con ciò incompatibile, ad una ipotesi in conflitto con i più elementari principi di personalità della responsabilità penale (artt. 47 e 48 c.p.) e più in generale con l'art. 27 Cost. (*ult. cit.*, *ivi*); nella manualistica per tutti cfr. FIANDACA -MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 15; per una opportuna classificazione delle ipotesi di concussione implicita accanto a quelle più semplicemente di concussione fraudolenta cfr. da ultimo DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1493 anche per gli opportuni riferimenti storico-dottomatici. Del resto, la stessa riconfigurazione dell'induzione indebita come fattispecie autonoma realizzabile dal pubblico ufficiale e dall'incaricato di pubblico servizio sarebbe incompatibile con la caratterizzazione del privato come vittima dell'altrui frode, che esulerebbe chiaramente dal suo raggio applicativo cfr. sul punto MONGILLO, *La corruzione*, cit., 142; in giurisprudenza da ultimo cfr. Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 37; e sulla scorta di una coerente evoluzione sistematica delle acquisizioni di cui sopra, non manca chi individua un vuoto di tutela per quelle ipotesi che, in concreto, non possono essere riassorbite nella truffa aggravata, o perché si riferiscono a induzioni che non presuppongono artifici o raggiri, ovvero perché si qualificano per una induzione in errore che porta ad una dazione non patrimoniale. Mentre per queste ultime è possibile cedere ad un recupero ermeneutico fondato su di una dazione indebita da inganno non inficiata da errori aventi oggetto situazioni diverse e tali da non intaccare la consapevolezza della dazione indebita ex art. 319 *quater* c.p., per le prime, invece, se ed in quanto caratterizzate da una prestazione con danno patrimoniale del privato, non resterebbe che ricorrere inevitabilmente ad una loro tipizzazione autonoma che, così come avviene in altri ordinamenti - art. 432-10 del codice penale francese e art. 313 del codice penale spagnolo -, può definitivamente eliminare il chiaro vuoto di tutela manifestatosi. Resta, infine, ancora applicabile l'art. 316 c.p. per le ipotesi di sfruttamento da parte del pubblico agente dell'errore del privato sulla doverosità della prestazione, per maggiori approfondimenti cfr. DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1491; PIVA, *Alla ricerca dell'induzione perduta*, *op. ult. cit.*, *ivi*; SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite. Il commento*, cit., 566.

⁷⁵ È la presa d'atto della abrogazione della concussione implicita, alla quale però non segue una sua estinzione naturalistica che, proprio perché caratterizzata dalla assenza di un correo in presenza di una sostanziale vittima, non esime dal denunciare ipotesi di chiara discontinuità con la disciplina della concussione precedente, in quanto non sussumibile nel nuovo art. 317 c.p. ovvero nell'art. 319 *quater* c.p.; si tratta di casi in cui si subisce e alla fine si collabora senza una vera coartazione e in assenza di un vantaggio certo, quindi in presenza di un abuso di poteri che paventa un danno ingiusto, ma senza una vera contropartita, se non la disapplicazione della legge. Pertanto, vi sono vittime non adeguatamente tutelate dall'art. 317 c.p., e questo solo attraverso una dubbia operazione di manipolazione ermeneutica per casi di promiscuità strutturale non tipici, con il rischio per il diritto penale onnivoro di chiamare costrizione la induzione, portando così alla sbarra una vittima, ovvero di qualificare ex art. 317 c.p. una induzione non costrittiva vittimizzante, con chiari problemi di proporzione, cfr. le stringenti osservazioni di DONINI, *op. ult. cit.*, pp. 1495 ss.

⁷⁶ Perché decisamente estranea a modalità costrittive, così condivisibilmente GATTA, *Sulla minaccia dell'esercizio di un potere pubblico*, cit., 9.

⁷⁷ Sono le conclusioni cui giunge la Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., pp. 27 ss.

⁷⁸ V. *supra* pp. 11 ss.

⁷⁹ Così, in via di sintesi FIANDACA -MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 15-16.

⁸⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit.

una ristrutturazione “determinata” anche delle condotte di costrizione-minaccia implicita, proprie della concussione⁸¹.

Un tale dirompente assunto, però, nel legittimare la definitiva sovrapponibilità tra le ipotesi di induzione costrittiva in danno con quelle di minaccia “(ri)determinatamente” implicita⁸², ancora non libera definitivamente da una possibile deriva che, per essere arginata, impone di affrontare con maggiore consapevolezza il rischio, pur sempre in agguato, di una possibile manipolazione ermeneutica del concetto normativo di costrizione *ex art. 317 c.p.*, che solo nella piena valorizzazione della cointeressenza del corr(eo)indotto autonomamente punibile riuscirebbe a trovare un ragionevole limite nell’impedire gli esiti fortemente eticizzanti di un diritto penale onnivoro sempre pronto, anche al fine di aggiustare i conti col passato, ovvero di evitare allarmanti vuoti di tutela, ad accogliere la dissoluzione delle ipotesi, naturalisticamente ancora verificabili, di concussione implicita, nelle forme della induzione non costrittiva vittimizzante⁸³. Infatti, una prospettiva ermeneutica, come quella adottata dalla Sezioni unite Maldera, proprio perché non del tutto al riparo da letture pseudo-oggettivizzanti dell’illecito penale, può sempre mascherare il riferimento ad una soluzione di tipicità subiettiva più complessa⁸⁴ che, foriera di incertezze, quando ispirata da parametri verificati esclusivamente *ex ante*, può essere superata, nella valutazione sulla alternativa secca tra concusso e corr(eo) indotto, solo con il recupero di una prospettiva *ex post* in grado di accertare in concreto se ogni soggetto che vuole evitare un danno sia, in assenza di un vantaggio indebito, anche costretto dal pubblico agente inducente⁸⁵.

Di fronte ad un tale scenario, dunque, che, *in primis*, impone al legislatore di recuperare sul terreno normativo il necessario spostamento dell’offesa tipica dal disvalore di azione al disvalore di evento⁸⁶, risulta chiaro come le induzioni indebite *ex art. 319 quater c.p.* già in via ermeneutica possono essere qualificate come quelle *induzioni ‘non costrittive’ ‘a vantaggio’⁸⁷ ‘non vittimizzanti’* che, in virtù di quel condizionamento psichico oggettivo tipico di una pressione ragionevolmente⁸⁸ non irresistibile, proprio perché destinata a far prevalere una complicità⁸⁹, portano il corr(eo)indotto, come soggetto destinatario della condotta, a non vedersi coartato, ma convinto ad accettare, senza subire, l’indebito e, pertanto, ad essere punito nel momento in cui, assecondando una logica corruttiva e non concussiva, speculativamente scende naturalmente a patti con il pubblico agente per conseguire un vantaggio illegittimo a lui favorevole in

⁸¹ Per una condotta di necessaria sopraffazione coattiva le cui modalità di concretizzazione è possibile desumere, *a contrariis*, dalla tipizzazione giurisprudenziale delle modalità di estrinsecazione della condotta di induzione indebita, in cui ogni forma prevaricatrice è chiaramente esclusa cfr. DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1497; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 32-34.

⁸² Si pensi, nell’attuale ordinamento, alle ipotesi di condizionamento induttivo con forza prevaricatrice che possa dipendere dalla sola qualifica pubblicistica, così DONINI, *op. ult. cit.*, 1498.

⁸³ Ad analoga conclusione sembra da ultimo aderire anche MAGRO, *Sul vantaggio dell’extraneus indebitamente concusso: alla ricerca di parametri nomologici e generalizzazioni affidabili*, cit., 10.

⁸⁴ E’ quanto avviene analogamente per le concezioni oggettive del dolo come rischio, in cui aspetti oggettivi del fatto ed interessi da tutelare penalmente degradano a mero indice per l’analisi del rapporto autore-vittima cfr. DONINI, *Il correo indotto tra passato e futuro*, cit., pp. 1497-1498 ss.

⁸⁵ Può essere il caso, infatti, del soggetto che subisce la dazione indebita, pur in presenza di un vantaggio indebito, anche se non costretto a tanto dal pubblico agente inducente.

⁸⁶ Così DONINI, *op. ult. cit.*, pp. 1504 ss.

⁸⁷ V. *supra* pp. 21 ss. (nota 73).

⁸⁸ Si pensi al finanziere che durante un’ispezione fiscale consiglia o suggerisce al commerciante di vendere a prezzo di acquisto a un suo amico una merce, laddove la distinzione tra minaccia implicita o solo persuasione non può che essere affidata al recupero del sindacato del livello di ragionevole (in)esigibilità della pretesa dell’ordinamento che il privato reagisca alla richiesta al fine di decidere se essa sia resistibile, per cui solo in questo caso il privato si qualificherebbe non come implicitamente concusso, ma come correo indotto da responsabilizzare cfr. DONINI, *op. ult. cit.*, *ivi*. Più ampiamente, e per gli opportuni approfondimenti cfr., per tutti INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano 2003, *passim* e spec. pp. 35 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, *passim*; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990, *passim*; sulla valorizzazione del parametro della ragionevolezza come criterio necessario al recupero di esigenze sistematiche di determinatezza nella tipizzazione di istituti di natura soggettiva (inesigibilità scusante) ci sia consentito rinviare al nostro *Teoria dell’errore e ‘riforma di sistema’ nel progetto Pisapia: l’ostinata negazione di una prospettiva di valore nella (ri)codificazione penale*, in AA. Vv., *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di Fiore, Moccia, Cavaliere, Napoli 2009, pp. 570 ss.

⁸⁹ Si tratta di quelle condizioni che consentono di uscire da quella figura ibrida in cui convivono un mezzo complice con una mezza vittima, cfr. sul punto VIGANÒ, *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, cit., 5, per un privato indotto che viene punito con pena più mite dell’induttore e, senza essere equiparato in termini di disvalore al corruttore, consente di comprendere una scelta antipaternalistica non di compromesso, ma attenta al disvalore complessivo dell’illecito qui in esame, sembrano queste le conclusioni a cui pervenire anche alla luce delle pertinenti osservazioni di FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p.14.

quanto basato sulla convenienza di evitare le conseguenze di un male ‘non ingiusto’ prospettato come diretta conseguenza della applicazione della legge⁹⁰.

E, del resto, una tale ricostruzione dell’ambito di operatività del nuovo art. 319 *quater* c.p., sembra trovare ulteriore conferma, anche da un punto di vista sistematico, nella determinazione del disvalore penale che il legislatore ha riservato alla nuova “induzione indebita”. Quest’ultima, infatti, tipizzando un accordo indotto a compensare la dazione indebita con la strumentalizzazione funzionale di un atto legittimo alla base del mercimonio di un danno “non ingiusto” da esso prodotto e foriero di un vantaggio indebito, abbandonerebbe, pertanto, le forme proprie di una vittimizzante concussione implicita per induzione, per assumere più correttamente quelle di una ipotesi speciale di corruzione *rectius* di una forma ‘attenuata’⁹¹ di scambio di utilità indotta dal mercimonio di un atto legittimo⁹² che, collocandosi tra la corruzione propria⁹³, l’istigazione alla corruzione attiva⁹⁴ e l’induzione del privato corruttore⁹⁵, completerebbe una sistematica progressione criminosa ascendente tra forme contigue di condotta che, strutturalmente ridefinite, verrebbero solo così sottratte al rischio concreto dell’arbitrio giudiziale⁹⁶.

Alla luce di tutto quanto sopra, la puntuale ricostruzione dommatica operata dai giudici di legittimità delle Sezioni unite Maldera non può dirsi compiuta se non passa attraverso la presa d’atto di una evidente ristrutturazione dei nuovi fatti in materia di corruzione di recente introduzione, in cui l’enucleazione del danno ingiusto (minaccia) e del vantaggio indebito (induzione)⁹⁷, come loro requisiti di essenza in funzione di limite “interno” nella individuazione di elementi costitutivi impliciti di un fatto, dovrà necessariamente completarsi, anche in sede probatoria, mediante una verifica che, in concreto ed *ex post*, ne riveli, in termini di effettività, la necessità di affrancare, così, definitivamente la qualificazione giuridica di un fatto da dubbi meccanismi di aggiramento della legalità, pur sempre pronti, in casi di tipicità “doppia”, a strumentalizzare, come qui e in nome di una politica criminale efficientista, una incapacità a cogliere le differenziazioni di una dazione indebita tipicamente diffusa⁹⁸.

⁹⁰ Condivisibilmente GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e ‘induzione indebita’*, cit., 5.

⁹¹ Benché *ex art.* 25 del D.Lvo 231/2001, a seguito della legge 190 del 2012, l’art. 319 *quater* c.p. costituisca reato presupposto per la responsabilità degli enti da reato, la natura attenuante della nuova norma, introdotta con la recentissima riforma, completa un regime di favore unitamente alla sua non previsione, nel nuovo art. 317 *bis* c.p., tra i reati che subiscono l’interdizione automatica dai pubblici uffici, tali osservazioni trovano il loro fondamento in GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione*, cit., 3; WOODCOCK, *La corruzione per asservimento*, in Aa. Vv., *Corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione*, cit., pp. 76 ss.

⁹² Per una chiara affermazione di estraneità del nuovo art. 319 *quater* c.p. al paradigma concussivo, per approdare su di un terreno contiguo alla corruzione cfr. per tutti PADOVANI, *La messa a “libro paga” del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida al diritto*, n. 48, 1 dicembre 2012, XI; BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, tomo 1: I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova 2013, p. 860.

⁹³ Caratterizzata da un accordo spontaneo finalizzato all’abuso derivante dalla strumentalizzazione funzionale di un atto illegittimo, mentre nella induzione indebita l’abuso funzional-pubblicistico è elemento qualificante ed essenziale della condotta, cfr. in giurisprudenza Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 48-49; solo attraverso un tale inquadramento sistematico del fatto di cui all’art. 319 c.p. è possibile ridurre le perplessità su quelle paventate aporie indotte da una pur suggestiva comparazione sistematica riferibile alla effettività del trattamento penale che, investendo anche la disciplina della prescrizione, investe la corruzione propria e la induzione indebita, è quanto emerge in via di sintesi dalle osservazioni rinvenibili in FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 17.

⁹⁴ Che, *ex art.* 322 comma 3 c.p., e diversamente dalla induzione da abuso, tipizza un semplice chiedere con insistenza per ottenere un atto. Sul punto, da ultimo, in giurisprudenza cfr. *Cass. pen., Sez. VI, sent. 3 dicembre 2012 (dep. 22 gennaio 2013), n. 3251*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4 febbraio 2013, punto 15; infatti, appare opportuno precisare, in via di sintesi, che oggetto dell’induzione indebita non è la corruzione, dal momento che il corrispettivo non è dedotto nel negozio come un contenuto obbligatorio, in quanto la dazione non è finalizzata ad un abuso, ma quest’ultimo, come elemento oggettivamente essenziale della condotta ‘condizionante’ del pubblico agente, costituisce oggetto di una valutazione di convenienza da parte del privato, è quanto emerge dalle acute e condivisibili osservazioni di DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1500.

⁹⁵ Che, *ex art.* 322 commi 1 e 2 c.p., si caratterizza, in assenza di abusive strumentalizzazioni funzionali, per una mera pressione morale.

⁹⁶ Cfr. più ampiamente sul punto FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 16.

⁹⁷ Il percorso ermeneutico che porta alla sostituzione della dicotomia danno ingiusto-danno giusto con quella tra minaccia (danno ingiusto)-non minaccia (vantaggio indebito) sembra così compiuto, cfr. GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e induzione indebita*, cit., *passim*.

⁹⁸ In senso critico DONINI, *Il correo indotto tra passato e futuro*, cit., 1499; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., pp. 39 ss. dove pure vengono affiancati casi da analisi motivazionale e letture obiettivizzanti. Più in generale, il fenomeno della tipicità plurima, ovvero della riconducibilità dello stesso fatto a più ipotesi criminose, rappresenta un vero *vulnus* al principio di tassatività/determinatezza, con la conseguente creazione di uno spazio discrezionale del giudice in sede di qualificazione del fatto e determinazione della sanzione, sulla base di un criterio di scelta della fattispecie concretamente applicabile che, lontano dai canoni di un diritto penale del fatto, di ispirazione costituzionale, diventa quello della tipologia d’autore e della pericolosità soggettiva, cfr. sul punto le suggestive pagine di SGUBBI, *Meccanismi di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in *Quest. crim.*, 1981, pp. 321 ss.; BRICOLA, *Legalità e crisi: l’articolo 25, commi 2° e 3° della Costituzione, rivisitato alla fine degli anni ‘70*, in *Quest. Crim.* 1980, p. 217.

In via sistematica, infatti, se è vero che la coazione relativa della costrizione-danno ingiusto, da un lato, e il condizionamento oggettivo psichico della induzione-vantaggio indebito, dall'altro, finiscono, solo se bilanciati da un necessario teleologismo valorativo capace di impedire discutibili derive soggettivistiche del tipo di illecito, per assurgere a modello alternativo da porre come affidabile argine di riferimento per la risoluzione di tutti quei casi in cui, a prescindere da un loro effetto evidente, ci si propone di superare le insidie di una loro "promiscuità dinamica" *borderline*⁹⁹, è anche vero che un tale metodo deve opportunamente investire i problemi di riqualificazione giuridica da riferire anche ai casi di c.d. *promiscuità statica*¹⁰⁰. Sono queste, infatti, quelle ipotesi in cui danno ingiusto e vantaggio indebito, pur convivendo nella dimensione strutturale del fatto, ma diversamente da quanto avviene nell'art. 319 *quater* c.p., riproducono una sintesi tipica che, in astratto, è possibile qualificare come di una chiara 'induzione a vantaggio non costrittiva vittimizante' la quale, quando sottratta in concreto a dubbie forme di riassorbimento parziale¹⁰¹, non può che evidenziare un inquietante vuoto di tutela, dal momento che risulterà estranea anche al perimetro tipico del nuovo art. 317 così come proposto dal legislatore penale del 2012.

E se tutto quanto sopra è vero, allora, anche alla stregua dei nuovi e più recenti assunti giurisprudenziali, la ridefinizione degli ambiti di operatività dei nuovi artt. 317 e 319 *quater* c.p. non ricostituirebbe chiaramente lo stesso spazio normativo assegnato alla concussione di cui al vecchio art. 317 c.p.¹⁰², per cui, diversamente dal passato, sembra corretto ritenere che restano fuori dal perimetro della tipicità delle norme qui oggetto di studio quelle "induzioni a vantaggio non costrittive vittimizanti" che, così come sopra individuate, e seppur accomunate alle induzioni in danno quanto agli effetti, si caratterizzerebbero strutturalmente per il loro porsi ben oltre una *pressione psicologica* ai limiti di una blanda costrizione¹⁰³. Esse, infatti, risulterebbero radicate, questa volta, in un *condizionamento oggettivo* psichico da pressione 'ragionevolmente' non resistibile che, originata dalla strumentalizzazione funzionale di un atto legittimo, porta il pubblico agente a prospettare una applicazione *vessatoria* della legge¹⁰⁴ dalla quale, in assenza della produzione di un "male giusto" come possibile oggetto di mercimonio¹⁰⁵,

⁹⁹ Cfr. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., pp. 193 ss.; in giurisprudenza Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., pp. 40 ss.

¹⁰⁰ L'unica linearità, sistematicamente fondata, resterebbe quella della fattispecie di concussione.

¹⁰¹ Come sottofattispecie di una "induzione" con vittima di un abuso del pubblico ufficiale, in virtù di una frammentazione sistematica che troverebbe riferimento nell'art. 323 c.p., nell'induzione di minori ad atti sessuali e alla prostituzione minorile, nella circonvenzione di incapaci, nell'usura, nella truffa, nell'intralcio alla giustizia, secondo la condivisibile proposta di DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1500.

¹⁰² Così in giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. VI, sent. 3 dicembre 2012 (dep. 22 gennaio 2013), n. 3251, cit., punto 14. La coazione relativa strutturalmente tipica della concussione del vecchio art. 317 c.p. si caratterizzava per una sua estrinsecazione estensiva e comprensiva di una *pressione psicologica* da strumentalizzazione di atto illegittimo con minaccia di un danno ingiusto, nonché da *condizionamento oggettivo* per la distorsione funzionale con finalità illecite di un atto legittimo che porta alla prospettazione di un male giusto ovvero, indipendentemente da quest'ultimo, al timore di 'noiose' ritorsioni a seguito di vessatorie applicazioni legali. Dunque, il criterio per la qualificazione del fatto, lungi dall'assolutizzarsi in approcci esclusivi, si avvale di *parametri eclettici* che, accanto alla *prevaricazione della volontà* proveniente dalla posizione di preminenza del pubblico funzionario, rinvenibile anche nelle induzioni a vantaggio, comprendono pure lo sviluppo oggettivizzato del *processo motivazionale del privato*, è quanto emerge dalle acute argomentazioni di GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, cit., 10-14; SPENA, *Per una critica*, cit., 11-13; per uno scorporo della induzione dalla costrizione, rispetto alla quale si strutturerebbe per un autonomo e diverso disvalore espresso da condotte di mero condizionamento del privato a dare o promettere l'indebito rispetto a quelle di chiara coazione psicologica, cfr. testualmente SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 10.

¹⁰³ Infatti, in entrambi i casi il soggetto destinatario della induzione in danno ovvero a vantaggio, ma vittimizante, finisce per subire una dazione indebita che, in quanto frutto dell'annientamento della sua libera autodeterminazione, non riposa nella pressione psicologica conseguente alla strumentalizzazione funzionale di un atto illegittimo foriero di un danno ingiusto, piuttosto nel condizionamento oggettivo derivante da strumentalizzazione funzionale di un atto legittimo che, in assenza di un male giusto, muove all'indebito per timore di ritorsioni ovvero per evitare noie. Potrebbe essere il caso del gioielliere onesto che, a fronte di una richiesta di indebito da parte di impiegati di un ufficio IVA che propongono di 'ammorbire' una verifica fiscale, decida di pagare anziché, diversamente da come avviene nella realtà, di denunciare il tutto, contribuendo all'arresto in flagranza dei funzionari, cfr. DAVIGO, *Corruzione e concussione*, in AA. Vv., *Corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione*, cit., pp. 27-28; si tratta di quelle ipotesi in cui lo stato psicologico del privato-vittima non è quello di chi è consapevole di *soccombere al sopruso*, ma quello di chi paventa di poter *subire un sopruso*, mentre nel nuovo art. 319 *quater* c.p. il privato *accetta* il sopruso per un suo calcolo di convenienza, a tale conclusione si giunge sintetizzando le vivaci osservazioni di MONGILLO, *La corruzione*, cit., pp. 142-144; tali conclusioni sembrano trovare conforto anche in SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 10, dove il condizionamento oggettivo in luogo della pressione psicologica pure non intacca margini di scelta nel destinatario che può essere sottoposto a pena rendendo assurda, da un punto di vista politico criminale, la causa di non punibilità (*op. ult. cit.*, *ivi*).

¹⁰⁴ Si tratta di condotte che già in sé, ed in materia fiscale e contributiva, sono sicuramente, *ex art. 7 D.L. del 13 maggio 2011 n. 70*, connotate da illecito disciplinare, cfr. *Svolta epocale, puniti i funzionari del fisco che vessano le imprese*, in *www.ilgiornale.it*, 5 maggio, 2011, 1.

¹⁰⁵ L'assenza della prospettazione di un male, anche giusto, ne esclude *ab origine* la possibile qualificazione in termini di minaccia, cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale. Delitti contro la persona*, VIII, a cura di PISAPIA, cit., pp. 807 ss.; inutile dire che, in assenza del mercimonio collegato alla strumentalizzazione di un atto legittimo da cui deriverebbe un male giusto, potrebbero pur sempre essere verificati gli estremi per l'applicazione dell'abuso d'ufficio, in luogo della norma sulla concussione, quando non si registra passaggio di denaro.

il destinatario della condotta, in conseguenza dell'annientamento della sua libera autodeterminazione, finisce per subire la dazione indebitamente indotta dal pubblico agente, pur di assicurarsi quel risultato a lui favorevole, e che qui, in assenza di ogni timore, si estrinseca semplicemente nell'evitare, non un mero fastidio, ma il pericolo di danni maggiori ovvero nel non avere noie per il rifiuto opposto, tanto che il sottostare alla richiesta indebita del pubblico agente costituisce la soluzione più conveniente da adottare¹⁰⁶. Tali condotte, dunque, che per giurisprudenza costante venivano punite alla stregua del vecchio art. 317 c.p.¹⁰⁷, non solo sono evidentemente estranee alla tipicità del nuovo art. 319 *quater* c.p., ma, a ben vedere, fuoriescono dal perimetro della rilevanza penale anche della nuova fattispecie della concussione che, così come riformulata dal legislatore del 2012, si assolutizzerebbe in una condotta di costrizione che, seppur estensibile anche alle sue forme blande di pressione psicologica tesa a minacciare, anche implicitamente, un male ingiusto¹⁰⁸, renderebbe atipiche quelle forme di "induzione a vantaggio" le quali, così come immediatamente sopra descritte, si caratterizzano per una dazione indebita tendente alla mera disapplicazione della legge, in assenza della prospettazione di un male, anche se giusto¹⁰⁹.

4.

Il necessario recupero della nomofilachia delle norme negli esiti di una rigorosa 'dommatica giurisprudenziale'.

Non vi è chi non veda, allora, come alla stregua delle considerazioni appena svolte la rigida monoliticità delle nuove fattispecie di concussione e induzione indebita finisce per porsi come ostacolo alla sussunzione in esse di quelle ipotesi di "induzione concussiva" che, pur sempre

¹⁰⁶ Si tratta di induzioni a vantaggio in cui il condizionamento oggettivo da strumentalizzazione di funzioni prese da atti legittimi producono un *effetto concussivo*, ma non una concussione vera e propria. Il riferimento è all'imprenditore onesto che, in regola con la legge per ottenere una autorizzazione allo svolgimento di attività di pubblico interesse, subisce la pretesa indebita da parte del pubblico agente come ostacolo aggiuntivo per ottenere un vantaggio dovuto, anche se discriminando il soggetto passivo che, in una posizione di svantaggio rispetto ad altri utenti della pubblica amministrazione, si vedrebbe sostanzialmente concusso; qualora, invece, la prestazione indebita fosse fondata sulla astensione da un atto legittimo pregiudizievole del pubblico agente verso il privato, che porterebbe quest'ultimo ad essere favorito ingiustamente in virtù di una convergenza di interessi, essa avrebbe come effetto, almeno sul piano oggettivo, di integrare una ipotesi tipica di corruzione, cfr. per maggiori approfondimenti CATENACCI, *op. ult. cit.*, pp. 62-64; DAVIGO, *op. ult. cit.*, *ivi*; GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, cit., 11; su tali basi potrebbe essere rivisto anche il caso in *Cass. pen., Sez. VI, 4 dicembre 2012, n. 8695, Nardi*, in *Dir. Pen. Cont.*, 28 febbraio 2013. In verità, qualora si volesse ricomprendere nella induzione indebita, costruita come fattispecie autonoma, anche le induzioni a vantaggio con effetto concussivo sembra ancora una volta che, tanto la dimensione strutturale della condotta, quanto l'incipit del comma 2 del nuovo art. 319 *quater* c.p. lo escludano, anche perché una tale ipotesi presenterebbe un disvalore chiaramente diverso da quello quantificato nella pena di cui al comma 1 della stessa norma, che avrebbe quanto meno dovuto tipizzarlo specificamente, anche nella ipotesi di comunanza punitiva, così come avviene nell'art. 377 *bis* c.p. per le induzioni coattive e corruttive criminologicamente distinte, ma, anche se discutibilmente, accomunate dal punto di vista sanzionatorio, diversamente da quanto avviene nello stesso art. 377 c.p.

¹⁰⁷ Nell'ambito del rafforzamento di una interpretazione estensiva del requisito della induzione tipica di questa norma, ex plurimis cfr. *Cass. pen., Sez. VI, 14 aprile 1994*, in *Cass. pen.* 1995, 2128; *Cass. pen., Sez. VI, 17 marzo 2000*, n. 3488, rv 217116; *Cass. pen., Sez. VI, 11 maggio 2000*, n. 5548, in *Cass. pen.* 2003, 134; *Cass. pen., Sez. VI, 3 novembre 2003*, in *Guida dir.* 2004, 16, 70; *Cass. pen., Sez. VI, 23 giugno 2006*, Napoli, in *Ced. Cassazione*, n. 234999; *Cass. pen., Sez. VI, 16 giugno 2008*, in *Guida dir.* 2008, 38, 105; *Cass. pen., Sez. VI, 6 maggio 2010*, n. 17234, in *Foro it.* 2010, 293; *Cass. pen., Sez. VI, 9 maggio 2012*, n. 21446.

¹⁰⁸ Sembra questa la logica conclusione dell'irrigidimento del requisito del *metus* che, benché formalmente inespresso, si radica nella formulazione della nuova fattispecie di concussione incentrata sulla condotta della costrizione cfr. *Cass. pen., Sez. VI, sent. 3 dicembre 2012* (dep. 22 gennaio 2013), n. 3251, cit., punti 13 ss.

¹⁰⁹ Si tratta di una opzione ermeneutica che mira a valorizzare all'interno di un diversificato orientamento giurisprudenziale quelle posizioni che mirano a differenziare la costrizione concussiva (danno ingiusto e *contra ius*) dalla induzione indebita (vantaggio illegittimo dalla eliminazione di un danno giusto e *secundum ius*) in ragione dell'oggetto della prospettazione; altri orientamenti, invece, sono accomunati da una nozione ampia di induzione che, nel tentativo di ovviare a vuoti di tutela, trova una eguaglianza strutturale con quella precedentemente punita nell'art. 317 c.p. dal momento che il vantaggio non viene considerato come elemento costitutivo del reato, ma solo come elemento indicatore; tale orientamento, poi, sarebbe accomunato con quello che, evitando vuoti di tutela per la induzioni corruttive, si propone di rivedere i vecchi criteri classificatori, coazione più blanda o suggestione, alla luce del nuovo elemento fornito dalla punibilità dell'indotto, laddove la ragione del suo passaggio da vittima a complice del reato andrebbe individuata nella possibilità che egli ha di opporsi ad una pretesa illegittima e tale possibilità va individuata nella *conservazione di un margine di autodeterminazione*, che esiste sia quando la pressione del pubblico agente è più blanda sia quando egli ha un interesse a soddisfare la pretesa del pubblico funzionario, perché ne consegue per lui un indebito beneficio; in questa prospettiva, l'induzione avrebbe carattere bivalente e sussisterebbe, cioè, sia in presenza di pressione blanda sia quando ciò che viene minacciato è un male giusto, ma anche in quest'ultimo caso resterebbero fuori dal perimetro normativo le induzioni che, mediante applicazione vessatoria della legge, prescindono dalla minaccia/prospettazione di un male giusto, annientando la libera autodeterminazione del destinatario delle stesse, per una completa panoramica delle posizioni giurisprudenziali più recenti cfr. FIDELBO-CANTONE, *relazione 19/13*, cit., 11-16; GAROFOLI, *Concussione e induzione indebita*, cit., pp. 5 ss.

ancora verificabili in uno spazio naturalisticamente collocato oltre la costrizione¹¹⁰, sono destinate oggi a sopportare i limiti normativi di una tipicità penale che, evidenziando sistematici ed inquietanti vuoti di tutela, non può che affidare la (ri)definizione dei suoi confini ad una insidiosa prassi ideologicamente connotata e sacrificata alla tenuta del sistema che, nella estremizzazione efficientista di pur condivisibili esigenze di politica criminale, è destinata a sacrificare così le irriducibili attese di una dommatica di garanzia, affidando a discutibili forme di (de)penalizzazione in concreto la (de)legittimazione degli ulteriori effetti devastanti di una emergenziale ed inquietante ‘dittatura’ dei controlli legali.

Appare, allora, di tutta evidenza come una tale conclusione è destinata far sentire inevitabilmente i suoi effetti anche sulle questioni di diritto intertemporale, agitando, nel rapporto sistematico tra concussione e induzione indebita, così come riformate, allarmanti ipotesi di discontinuità del tipo di illecito¹¹¹ che, già evidenziate e originate dal recupero di punibilità, a rilevanza non meramente esterna¹¹², del soggetto destinatario della condotta *ex art. 319 quater c.p.*, portano a rendere meno sicuro l’insieme di quegli orientamenti dottrinali¹¹³ e giurisprudenziali, così come da ultimo nelle Sezioni unite Maldera, e riconducibili, sul punto, alla affermazione di una successione meramente modificativa tra fattispecie¹¹⁴. Infatti, proprio in rigorosa applicazione dei criteri dettati dalla stessa prassi giurisprudenziale¹¹⁵, è possibile

¹¹⁰ E per questo, si opporrebbero in via sistematica anche ad un loro recupero in termini di estorsione aggravata, pur a non voler rilevare, accanto ad evidenti aporie sistematiche, una chiara differenziazione tra una condotta di chi abusando costringe con chi costringe abusando cfr. SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite. Il commento*, cit., 565; per analoghe riserve, nella manualistica cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 10-11.

¹¹¹ Cfr. da ultimo MANNA, *La scissione della concussione*, cit., 27-28; si tratta della conclusione cui giunge l’A. a seguito di un esame sistematico dei criteri di risoluzione delle questioni di diritto intertemporale, per cui quelle del fatto in concreto, della continuità del tipo di illecito, ovvero con riferimento al c.d. rapporto di continenza, arricchito della ulteriore distinzione tra specialità per aggiunta e specialità per specificazione, porterebbero a concludere per una *abolitio criminis* totale della vecchia concussione per induzione, con effetti dirompenti nei processi in corso fino ad ammettere una amnistia mascherata da evitare solo se si scinde la ipotesi induttiva del nuovo art. 319 *quater c.p.* da quella nuova ipotesi criminosa che nella stessa norma investe il privato, rompendo il dogma della esclusività tra concussione e corruzione, anche se smentita da una qualificazione del reato qui in discussione come di concorso necessario. Infatti, è proprio la punibilità del privato che costituirebbe un vero e proprio *novum* che, considerato unitariamente alla condotta di cui al primo comma, non può che condurre ad una discontinuità normativa per un giudizio di carattere abolitivo. La negazione da parte della Suprema corte (anche in Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 44-47) della atomizzazione dell’illecito in due commi, nel mostrarsi coerente con la qualificazione concorsuale del fatto, anche se poi immediatamente smentito nella risoluzione delle questioni di diritto intertemporale, farebbe invece sentire pure i suoi riflessi nella costruzione della condotta induttiva correlata ad una dazione indebita punibile in forza di uno spazio residuale alla libera autodeterminazione che, invece, nella vecchia induzione, era assolutamente negata al soggetto passivo (*op. ult. cit.*, *ivi*).

¹¹² Cfr. la strumentale posizione assunta da Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 47, rispetto alla considerazione che lo stesso dato assume ai fini della qualificazione strutturale del reato di induzione indebita come di una fattispecie plurisoggettiva necessaria.

¹¹³ Così, in particolare, da ultimo SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite. Il commento*, cit., pp. 563 ss.; PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, cit., pp. 568 ss.; PIVA, *Premesse ad un’indagine sull’“induzione” come forma di concorso e “condotta-evento” del reato*, Napoli 2013, pp. 74 ss.; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 235, per una continuità normativa come sintesi tra criteri di valore e *voluntas legis*, secondo un assunto già presente in PADOVANI, *La messa a “libro paga” del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida dir.*, n. 48, 1 dicembre 2012, IX ss.; ID., *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. Pen.*, 2012, pp. 783 ss. e spec. pp. 787 ss.; PULITANO, *op. cit.*, 16-17; DOLCINI-VIGANÒ, *op. ult. cit.*, 16; VIGANÒ, *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 11 marzo 2013, pp. 1 ss.; cfr., altresì, VIGLIETTA, *La L. 6 novembre 2012 n. 190 e la lotta alla corruzione*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 17 ss. che, infatti, conclude anch’egli per l’esistenza di una continuità normativa; analogamente PARADISO, *op. cit.*, 235, che, difatti, aderisce agli insegnamenti della ben nota sentenza delle Sezioni unite penali, del 2003, ric. Giordano; SEVERINO, *La nuova legge*, cit., 9-10 che, infatti, sostiene che “la scomposizione della concussione in due fattispecie con limitazione della concussione per costrizione al solo pubblico ufficiale comporta un classico fenomeno di *abrogatio sine abolitio*”; nella manualistica, da ultimo, sembrano aderire ad una tale posizione FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 15; lasciano, invece, qualche apertura tra la tesi dell’*abolitio criminis* parziale e quella della successione, CASARTELLI-PAPI ROSSI, *Le misure anticorruzione*, Torino 2013, pp. 111 ss.; al contrario non manca chi preconizza esattamente che la tesi della continuità del tipo di illecito, nel caso di specie, incontrerà prevedibilmente più di un ostacolo, BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge anticorruzione. Un primo commento*, in *Federalismi.it*, 5 dicembre 2012, n. 23, pp. 1 ss. e p. 13 e da ultimo PIVA, *Alla ricerca della induzione perduta*, cit., 15 dove pure non si manca di rilevare criticamente come in Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 47, la punibilità del privato nelle questioni di diritto intertemporale non investe direttamente la struttura tipica del reato di cui all’art. 319 *quater c.p.*, ma interverrebbe al suo esterno, a differenza chiaramente di quanto necessario alla qualificazione dello stesso reato in termini di concorso necessario, quando la stessa punibilità opererebbe all’interno dello stesso reato. Sulla riforma, cfr. anche, in generale, SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1235 ss.; FORNASARI, *Il significato della riforma dei delitti di corruzione (e incidenze “minori” su altri delitti contro la P.A.)*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 2690 ss.; MONGILLO, *La corruzione cit.*, spec. pp. 131 ss., circa la scelta compiuta dal Progetto governativo di riforma del 2012, ovvero la restrizione della concussione e l’introduzione di una nuova fattispecie di indebita induzione.

¹¹⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. Un. 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., pp. 44-47 ss.; Cass. pen., Sez. VI, 3 dicembre 2012 (dep. 22 gennaio 2013), n. 3251, cit., *passim*; Cass. pen., Sez. VI, 4 dicembre 2012, ric. Nardi (33669/12), con nota di LEO, *Le prime decisioni della cassazione sulla riforma dei delitti contro la P.A.: il reato di “induzione indebita a dare o promettere utilità” (art. 319-quater c.p.)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 6 dicembre 2012, 1; per una esaustiva panoramica sul tema cfr. da ultimo FIDELBO-CANTONE, *Relazione n. 19/23*, cit., pp. 4 ss.

¹¹⁵ Vedi *supra* pp. 18 ss.

proporre una ragionevole operazione di sintesi che, nel cogliere il rapporto tra le strutture di illecito operanti e quelle abrogate, porta a concludere, in luogo di un'ampia discontinuità del tipo di illecito¹¹⁶, per un fenomeno di *continuità parziale* ovvero di *abolitio criminis* con riassorbimento parziale, *ex art. 2 comma 4 c.p.*¹¹⁷, per quelle sole ipotesi di dazioni indebite da "induzione a vantaggio non costrittive non vittimizanti" che, riferibili al mercimonio di un "danno non ingiusto" foriero di un vantaggio indebito, abbandonerebbero lo spazio loro riservato nel vecchio 317 c.p.¹¹⁸ – un crogiuolo di forme promiscue di monosoggettività e di plurisoggettività impropria¹¹⁹ accomunate dalla non punibilità del privato – per essere oggi autonomamente tipizzate, in nome di una diversa opzione di politica criminale, nel nuovo art. 319 *quater* c.p., giustificando così anche la irretroattività diffusamente condivisa per le ipotesi di nuova incriminazione del soggetto destinatario della condotta che, da c.d. falso concusso, si qualificerebbe come reale corruttore¹²⁰.

Tuttavia, anche in un tale scenario, non mancherebbero, a ben vedere, ancora possibili ed inquietanti vuoti di tutela che, alimentando un diritto penale criminogeno, verrebbero in modo preoccupante a caratterizzare, da un punto di vista sistematico, il passaggio da una *ratio* normativa di anticorruzione ad una c.d. pro-concussione. La evidente depenalizzazione generata dalla *abolitio criminis* delle "induzioni a vantaggio non costrittive vittimizanti", quelle cioè caratterizzate dal subire l'indebito per ottenere un risultato favorevole che tenda ad evitare applicazioni legali vessatorie non produttive di un "male giusto", largamente diffuse e, qualora sistematicamente non riassorbite, di sicuro allarme sociale, infatti, verrebbe a riferirsi ad ipotesi che, seppur connotate da illiceità disciplinare¹²¹, non impedirebbero, a differenza del passato, l'affermarsi di ambigue forme di amnistia strisciante fondate sulla rigorosa applicazione delle regole di legalità "retroattiva" che, *ex art. 2 comma 2 c.p.*, saranno in grado di travolgere anche l'esecuzione e gli effetti penali di una sentenza di condanna, ancorché definitiva¹²².

Breve: la rigorosa dommatica giurisprudenziale sopra ricostruita, che raggiunge il suo culmine proprio nelle Sezioni unite Maldera, allora, rischia, attraverso un chiaro scollamento tra premesse – natura delle fattispecie – e conclusioni – questioni di diritto intertemporale –, di condizionare una flessione insopportabile di quelle regole di legalità tipiche di uno stato sociale di diritto di stretta derivazione costituzionale. Infatti, la puntuale rideterminazione strutturale, in via ermeneutica, dei confini delle norme di nuova introduzione, nell'assegnare un ruolo pregnante alla induzione indebita sottratta, nella morfologia del nuovo art. 319 *quater* c.p., e

¹¹⁶ Pure riaffermata da MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte*, 20 pp. ss.; RONCO, *L'amputazione della concussione*, cit., pp. 49 ss.

¹¹⁷ Così da ultimo DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1482 ss.; lasciano qualche apertura tra la tesi dell'*abolitio criminis* parziale e quella della successione modificativa CASARTELLI-PAPI ROSSI, *Le misure anticorruzione*, cit., pp. 111 ss.; in giurisprudenza le basi di una tale affermazione sono da rinvenire in Cass. pen., Sez. VI, n. 16154, 11 gennaio 2013 (dep. 8 aprile 2013), Pierri, in FIDELBO-CANTONE, *relazione 19/13*, cit., p. 7 dove non si esclude una possibile autonomia strutturale della induzione di cui all'art. 319 *quater* c.p.

¹¹⁸ È il caso del controllore di un pubblico servizio di trasporto che, nel sorprendere un viaggiatore privo del biglietto di viaggio, lo solleciti a versargli *brevi manu* una somma di denaro per evitare la formale contestazione della contravvenzione in Cass. pen., Sez. VI, 8 ottobre 2007, n. 17077, in *Cass. pen.* 2008, 2464.

¹¹⁹ Conferme in tal senso, per fattispecie normativamente monosoggettive, ma naturalisticamente caratterizzate da una struttura "soggettivamente complessa", si rinviengono da ultimo, in FIDELBO-CANTONE, *relazione n. 19/13*, cit., 6; non esclude la presenza di "induzioni a vantaggio" da mercimonio con abuso funzionale di un male giusto già nel vecchio art. 317 c.p. SPENA, *Per una critica*, cit., 7; si tratterebbe, del resto, di un fenomeno non nuovo: si pensi a quanto avviene nell'art. 377 *bis* c.p., dove induzioni coattive e corruttive vengono accomunate pur se riferibili ad un soggetto destinatario della condotta che non è punibile, sia quando è vittima, sia quando ragioni di politica criminale lo impongono. Ma si pensi anche a quanto avviene nelle ipotesi di rivelazione di segreti d'ufficio *ex art. 326 c.p.*, dove pure si assiste alla non punibilità dell'*extraneus* destinatario della comunicazione.

¹²⁰ Secondo pure quanto auspicato da FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 settembre 2012, 6, prendendo atto della compatibilità tipica tra induzione e strumentalizzazione funzionale di un atto legittimo che, diversamente da quanto avveniva nel vecchio art. 317 c.p., fa rivivere la punibilità del privato per una opzione diversa di politica criminale. Infatti, chi ricorre ad un pagamento indebito per sfuggire alla legge finisce per contribuire consapevolmente all'offesa del bene tutelato, annullando ogni dinamica prevaricatoria nella relazione tra abuso funzionale e tornaconto personale del privato, diversamente dal caso di chi viene a trovarsi di fronte all'alternativa di effettuare un pagamento indebito o subire un atto arbitrario ed ingiusto, ad es. un arresto illecito, così lucidamente sul punto, da ultimo MONGILLO, *La corruzione*, cit., pp. 148-149.

¹²¹ Il riferimento può essere ancora una volta all'art. 7 D.L. n. 70 del 2011, v. *supra* p. 27 (nota 104).

¹²² Inutile dire che se non è stata ancora pronunciata sentenza di condanna, il soggetto deve essere prosciolto cfr. per tutti MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2009, pp. 87-89.

così come avveniva per il passato, al ruolo di una mera endiadi¹²³, finisce per subire una chiara smentita quando, nello stesso riconoscimento giurisprudenziale di una piena continuità tra le ipotesi di concussione per induzione del vecchio art. 317 c.p. e la nuova induzione indebita, resa probabilmente più semplice da una lettura di quest'ultima come norma a più fattispecie¹²⁴, è pronta a negare una qualificazione necessariamente concorsuale precedentemente assunta¹²⁵, e ciò evidentemente per riparare strumentalmente al riconoscimento di un chiaro vuoto di tutela, affidandosi, non solo per il passato, e per le questioni di diritto intertemporale, ma anche per il futuro a discutibili operazioni di (de)penalizzazione prasseologica in cui la giurisprudenza-fonte, ampliando l'ambito di operatività della concussione costrittiva in ragione dei suoi effetti, è portata ad ancorare i criteri valutativi di qualificazione del fatto ad esigenze di precomprensione che, asservite ad una politica giudiziaria funzionale alla tenuta del sistema¹²⁶, sono destinate, così, a prevalere su quei principi che, razionalmente, devono investire la sistemazione concettuale del dato normativo espressione coerente di una legalità *in the books*¹²⁷. *Tertium non datur*.

Ed è alla luce di una tale acquisizione, che una meditata ed immediata riflessione sulla (ri)qualificazione delle condotte di induzione sembra rigorosamente imporsi dal momento che, a seguito della introduzione del nuovo art. 319 *quater* c.p., e sin dalle sue prime applicazioni giurisprudenziali¹²⁸, diventa necessario porre ragionevoli argini, soprattutto in virtù della rivisitazione dei carichi sanzionatori, anche a possibili estensioni di effetti decisivi in materia di prescrizione¹²⁹. Tutto ciò, evidentemente, troverebbe pure il suo chiaro fondamento nell'esigenza di rimediare all'affermarsi di quella tendenza ormai consolidata secondo cui, attraverso la consacrazione di discutibili fenomeni di c.d. legalità *per saltum*, si assiste al radicamento di una discutibile prassi che tende a scaricare la responsabilità della tenuta del sistema nelle mani di una politica giudiziaria sempre più imperante la quale, nel decidere, come nel nostro caso, della continuità/discontinuità del tipo di illecito, si assumerà, optando tra prescrizioni tombali e depenalizzazioni criminogene, il compito suppletivo, ancora una volta, di dare contenuto a sempre più frequenti forme deficitarie di tipizzazione penale che, anche nell'esasperazione di tecniche di flessibilizzazione di regole di garanzia secondo procedimenti insensibili a vincoli di (in)tollerabilità, solo nelle tipiche ragioni di giustizia di uno stato democratico potranno trovare in ogni caso un sicuro limite invalicabile¹³⁰.

¹²³ Anche fuori da possibili recuperi in termini di commisurazione della pena cfr. BALBI, *Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita*, cit., pp. 2 ss.; RONCO, *L'amputazione della concussione*, cit., 42; nella manualistica, per tutti cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 9-10; per un concetto normativo e non meramente naturalistico di induzione indebita e costrizione concussiva cfr. da ultimo MAGRO, *Sul vantaggio dell'extraneus indebitamente concusso: alla ricerca di parametri nomologici e generalizzazioni affidabili*, cit., pp. 7 ss.

¹²⁴ Cfr. PIVA, *op.ult.cit.*, 15; SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite. Il commento*, cit., pp. 563 ss.; PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, cit., pp. 568 ss.

¹²⁵ Cfr. PIVA, *Alla ricerca della induzione perduta*, cit., 14; in giurisprudenza Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit., 44-47 dove, nella stessa sentenza, non si manca di sconfessare così il precedente recupero della punibilità del privato indotto *ex art. 319 quater* c.p. come elemento interno, e non esterno, alla struttura tipica del fatto di reato, tanto da porsi così come fondamento di una *abolitio criminis* piuttosto che di una successione modificativa tra fattispecie con continuità del tipo di illecito, così acutamente BALBI, *Sulle differenze tra i delitti di concussione*, cit., 20-21.

¹²⁶ Il rischio è che la stessa tenuta del sistema, se fondata su criteri intimamente contraddittori e ricostruiti in modo assolutamente fluido, finisce per contravvenire a se stessa nel momento in cui finisce per mettere alla prova la stessa democraticità del sistema, cfr. le condivisibili conclusioni di BALBI, *Sulle differenze tra i delitti di concussione*, cit., 21-22.

¹²⁷ Cfr. DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1504 in nota; più in generale sul tema dei rapporti tra legalità *in the books* e legalità *in action* cfr. la lucida analisi di CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino 2007, *passim*.

¹²⁸ Una conferma di tale assunto la si registra soprattutto laddove, *ex art. 521 comma 1 c.p.p.*, e nel rispetto dei principi enunciati nella sentenza Drassich c. Italia, all'avvio di un procedimento di riqualificazione della vecchia condotta di induzione in quella nuova di costrizione ha fatto seguito una chiara difficoltà in un procedimento analogo che ha investito il passaggio dalla vecchia condotta di costrizione alla nuova di induzione dove, attraverso un provvedimento di annullamento con rinvio, si avverte l'esigenza di una "rigorosa disamina di quanto verificatosi nel concreto, e sulla base di un accertamento di fatto coerentemente svolto nei due gradi di merito" cfr. Cass. pen., Sez. VI, 25 gennaio 2013, con nota di VIGANÒ, *Sulla possibilità di una riqualificazione ex art. 521 co. 1 c.p.p. di una concussione per induzione ai sensi del nuovo art. 317 c.p.*, in *Dir. Pen. Cont.*, 27 gennaio 2013, 1; Cass. pen., Sez. VI, 18 dicembre 2012 (dep. 21 gennaio 2013), n. 3093, con nota di ROMEO, *Ancora sulla successione di leggi in materia di concussione per induzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 11 febbraio 2013, 1.

¹²⁹ Non manca, infatti, chi paventa le conseguenze che, in una riforma *ad personam*, potrebbero investire processi in corso che, riguardando imputati eccellenti, beneficerebbero, con il riconoscimento della continuità normativa, della riduzione dei termini di prescrizione in ragione dei nuovi limiti edittali cfr. D.ST., *Nuova concussione*, in *Cassazione le prime prescrizioni*, in *www.ilsolo24ore.com*, 5 dicembre 2012, 1, anche se le stesse vicende processuali, da ultimo, in ragione delle formule assolutorie adottate sembrerebbero escludere un tale assunto.

¹³⁰ Sul tema, più ampiamente, resta autorevole il richiamo alla finissima ricostruzione operata da VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano 2001, *passim*.

Le osservazioni maturate sin qui confermano, dunque, che lo statuto penale della pubblica amministrazione probabilmente si appresta a vivere ancora una strumentale stagione di crisi di effettività nel controllo dei fatti criminosi ad esso riferibili¹³¹. E le ragioni di una tale situazione sono da ricercare nella ostinazione a riproporre, anche da parte del legislatore repubblicano, la conservazione di fattispecie di settore connotate da una manifesta eticizzazione del bene giuridico, per reati fortemente indeterminati, sovente senza vittima e, conseguentemente, ad alta cifra oscura che neppure la più recente opzione penalistica, sostanziale e processuale, sembra destinata a ridurre¹³². Una idea razionale di ‘*riforma delle riforme*’¹³³ per i reati di cui al Capo I del titolo II del Libro II del codice penale vigente, pertanto, continua ad imporsi, dal momento che i fattori ‘dinamici’ che impediscono una (ri)legittimazione dell’esistente, anche alla luce del più recente e rigoroso formante giurisprudenziale, si fanno sempre più evidenti¹³⁴.

¹³¹ Una tale affermazione, nella consapevolezza dell’enorme costo, 60 miliardi di euro, generato da una vera e propria *imposta sulla corruzione* riversata sulla comunità da un malcostume dilagante, sembra trovare conferma nei dati che riflettono una chiara “dinamica discendente” nel rapporto tra reati azionati e sentenze penali di condanna definitive, così come evidenziato in DOLCINI, *La legge 190/2012: contesto, linee di intervento, spunti critici*, cit., pp. 5 ss.; DAVIGO-MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari 2007, pp. 16 ss.; LAURIA, *Corruzione, cancro da 60 miliardi è la terza causa di danno all'erario*, in *www.repubblica.it*, del 21 dicembre 2011, 1; SCORDAMAGLIA, *Insontes...iam; delatores...opus est!*, in *Cass. pen.* 2003, 886. Sulla corruzione come figura di sintesi tra “criminalità di routine” e “crimine creativo”, di cui la politica ne rappresenta l’eccellenza, ed il cui controllo, alla irrinunciabilità dello strumento penale, in una prospettiva di diritto penale minimo, sappia recuperare, secondo un’esigenza di utopia necessaria, il giusto completamento in strategie multiagenziali incidenti nel profondo del consorzio civile cfr. BONINI, “*Criminalità di routine*” e “*criminalità creativa*” tra noir e diritto. Una presentazione penalistica di Massimo Carlotto, “*Alla fine di un giorno noioso*”, in *Ind. pen.* 2011, pp. 811 ss.

¹³² Sembrano essere ancora queste le argomentazioni critiche che, in via complessiva, possono investire il recentissimo tentativo di riforma con cui la ministro Severino han inteso rivedere lo statuto penale della pubblica amministrazione secondo, tuttavia, una prospettiva che, seppur apprezzabile nel metodo, appare tuttavia ‘limitata’ in una proiezione di sistema, cfr. GROSSO, *Concussione. La scommessa della Severino*, in *www.lastampa.it*, del 14 aprile 2012, 1.

¹³³ Nel solco di quanto già auspicato da Musco, *L’illusione penalistica*, Milano 2004, 128; per il superamento di opzioni di riforma “a tavolino” basate su congetture di politica criminale avulse da dati certi della realtà, in modo da abbandonare modifiche di compromesso come quelle operate dal legislatore del 2012 si pronunciano anche FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol I, *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 7.

¹³⁴ L’assunto, pur di fronte ad un apprezzabile sforzo di razionalizzazione giurisprudenziale del dato normativo, trova fondamento nei problemi sopra evidenziati, a conferma di una loro possibile e definitiva risoluzione solo attraverso nuove norme, dal momento che in dottrina non manca chi pure esplicitamente parla di porre rimedio ad una “frittata del legislatore” che sembra preludere, così come per il ‘concorso esterno’ ad una nuova stagione di fibrillazioni interpretative del diritto pretorio, così DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1499; PIVA, *Alla ricerca della induzione perduta*, cit., 15.

MAFIE E CONFISCHE

-
- 266** Mafie etniche, elaborazione e applicazione delle massime di esperienza: le criticità derivanti dall'interazione tra "diritto penale giurisprudenziale" e legalità
Giovanna Amato
-
- 282** *La torsione* della confisca di prevenzione per la soluzione del *problema* dell'evasione fiscale
Marina Di Lello Finuoli
-
- 300** La direttiva 2014/42/ue relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"
Anna Maria Maugeri
-
- 337** La suprema corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali
Anna Maria Maugeri
-
- 353** Mafie straniere e 'ndrangheta al nord
Costantino Visconti

MAFIE ETNICHE, ELABORAZIONE E APPLICAZIONE DELLE MASSIME DI ESPERIENZA: LE CRITICITÀ DERIVANTI DALL'INTERAZIONE TRA “DIRITTO PENALE GIURISPRUDENZIALE” E LEGALITÀ

Giovanna Amato

ABSTRACT

Il lavoro analizza le problematiche emergenti dall'applicazione dell'art. 416 bis c.p. alle c.d. mafie etniche. L'Autore si occupa principalmente di analizzare le conoscenze cui il giudice, quale interprete del caso concreto, può attingere per trovare conferma della reputazione criminale dell'organizzazione straniera giunta al suo vaglio. Attraverso un raffronto con la giurisprudenza sulle mafie classiche, l'Autore riflette sulla possibilità di introdurre, in questo specifico ambito di incriminazione, “nuove forme” di apporto delle scienze sociali.

SOMMARIO

1. Introduzione alle mafie etniche: scorci di uno scenario composito – 2. L'associazione di tipo mafioso tra esigenze di adeguamento ed estensione del dato normativo – 2.1. “Associazione di tipo mafioso” e “associazione mafiosa tipo”: quale referente per le c.d. nuove mafie? – 2.2. Il metodo mafioso come concetto stilizzato dal punto di vista etnico-culturale. Possibile la sua applicazione estensiva alle “associazioni straniere”? – 3. Mafie classiche tra notorio e massime d'esperienza – 3.1. Il fatto notorio che diviene massima d'esperienza nel processo di generalizzazione probatoria – 3.2. Conoscenze meta-giuridiche e processi alle mafie classiche: incertezze metodologiche e possibile composizione di un conflitto interpretativo – 4. Le peculiarità dei fenomeni associativi stranieri tra profili sostanziali e profili processuali – 4.1. La riproposizione di una lettura sub-culturale del metodo mafioso nei processi alle mafie etniche – 4.2. Un possibile ruolo per la perizia: rilievi conclusivi sull'imprescindibilità del dato sociologico nei processi alle mafie etniche

1.

Introduzione alle mafie etniche: scorci di uno scenario composito.

Vecchi e nuovi flussi migratori hanno determinato forti mutamenti nel panorama criminale globale¹.

I risultati delle attività investigative mostrano la presenza ormai stabile sullo stesso territorio italiano di organizzazioni malavitose provenienti da diverse regioni del mondo².

La delinquenza multietnica, in particolare, fa la sua comparsa nei rapporti istituzionali sul finire degli anni Novanta, quando si inizia a parlare della presenza stabile accanto alle consorterie criminose italiane di gruppi originari di paesi quali Albania, Cina, Nigeria o disgregatisi dall'ex blocco sovietico³.

A distanza di oltre un decennio, il quadro della criminalità organizzata operante in Italia subisce una significativa evoluzione verso un sistema delittuoso complesso, plasmato dalle logiche di mercato: la domanda di beni e servizi illeciti ha fatto sì che vari gruppi stranieri superassero i limiti di giurisdizione rappresentati dai confini nazionali e si radicassero nei Paesi di destinazione dell'offerta, sostituendo a una prima fase di vittimizzazione dei propri connazionali tipica di ogni criminalità c.d. di *importazione* uno spettro di illeciti più ampio fatto anche di relazioni con la devianza autoctona, specialmente di tipo mafioso⁴.

Uno scenario, quello tracciato, definito come “*un'organizzazione policentrica, fondata su vari network reticolari di gruppi e di soggetti, che non possiede unità di vertice, ma risente del peso di molteplici nodi funzionali, che garantiscono la continuità dei traffici illeciti e della relativa redditività ai vari sodalizi appartenenti alla rete*”⁵.

Traffici che spaziano dallo sfruttamento di esseri umani, al mercato degli stupefacenti e delle armi, al contrabbando di prodotti contraffatti, di tabacchi lavorati, al riciclaggio dei relativi proventi illeciti. E, nell'ambito dei mercati illeciti richiamati, le nuove forme di criminalità organizzata di origine straniera sembrano aver eguagliato la posizione rivestita dalle mafie classiche, in una prospettiva che vede interagire “*successione criminale*” e “*specializzazione*”

¹ Sul tema si segnalano molteplici contributi, tra cui E. ROSI, *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007; A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale: natura e contesto delle norme di diritto penale transnazionale*, Torino, 2006; AA. VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze Europee e risposte penali globali: atti del III Convegno Internazionale promosso dal Centro Studi Giuridici “Francesco Carrara” Lucca; Lucca, 24 - 25 maggio 2002*, Milano, 2005; A. PECCIOLI, *Unione europea e criminalità transnazionale: nuovi sviluppi*, Torino, 2005; V. PATALANO (a cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Torino, 2003; V. MILITELLO - L. PAOLI - J. ARNOLD, *Il Crimine organizzato come fenomeno transnazionale: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, Milano, 2000.

² Il riferimento è alle investigazioni condotte dalla Direzione Investigativa Antimafia e alle relative relazioni semestrali. Per consultare le relazioni si veda http://www.interno.it/dip_ps/diaindex.htm. Si vedano altresì le ricerche dell'United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute, in http://www.unicri.it/services/library_documentation/publications/unicri_series/.

³ MINISTERO DELL'INTERNO, *Relazione sull'attività svolta e sui risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia*, 2007, I semestre, 199, in http://www.interno.it/dip_ps/diaindex.htm. Ritiene T. PRINCIPATO, *Integrazione mafiosa? Le mafie italiane non sono più sole a gestire il traffico di droga sul nostro territorio. Accordi ufficiali o “beneplaciti” informali con le organizzazioni straniere stanno internazionalizzando il crimine*, in *Narcomafie*, 1999, I, 21, che il ritardo nella sensibilizzazione al problema dell'infiltrazione di gruppi delinquenti esteri in Italia sia dovuto alla presunzione della capacità totalizzante del fenomeno mafioso nel nostro territorio, nonché all'esperienza del crimine mafioso italiano esportato a livello internazionale quale modello vincente di attività delinquenziale organizzata.

⁴ Per le mafie tradizionali si veda M. MASSARI, *La criminalità mafiosa nell'Italia centro-settentrionale*, in S. BECUCCI-M. MASSARI, *Mafie nostre, mafie loro. Criminalità organizzata italiana e straniera nel Centro-Nord*, Torino, 2001, 3 ss.. Sulla criminalità organizzata straniera si vedano C. MOTTA, *Immigrazione clandestina e criminalità. Puglia frontiera d'Europa*, in S. BECUCCI-M. MASSARI, *Mafie nostre, mafie loro*, cit., 41 ss.; F. STRAZZARI, *Notte balcanica. Guerre, crimine, stati falliti alle soglie d'Europa*, Bologna, 2008; L. NAPOLEONI, *Economia canaglia. Il lato oscuro del nuovo ordine mondiale*, Milano, 2008, 64 ss.; L. SCAGLIARINI, *Immigrazione clandestina e traffico di esseri umani nell'area milanese*, in S. BECUCCI-M. MASSARI, *Mafie nostre, mafie loro*, cit., 53 ss.; F. CARCHEDI, *Le modalità di sfruttamento coatto e la prostituzione mascherata*, in F. CARCHEDI-G. MOTTURA-E. PUGLIESE, *Il lavoro servile e le nuove schiavitù*, Milano, 2003, 133-134; S. BECUCCI, *Criminalità multietnica. I mercati illegali in Italia*, Roma-Bari, 2006, 41 ss.; E. CICONTE, *Schiavi del XXI secolo*, in *Narcomafie*, 2006, I, 7-8; M. MARESO, *Più tutela per le vittime. Intervista a Elsa Valeria Mignone*, in *Narcomafie*, 2006, I, 17; DIECI, *I nuovi sentieri del traffico*, in *Narcomafie*, 2006, II, 5; Id., *Droga e conflitti, legame a filo doppio*, in *Narcomafie*, 2006, II, 18; BIANCO-M. MARESO, *Importazioni pericolose*, in *Narcomafie*, 2006, II, 11; G. YUN, *Chinese Migrants and Forced Labour in Europe*, International Labour Office, Geneva, 2004; E. CAMUSO-A. FITTIPALDI, *Mafia gialla*, in *L'Espresso*, 2008, 23, 30 ss..

⁵ MINISTERO DELL'INTERNO, *Relazione sull'attività svolta e sui risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia*, 2007, I, 199.

funzionale”⁶.

Un “*modello organizzativo criminale*”⁷ cui, in virtù di una mai espressa – quanto meno sul piano del diritto penale sostanziale – simmetria concettuale tra criminalità organizzata e associazione di tipo mafioso⁸, l’ordinamento italiano ha reagito attraverso la contestazione dell’art. 416 bis c.p..

2.

L’associazione di tipo mafioso tra esigenze di adeguamento ed estensione del dato normativo.

Dal 1995, con la sentenza *Abo El Nga*⁹, la giurisprudenza si scontra, talvolta recependoli, con i tentativi della magistratura inquirente di riconoscere i geni della fattispecie tipica, quella dell’associazione mafiosa, in organizzazioni criminali lontane, per origini e per modalità espressive, dai sodalizi cui si era ispirato il legislatore del 1982¹⁰.

Solo nel 2008, con la legge n. 125, a distanza di oltre un decennio il Parlamento estenderà la portata della fattispecie incriminatrice, includendo all’ottavo comma della disposizione il riferimento alle associazioni comunque localmente denominate, “*anche straniere*”. Si tenta di chiarire, per tale via, che le associazioni mafiose sono tali a prescindere dalla denominazione che esse assumono a livello locale e a prescindere dalla loro origine, dunque anche quelle costituite e operanti all’estero.

Un intervento legislativo, è stato detto, che mostra di assolvere una funzione meramente simbolica, trattandosi di “*una sorta di legittimazione politica dei tentativi della magistratura inquirente di riconoscere i geni della fattispecie tipica in organizzazioni criminali non connotate da una densità criminale paragonabile a quella dei sodalizi cui indubbiamente si è ispirato il legislatore del 1982*”¹¹.

Un intervento legislativo che avrebbe “*semplicemente inteso adeguare la normativa al dato giurisprudenziale già acquisito, al fine di chiarirla, non certo introdurre un elemento di novità di*

⁶ Di successione criminale può parlarsi, sicuramente, per il mercato della prostituzione: le catene migratorie gravitanti attorno alla prostituzione sfuggono, infatti, al controllo delle organizzazioni criminali autoctone in considerazione della manifesta incapacità di attivare su scala internazionale l’offerta di servizi sessuali. Negli stessi termini si struttura il mercato degli ingressi illegali, sebbene esistano forme di controllo indiretto da parte delle mafie locali, costituite dalla partecipazione all’utile ricavato dalla gestione dei predetti traffici. La situazione che si registra nel mercato degli stupefacenti è molto più articolata e si lega tanto alla varietà dei gruppi etnici coinvolti e alle loro possibilità di investimento di capitali, quanto all’ambito territoriale interessato quale area di tradizionale insediamento mafioso. In relazione al primo aspetto è dato riscontrare una sorta di stratificazione etnica nella collocazione all’interno della rete distributiva. Questa dipende dalla capacità organizzativa dei gruppi criminali, dal tipo di legami esistenti all’interno dell’organizzazione e dalla disponibilità a ricorrere alla violenza. Quanto al secondo profilo, la presenza della criminalità straniera sembra significativa nelle aree territoriali caratterizzate da una scarsa penetrazione delle mafie italiane, specialmente nel nord del Paese. Si vedano R. SCIARRONE, *Non radici, ma ramificazioni*, in *Narcomafie*, 2006, III, 5; NEBIOLO, *Situazione sotto controllo, ma... Intervista a Maurizio Laudi*, in *Narcomafie*, 10; A. GIORDANO, *Le ricadute di un mercato drogato*, in *Narcomafie*, 2006, VII, 44; FABBIANO, *Zona ad alta impunità*, in *Narcomafie*, IX, 47; S. BECUCCI, *Criminalità multietnica. I mercati illegali in Italia*, cit..

⁷ A. DINO-L. PEPINO, *Il metodo mafioso: dalle mafie tradizionali ai sistemi criminali*, in apertura al numero monografico di *Questione Giustizia*, 2008, III, dedicato al tema *Sistemi criminali e metodo mafioso*, 5.

⁸ Ci si riferisce alla disciplina processualistica, sul tema si vedano G. CONSO, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, in *Giust. pen.*, 1992, III, 385 ss.; O. LUPACCHINI, *La definizione legislativa di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, 1992, I, 178 ss.; R. ORLANDI, *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata. Dal maxi-processo al “grande processo”*, in G. GIOSTRA-G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi. Atti della giornata di studio. Macerata, 13 maggio 1993*, Milano, 1995, 83 ss.; G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996. In giurisprudenza Cass. pen., Sez. Un., sentenza 11 maggio 2005, n. 17706, in *Leggi d’Italia*.

⁹ Cass. pen., Sez. VI, sentenza 13 dicembre 1995, *Abo El Nga* e altro, in *Foro It.*, 1996, II, 478 ss..

¹⁰ Tra le pronunce giurisprudenziali si segnalano Cass. pen., Sez. VI, B. A., 16 maggio 2000, in *De Jure*; Cass. pen., Sez. VI, *Hsiang Khe Zhi* e altri, 30 maggio 2001, *Foro it.*, 2004, II, 6 ss.; Trib. Bari, 28 marzo 2003, *Chen Jan Zhong* e altri, in *Foro It.*, 2004, II, 6 ss.; Cass. pen., Sez. Un., 10 dicembre 2003, *Huang Yunwen* e altri, in *Foro It.*, 2004, II, 132 ss.; Trib. Rimini, 14 marzo 2006, *Abbiassov* e altri, in *Foro It.*, 2007, II, 510 ss.; Cass. pen., Sez. V, 18 aprile 2007, n. 15595, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2008, I, 219 ss.; Cass. pen., Sez. I, 29 gennaio 2008, n. 12954, in *De Jure*; Cass. pen., Sez. V, 5 maggio 2008, *A. H. e altri*, in *De Jure*. Tra i commentatori F. VERDIANELLI, *Limiti di applicabilità dell’art. 416 bis c.p. alle “nuove mafie” straniere*, in *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, cit., 1076 ss.; G. GRASSO, *Compatibilità tra la struttura del reato di cui all’art. 416 bis e i moduli organizzativi della criminalità straniera*, in AA. VV., *Studi in onore di L. Arcidiacono*, 2010, Torino, vol. IV, 1770; P. SCEVI, *Riflessioni sulla compatibilità tra la struttura del reato di cui all’art. 416 bis c.p. ed i sodalizi criminali di matrice etnica*, in *Riv. Pen.*, 2011, 855 ss.; S. PETRALIA, *La criminalità organizzata di origine straniera: il fenomeno delle nuove mafie fra paradigma socio-criminologico e paradigma normativo*, in *Ind. Pen.*, 2013, I, 106 ss.; C. VISCONTI, *Mafie straniere e ‘Ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell’art. 416 bis?*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2014.

¹¹ R. BRICHETTI-L. PISTORELLI, *Elevate le pene per l’associazione mafiosa*, in *Guida dir.*, 2008, 32, 94 ss..

carattere ampliativo”¹².

È la stessa giurisprudenza, tuttavia, ad avvertire come “la platea delle situazioni in cui può concretamente realizzarsi la fattispecie associativa delineata dall’art. 416 bis c.p., risenta fortemente dei connotati «storicizzati» che ciascun «fenomeno» mafioso è in grado di esprimere”¹³. Proprio tale consapevolezza avrebbe reso chiara al legislatore nel susseguirsi degli interventi normativi “la necessità di estendere l’applicabilità della fattispecie anche al di là della originaria matrice «mafiosa» che ne aveva rappresentato l’occasione legis”, quasi a voler riconoscere che “ciascuna realtà associativa, al di là del nomen, più o meno tradizionale, vive di «regole proprie»; assume connotati strutturali, dimensioni operative e articolazioni territoriali che vanno analizzati caso per caso, senza che i relativi modelli debbano necessariamente essere riconducibili a una sorta di unità «ideale»”; con la conseguenza che “a ciascun fenomeno associativo, potranno annettersi caratteristiche peculiari e ritenersi applicabili «massime di esperienza» non necessariamente trasferibili rispetto a sodalizi «mafiosi» di diversa matrice”¹⁴.

Si tratta però di una consapevolezza che non riesce a condurre il legislatore oltre quello stesso testo normativo, rimasto immutato nella sua parte definitoria nel susseguirsi dei presunti necessari interventi normativi.

2.1.

“Associazione di tipo mafioso” e “associazione mafiosa tipo”: quale referente per le c.d. nuove mafie?

Nessun riferimento testuale accompagna, dunque, la denominazione “associazioni straniere” e la stessa connotazione delle “altre associazioni comunque localmente denominate”, quali associazioni che “valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso”, è parsa una mera superfetazione legislativa¹⁵.

Se si assume che nessuna associazione, comunque denominata anche straniera, sia in grado di ingenerare una condizione di assoggettamento e di omertà e di perseguire gli identici scopi previsti dal terzo comma, è inevitabile concludere per l’applicabilità di quest’ultimo alle sole associazioni mafiose e considerare l’ultimo comma censurabile sotto il profilo della tassatività¹⁶.

Ecco che l’ultimo comma sembrerebbe svelare, ancor prima della preoccupazione di applicazioni eccessivamente restrittive della fattispecie, un dato – si ritiene – maggiormente significativo ovvero che la definizione del terzo comma non descrive l’associazione di tipo mafioso, bensì “l’associazione mafiosa tipo”¹⁷: un modello di associazione riconducibile a nozioni storicamente e sociologicamente determinate¹⁸.

Così ragionando, l’alternativa che si pone è tra il delegare la “gestione” della tassatività all’interprete oppure lo spostare l’attenzione sugli elementi di tipizzazione offerti dal terzo comma.

Muovendo da un concetto tradizionale – ancorché consapevole¹⁹ – di legalità, il percorso necessitato parrebbe riconducibile al secondo degli itinerari prospettati, così da ridurre quella

¹² Con le conseguenze che ne sono state fatte derivare nella stessa pronuncia in termini di mancata assoluzione, come invece chiesto dalla difesa “per presunta non punibilità dei fatti al momento della loro realizzazione storica”; si legga Cass. pen., Sez. I, 5 maggio 2010, n. 24803, in *De Jure*.

¹³ Cass. pen., Sez. II, 30 aprile 2013, n. 22989, in *De Jure*.

¹⁴ Cass. pen., Sez. II, 30 aprile 2013, n. 22989, *cit.*.

¹⁵ G. FIANDACA, *Commento all’art. 1 della Legge 13 settembre 1982 N. 646 (Norme antimafia)*, in *Leg. Pen.*, 1983, 257 ss.; G. SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, Padova, 1997, 92 ss.; G. TURONE, *Le associazioni di tipo mafioso*, Milano, 1984, 32.

¹⁶ Nel senso dell’illegittimità costituzionale dell’ultimo comma G. INSOLERA, *Considerazioni sulla nuova legge antimafia*, in *Politica dir.*, 1982, 691, P. NUVOLONE, *Recensione a C. e V. Macri. La legge antimafia*, in *Ind. pen.*, 1983, 520, E. MUSCO, *Luci ed ombre della legge Rognoni-La Torre*, in *Leg. Pen.*, 1988, 581.

¹⁷ L’espressione è di A. INGROIA, *L’associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, 105.

¹⁸ In chiave critica G. FIANDACA-F. ALBEGGIANI, Nota ad Assise Palermo, sentenza 16 dicembre 1987, *Abbate ed altri*, in *Foro It.*, 1988, II, 84. Di diverso avviso G. TURONE, *Le associazioni di tipo mafioso*, *cit.*, 35, secondo cui il rimando a nozioni storico-sociologiche avrebbe un rilievo notevole ai fini della comprensione del fenomeno nel suo complesso; per tale ragione il legislatore avrebbe ritenuto necessario richiamarsi ad esse, pur pagando il prezzo di una formulazione non del tutto ortodossa sul piano tecnico-giuridico. Secondo l’Autore non può essere ignorata l’elaborazione culturale operata dalle scienze sociali e storiche sui fenomeni di mafia, camorra e ‘ndrangheta: si tratterebbe di scienze in grado di fornire un utile contributo per stabilire con precisione a quali aggregazioni debba applicarsi la norma penale e, in particolare, che cosa debba intendersi con l’espressione “le altre associazioni comunque localmente denominate”.

¹⁹ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 21 e 33; M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello stato – epistemologia*, in *Ind. Pen.*, 1999, 27 ss..

“delega” entro i confini dell’attribuzione di senso ai concetti di “forza di intimidazione”, “assoggettamento” e “omertà”.

Consapevolezza che muove, da un lato, dalla scomparsa dell’ideale illuministico del giudice quale “bocca della legge” e della concezione vetero-positivistica che basa l’applicazione della legge penale su un sapere puramente sillogistico-deduttivo²⁰; dall’altro lato, e “fuori da ogni ingenuità o mito”, dall’esistenza di un insieme di fattori eterogenei di natura *extra* testuale, riconducibili al concetto di “precomprensione” ermeneutica²¹, la cui compatibilità con il principio di stretta legalità è d’obbligo gestire.

L’interpretazione non può, infatti, non essere “*concepita come attività di conversione dal linguaggio normativo alla azione pratica, come integrazione della conoscenza con la decisione o volontà del giudicare, come inserimento dell’interprete nel contesto della prassi sociale, che è ben più vasto di quello linguistico coincidente con l’insieme normativo della legislazione*”²².

E, in questo complesso percorso di concretizzazione, nel quale l’applicazione giudiziale delle norme incriminatrici soggiace a condizionamenti di carattere politico-ideologico e socio-culturale, si assiste altresì alla tendenza alla “processualizzazione” delle categorie sostanziali, nel senso di una interazione tra logica probatoria e definizione concettuale dei requisiti del fatto punibile²³.

In questa mutata cornice della dinamica della legalità penale, quale procedimento di concretizzazione, può essere colta la dialettica tra l’“associazione di tipo mafioso” e l’“associazione mafiosa tipo” e l’attribuzione di senso ai rispettivi elementi costitutivi.

2.2.

Il metodo mafioso come concetto stilizzato dal punto di vista etnico-culturale. Possibile la sua applicazione estensiva alle “associazioni straniere”?

La genesi concettuale dell’art. 416 *bis* c.p. deve essere fatta risalire al periodo a cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta e a una ideale seconda generazione della giurisprudenza sulle misure di prevenzione della sorveglianza speciale e dell’obbligo o divieto di soggiorno per gli

²⁰ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., 37.

²¹ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., 21; sugli atti sessuali F. M. IACOVIELLO, *Toghe e jeans. Per una difesa (improbabile) di una sentenza indifendibile*, in *Cass. Pen.*, 1999, 2204: “un tempo la facoltà del giudice di cogliere repentinamente il fatto si chiamava intuizione: parola nobile, che evocava la capacità prodigiosa di giungere al cuore delle cose. In un linguaggio più aggiornato, si chiama ora “precomprensione”. Parola asettica, che serve ad etichettare una realtà molto poco asettica: una realtà che racchiude tutta l’esperienza umana del giudice, i suoi pregiudizi, la sua morale, le sue convinzioni – e perché no? – le sue nevrosi (...)”.

²² G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., 33; F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, 300-307; V. FROSINI, *Prolegomeni all’interpretazione giuridica*, in *Nomos*, 1988, 43; sulla rilevanza del contesto nell’interpretazione del diritto penale si veda O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 137 ss..

²³ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., 44, porta, quale esemplificazione, il concetto penalistico di *partecipazione* nella fattispecie associativa, “suscettibile di essere influenzato, oltre che da pregiudiziali di ordine socio-criminologico, dal materiale probatorio di volta in volta disponibile circa i modi in cui l’imputato ha intrattenuto rapporti con l’organizzazione criminale”. Altro esempio riportato dall’Autore, quello della punibilità delle c.d. donne di mafia, ove si assiste all’accettazione di un paradigma sociologico di matrice ambientale: “paradigma assimilabile a una regola d’esperienza, che tendeva cioè a concepire la donna come un essere totalmente succube e subordinato all’interno della struttura criminale, a tal punto da farla apparire priva di qualsiasi autonomia morale e di qualsiasi capacità di autodeterminazione; da qui, l’asserita incompatibilità tra il ruolo passivo rivestito dalla donna e la possibilità di attribuirle ruoli attivi rilevanti ai fini di un’iscrizione di responsabilità penale”. Sul tema T. PRINCIPATO-A. DINO, *Mafia e donne. Le vestali del sacro e dell’onore*, Palermo, 1997; G. FIANDACA, *La discriminazione sessuale tra paradigmi giudiziari e paradigmi culturali*, in *Segno*, 1997, n. 183, 19 ss.. Infine, vi è l’esempio della contiguità tra mafia e imprenditori. L’Autore spiega come, accanto all’interpretazione penalmente immunizzante frutto di una preconcepita adesione a un determinato schema interpretativo dei rapporti mafia-impresa, vi sia, tra gli “effetti di situazione” che anche il giudice subisce, quale soggetto appartenente a una cultura socialmente condizionata, “la pregiudiziale tendenza a percepire determinati individui come “criminali” o come persone «perbene»”. Su tale specifico versante, con riferimento ai “reati culturali” si veda A. BERNARDI, “Fattore culturale” e personalizzazione dell’illecito penale, in L. RISCATO-E. LA ROSA (a cura di), *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali. Atti del convegno. Messina 13 e 14 giugno 2008*, Torino, 2009, 201 ss..

“indiziati di appartenere ad associazioni mafiose”²⁴.

Una giurisprudenza che prende le mosse dalla *ratio* di una legge – la 575 del 1965 – diretta a prevenire le manifestazioni di antisocialità organizzata presenti sull'intero territorio nazionale, prescindendo dalle origini e dalla diversità delle denominazioni tradizionali. Designazioni che, secondo questa giurisprudenza, nello stesso linguaggio comune avrebbero perso di significato per essere sostituite da un termine onnicomprensivo, quello di “mafia”.

È evidente, in questo senso, come il termine “non possa essere inteso nella sua accezione meramente storica di fenomeno nato in alcune zone della Sicilia” e come, con esso debba “intendersi ogni raggruppamento di persone che con mezzi criminosi si propongono di assumere o mantenere il controllo di zona, gruppi, o attività produttive attraverso l'intimidazione sistematica e l'infiltrazione di propri membri in modo da creare una condizione di assoggettamento e di omertà che renda impossibili o altamente difficili le normali forme d'intervento punitivo dello Stato”²⁵.

L'attenzione si sposta, dunque, sui caratteri delle organizzazioni e sugli obiettivi che queste intendono raggiungere, sui mezzi utilizzati per conseguire il controllo del territorio o semplicemente di alcune attività produttive o economiche in genere. Quando si parla di mafia, l'allusione è già al “metodo”, che solo con la legge 646 del 1982 diverrà l'elemento di tipizzazione della fattispecie, in uno sforzo “espressivo” diretto al superamento di una visione localistica del fenomeno mafioso. Per citare la Suprema Corte all'indomani dell'entrata in vigore della legge Rognoni-La Torre, non sono “il luogo d'origine, la sede dell'associazione o la zona di provenienza degli associati a qualificare quella di tipo mafioso, potendo essere riconosciuta la sussistenza di associazioni di tipo mafioso in qualsiasi località ove in precedenza fosse sconosciuto un fenomeno simile”²⁶.

Eppure ciò che a prima vista può sfuggire è come a fare da sfondo a tale elaborazione siano, pur sempre, fatti verificatisi in contesti territoriali “tradizionali” e aventi a oggetto attività e metodiche tipiche di questo genere di devianza. Sono questi stessi tratti che, qualche anno più tardi, compariranno in sede legislativa per ricevere la veste di generalità e astrattezza propria

²⁴ Appartengono idealmente alla prima generazione Cass. pen., Sez. I, 29 ottobre 1969, *Tempa*, in *Giust. Pen.*, 1970, II, 879 ss., secondo cui “il termine di “associazione mafiosa” cui fa riferimento la disposizione, pur non essendo definito dalla legge stessa, ha nel linguaggio comune un significato univoco e limiti ben definiti; esso si richiama a noti fenomeni di grave antisocialità esattamente individuati e circoscritti sotto il profilo concettuale, sotto quello sociologico e sul piano legale ed ulteriormente li delimita dando rilevanza esclusiva alle sue forme sociali”. È di tutta evidenza come l'approccio giurisprudenziale, al di là di una presunta “esatta individuazione del fenomeno dal punto di vista legale”, si riporti integralmente a una nozione di mafia connotata in termini storico-geografici, senza che si ravvisi la necessità di fornire un'elaborazione autonoma dal punto di vista strettamente giuridico. Nello stesso senso Cass. pen., Sez. II, 23 marzo 1970, in *Mass. Cass. Pen.*, 1972, 131, che considera legittimamente ritenuta la minaccia estorsiva in un'apparente richiesta di mutuo, non avente in concreto alcuna giustificazione, allorché, con motivato apprezzamento delle circostanze di fatto, si ravvisi che quella richiesta dissimula in realtà una vera e propria intimidazione, rapportandola al soggetto che ne è autore, nella specie un camorrista locale, in un piccolo paese dominato da capi camorra noti e temuti, il cui solo nome incuteva timore reverenziale, e in relazione alla gravità delle conseguenze temute di uno sgarbo per un eventuale rifiuto. Si vedano, altresì, Cass. pen., Sez. I, 21 marzo 1962, *Iaccarini*, in *Mass. Cass. Pen.*, 1962, 522, m. 930; Cass. pen., Sez. II, 24 marzo 1972, *Balsamo*, in *Mass. Cass. Pen.*, 1973, 998, m. 1280; Cass. pen., Sez. I, 9 luglio 1963, *Grande* e altri, in *Mass. Cass. Pen.*, 1963, 862, m. 1572, Cass. pen., Sez. I, 5 novembre 1979, *Mannolo*, in *Giust. Pen.*, 1980, II, 279, secondo la quale la minaccia costitutiva del delitto di estorsione può dirsi esistente avuto riguardo non solo alla personalità sopraffattrice dell'agente, all'organizzazione di cui è espressione, alle circostanze ambientali, per cui la vittima venga a trovarsi ragionevolmente nella condizione di doverne subire la volontà per evitare in caso di mancata adesione il paventato verificarsi di un più grave pregiudizio; Cass. pen., Sez. I, 22 giugno 1965, *Albovino*, in *De Jure*, che, in relazione alla fattispecie di violenza privata, afferma “nella previsione dell'art 610 c. p. deve ritenersi compresa qualunque forma di minaccia, esplicita od implicita, diretta od indiretta, reale o simbolica, purché appresa e compresa dal soggetto passivo; anche in mancanza di parole o di gesti espliciti di intimidazione, il semplice atteggiamento del soggetto attivo può costituire una minaccia punibile, quando assuma carattere d'intimidazione in rapporto all'ambiente ed alle condizioni psichiche della persona offesa. In un ambiente ove le prepotenze e le vessazioni siano elevate a regola di vita, come quello dominato dalla cosiddetta «mafia», anche l'offerta di «protezione» fatta da un mafioso ad altro soggetto può assumere il valore d'una violenza morale, e realizzare quindi la fattispecie di cui all'art 610”; Tribunale di Palermo, 7 marzo 1972, *Puleo e Nicolosi*, in *Giur. It.*, 1973, I, 986 ss..

²⁵ In questi termini si espresse la Suprema Corte in alcune note pronunce della fine degli anni Settanta, tra cui Cass. pen., Sez. I, 12 novembre 1974, *Serra* e altri, in *Giust. Pen.*, 1976, III, 151 ss.; Cass. pen., Sez. I, 8 giugno 1976, *Nocera* e altri, in *Giust. Pen.*, 1977, II, 268 ss., Cass. pen., Sez. I, 7 marzo 1977, *Ortoleva*, in *Giust. Pen.*, 1977, III, 678 ss..

²⁶ Cass. pen., Sez. VI, 12 giugno 1984, *Chamonal*, in *Foro It.*, 1985, II, 169 ss., secondo cui sono riconducibili al paradigma normativo richiamato “quelle organizzazioni nuove, disancorate dalla mafia tradizionale che tentino di introdurre metodi di intimidazione, di omertà e di sudditanza psicologica per via dell'uso sistematico della violenza fisica e morale in settori della vita socio-economica, ove ancora non sia dato di registrare l'infiltrazione di associazioni mafiose tipiche”. Alle medesime conclusioni giungeranno Cass. Sez. I, 14 gennaio 1987, *Fiandaca*, in *Cass. Pen.*, 1988, II, 1605 ss.; Cass. pen., Sez. VI, 16 dicembre 1985, *Spatola*, in *Cass. Pen.*, 1987, I, 49 ss.. Cass. pen., Sez. I, 8 novembre 1984, *Gangi*, in *Giust. Pen.*, 1985, II, 268, m. 376, dove si precisa che la connotazione mafiosa, ma anche camorristica, di un'associazione per delinquere “inerisce al modo di esplicarsi dell'attività criminosa e non già al luogo di origine del fenomeno criminale, sicché è irrilevante che, sia pure a fini strategici, la stessa organizzazione possa avere dei collegamenti con quelle che potrebbero definirsi case madri quali la mafia, la camorra o la 'ndrangheta.” Si vedano anche Cass. pen., Sez. VI, 16 dicembre 1985, in *Ced Cass.*, Rv. 171998; Cass. pen., Sez. I, 30 settembre 1986, *Amerato*, in *Ced Cass.*, Rv. 174636; Cass. pen., Sez. I, 5 marzo 1987, *Fermentino*, in *Ced Cass.*, Rv. 176050.

della norma giuridica che tipizza il fatto di reato²⁷.

Si assiste, dunque, a un'accettazione incondizionata da parte del legislatore del 1982 e a una trasposizione pedissequa, non solo della terminologia elaborata dalla giurisprudenza nel contesto dell'applicazione delle misure di prevenzione, ma, ciò che più conta, della rappresentazione mentale del fenomeno, secondo la quale dall'intimidazione, quale modo di esprimersi proprio di queste realtà associative illecite, deriverebbe una situazione di assoggettamento e di omertà.

Un vizio genetico della fattispecie: questa nasce per prevedere e reprimere moderne realtà delinquenziali operanti anche a livello internazionale secondo schemi tipicamente imprenditoriali. Il dato testuale è, però, lontano dalle intenzioni del legislatore, poiché si fonda sull'osservazione dei tratti di un fenomeno sviluppatosi in Sicilia nel cinquantennio che precede la promulgazione della disposizione²⁸.

Il risultato è, dunque, rappresentato dalla consacrazione formale di una realtà deviante lontana nel tempo, attraverso un massiccio ricorso a elementi normativi di carattere *extra-giuridico*²⁹, che rimandano alle peculiarità del contesto sociale di riferimento.

Ecco dunque porsi un quesito singolare.

Errano i giudici o erra il legislatore?

Sono i primi a fallire questa "delega di astrazione generalizzatrice", oppure il secondo incapace di fornire una definizione autentica dell'associazione mafiosa, minimizzando al contempo il percorso compiuto dalla giurisprudenza, finalizzato al superamento del referente criminologico³⁰.

Un dato è certo: la formulazione dalla disposizione incriminatrice fa sì che il concetto di agire mafioso possa essere compreso e applicato solo attraverso lo studio della sua matrice sociologica: per utilizzare le parole della sentenza *Rasovic*, il metodo mafioso è un concetto fortemente stilizzato dal punto di vista etnico-culturale³¹, è per questo necessario verificarne l'adattabilità alle esigenze interpretative poste dal raffronto con le peculiarità proprie di formazioni criminali non autoctone.

E la questione che si pone non è solo quella di accertare se eventuali tentativi di generalizzazione rappresentino un'operazione legittima o, piuttosto, una forzatura ai limiti dell'intervento analogico in *malam partem*; un simile accertamento condurrebbe, infatti, a un'analisi di sociologia criminale, relegando in secondo piano le criticità derivanti dal rapporto tra "diritto penale giurisprudenziale" e legalità in questo specifico ambito di incriminazione.

La questione è principalmente di carattere metodologico e attiene alla figura del giudice quale "veicolatore" di saperi all'interno del processo penale e, proprio per tale via, come si avrà modo di illustrare, quale artefice della definizione di ciò che risulta essere penalmente rilevante a seguito del consolidarsi di un certo percorso interpretativo.

²⁷ Non può ritenersi casuale nemmeno il fatto che i primi tentativi di riforma, volti a debellare il fenomeno, vennero intrapresi in concomitanza con episodi di banditismo diffusi in Sicilia e intimamente connessi con la mafia locale. La legge 1423/1956 recante "Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità" nacque come strumento da utilizzare anche per la repressione del fenomeno mafioso in Sicilia. Successivamente, con l'istituzione della Commissione sul fenomeno della mafia in Sicilia risalente al 12 dicembre 1962 e sulla base dei risultati cui tale commissione approdò, venne promulgata la legge 575 del 1965, recante, questa volta in maniera ancora più paradigmatica, "Disposizioni contro la mafia". Legge che, a dispetto di ogni canone di astrattezze e generalità, mirava chiaramente a prevenire quella particolare forma di devianza che si era sviluppata a partire dal territorio siciliano. Si veda L. DE LIGUORI, *La struttura normativa dell'associazione di tipo mafioso*, in *Cass. Pen.*, 1988, II, 1609 ss.; ID., *L'associazione mafiosa: pregiudiziali sociologiche e problemi interpretativi*, *ivi*, 1987, I, 53 ss., per un excursus storico si veda L. STORTONI, *Criminalità organizzata e legislazione di emergenza*, in *De delitti delle pene*, 1992, III, 39 ss..

²⁸ Da notare come nell'ambito dell'indagine sociologica si fosse già sottolineata la dimensione imprenditoriale delle moderne realtà criminali organizzate, evidenziando, altresì, l'inadeguatezza delle categorie esistenti (carezza sociale, difetto di socializzazione, deficit di controllo), più adatte a descrivere condizioni di patologia sociale. In tal senso V. RUGGIERO, *Crimine organizzato: una proposta di aggiornamento delle definizioni*, in *De delitti delle pene*, 1992, III, 7 ss.; M. PAVARINI, *Lo sguardo artificiale sul crimine organizzato*, in G. GIOSTRA-G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi. Atti della giornata di studio-Macerata 13 maggio 1993*, Milano, 1995, 75 ss..

²⁹ In questo senso G. DI LELLO FINUOLI, *Associazione di tipo mafioso e problema probatorio*, in *Foro It.*, 1984, 247.

³⁰ Secondo G. FIANDACA, *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro It.*, 1985, 301; ID., *Commento alla legge 13 settembre 1982, n. 646 (Norme antimafia)*, cit., 257, secondo cui "lo sforzo definitorio del legislatore del 1982 si è imbattuto nella obiettiva difficoltà di tradurre in linguaggio giuridico penale concetti elaborati in un primo tempo sul terreno dell'indagine storico-sociologica e, successivamente, nella prassi applicativa delle misure di prevenzione"; L. DE LIGUORI, *Art. 416-bis, brevi note in margine al dettato normativo*, in *Cass. Pen.*, 1986, II, 1177; meno critico A. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 55 ss..

³¹ Cass. pen., Sez. I, 10 dicembre 1997, *Rasovic*, in *Rep. Foro It.*, 1998, 1457.

3.

Mafie classiche tra notorio e massime d'esperienza.

La giurisprudenza sulle mafie classiche, nel suo ondeggiare tra opposti orientamenti, fornisce interessanti spunti di riflessione sulle modalità con le quali legittimare l'ingresso del sapere socio-criminologico nell'orbita processuale.

Da un lato, si sostiene infatti che la c.d. "connotazione mafiosa" sia, in taluni contesti, fatto notorio e, come tale, chiave di lettura nei processi per criminalità organizzata: gli aspetti del fatto devono essere valutati in base alle connotazioni che il comportamento assume nel quadro storico e ambientale di riferimento³². In altri termini, "essendo la mafia qualcosa di reale e riconoscibile nei suoi atteggiamenti e nei suoi modi di essere in un certo ambiente culturale, geografico ed etnico, comportamenti e costumanze mafiose colorano gli indizi aliunde tratti in una articolata significazione ai fini della prova del delitto di associazione per delinquere"³³.

Si sostiene, altresì, che ai fini della valutazione in sede giudiziaria dei fatti di criminalità di stampo mafioso, sia necessario tenere conto, seppure con la dovuta cautela, dei dati dell'indagine storico-sociologica, quali strumenti di interpretazione dei risultati probatori, una volta vagliata caso per caso "l'effettiva idoneità a essere assunti ad attendibili massime di esperienza", cioè "a regole giuridiche preesistenti al giudizio"³⁴ e "principalmente, dopo avere ricostruito, sulla base dei mezzi di prova a disposizione, gli specifici e concreti fatti che formano l'oggetto del processo"³⁵.

C'è dunque un diverso modo di concepire l'ingresso della conoscenza dei fenomeni associativi nei processi per 416 bis e la linea di demarcazione sembrerebbe essere quella tra fatti notori e massime d'esperienza, anche se la distinzione pare forse insussistente sul piano contenutistico, per esserlo piuttosto sul piano della sindacabilità della motivazione giudiziale anche in sede di legittimità.

I fatti notori sono accadimenti "determinati e circoscritti" la cui conoscenza rientra nella cultura propria della generalità dei consociati e perciò ritenuti conosciuti dal giudice, senza che si renda necessario alcuno specifico accertamento processuale³⁶.

Le massime di esperienza rappresentano piuttosto un criterio di inferenza che si affianca alle leggi scientifiche; esse consistono in una generalizzazione empirica riguardante la condotta umana, individuale e sociale. Generalizzazione che può nascere nella società, dal comune patrimonio conoscitivo ovvero dal sapere appartenente alla cultura media delle parti e del giudice³⁷.

Le massime di esperienza sono ricavate dall'applicazione del metodo induttivo ai singoli accadimenti concreti, in modo da enucleare la regola di inferenza giustificata dall'osservazione del normale ordine di svolgimento delle vicende umane e dall'elevato tasso di probabilità o di frequenza statistica che congiunge un fatto all'altro secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*³⁸.

Inoltre, se "leggi e teorie scientifiche rispondono ad un ciclo vitale: nascono, invecchiano e muoiono" per mano della sperimentazione scientifica, per le massime di esperienza colui che seleziona la base empirica, che osserva la regolarità del fenomeno e che estrapola dalla serie dei casi

³² Cass. pen., Sez. I, 25 marzo 1982, *De Stefano* e altri, in *Foro It.*, 1983, II, 360 ss.; Tribunale di Palmi, 12 settembre 1983, *Rizzo* e altri, in *Foro It.*, II, 33 ss..

³³ Cass. pen., Sez. I, 25 marzo 1982, *De Stefano* e altri, cit.; Tribunale di Palmi, 12 settembre 1983, *Rizzo* e altri, cit.; *contra* Cass. pen., Sez. I, 1 aprile 1987, *Ollio*, in *Ced. Cass.*, Rv. 176111, Cass. pen., Sez. I, 16 marzo 1987, *Mammoliti*, in *Ced. Cass.*, Rv. 176174.

³⁴ Cass. pen., Sez. I, 5 gennaio 1999, n. 84, *Cabib*, in *De Jure*; Cass. pen., Sez. II, 9 giugno 2006, *Sessa*, in *Ced. Cass.*, Rv. 234665.

³⁵ Cass. pen., Sez. I, 5 gennaio 1999, n. 84, *Cabib*, cit..

³⁶ Cass. pen., Sez. II, 9 febbraio 2005, n. 10450, in *De Jure*; già Cass. pen., Sez. I, 23 settembre 1987, n. 9998.

³⁷ Sulla genesi, la struttura e le caratteristiche delle massime d'esperienza si vedano F. STEIN, *Das private wissen des richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Neudr. der Aug. Leipzig 1893, Aalen, 1969; N. MANNARINO, *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in Cassazione*, Padova, 1993; F. M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, 177 ss.; M. NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, 123 ss.; M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1979; G. ESPOSITO, *Le massime d'esperienza nel processo penale*, in *Arch. Pen.*, 1971, 126 ss.; A. NAPPI, *Le ragioni del giudice: osservazioni in tema di struttura logica della motivazione e di valutazione della prova*, in *Cass. Pen.*, 1987, 1796 ss.. Sull'operatività delle massime d'esperienza nei processi di criminalità organizzata si vedano, inoltre, G. DI LELLO FINUOLI, *Associazione di tipo mafioso e problema probatorio*, cit., 249 ss.; G. SILVESTRI, *I criteri di valutazione previsti dall'art. 192 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1997, 901 ss.; E. FASSONE, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Processo penale e criminalità organizzata*, Roma-Bari, 1993; 259 ss.; G. BORRELLI, *Massime di esperienza e stereotipi socio-culturali nei processi di mafia: la rilevanza penale della contiguità mafiosa*, in *Cass. Pen.*, 2007, 286 ss..

³⁸ G. SILVESTRI, *I criteri di valutazione previsti dall'art. 192 c.p.p.*, cit., 902.

uniformi la massima atto a spiegare futuri casi simili, è il giudice³⁹.

La generalizzazione contenuta nella massima d'esperienza può, infine, nascere anche nel processo penale, sotto forma di "generalizzazione probatoria"⁴⁰.

3.1.

Il fatto notorio che diviene massima d'esperienza nel processo di generalizzazione probatoria del metodo mafioso.

È proprio nell'ambito dei processi alle mafie classiche che è emersa la tendenza a ricostruire la mafiosità del sodalizio dalla "cultura ambientale" in cui i fatti oggetto del processo maturano, in quanto fatti di "notoria, continua esperienza" stante la penetrazione del fenomeno in certe zone del territorio italiano⁴¹, nel senso di ritenere sufficiente il semplice collegamento logico degli indizi acquisiti e la loro valutazione sulla base del costume ambientale.

Sfuma così la stessa distinzione tra fatto notorio e massima d'esperienza. L'indizio di mafiosità diviene, in questo modo, prima una prova poi la generalizzazione racchiusa nella massima d'esperienza.

Quelle che nascono come conclusione specifica delle prove raccolte in un determinato processo, divengono generalizzazioni vevoli nell'ambito di processi aventi a oggetto fatti simili, benché basati su prove autonomamente raccolte.

Con il susseguirsi delle pronunce che ribadiscono lo stesso risultato, l'affermazione da oggetto e risultato di prova si trasforma in criterio di prova.

Da quel momento, la generalizzazione, si fa massima d'esperienza: non dovrà essere più dimostrata e sarà utilizzata, con un certo automatismo, per collegare un fatto alla responsabilità di un soggetto⁴².

Se si muove dalla premessa per cui l'associazione mafiosa è dotata di una precisa identità sociologica, allora, la fattispecie non fa altro che tipizzare un insieme di regole di esperienza che, da un lato, sono il portato di quel vizio genetico cui prima si accennava e, dall'altro lato, agevolano la valutazione probatoria affidata al giudice: in questo senso il metodo intimidatorio, le condizioni di "succubanza" che da esso derivano, il controllo di attività economiche, l'impedimento o l'ostacolo del libero esercizio del voto, verrebbero in luce esse stesse quali massime di esperienza⁴³.

3.2.

Conoscenze meta-giuridiche e processi alle mafie classiche: incertezze metodologiche e possibile composizione di un conflitto interpretativo.

L'atteggiamento ondivago della giurisprudenza relativo all'utilizzo dei risultati delle indagini sociologiche quali criteri di valutazione della prova, mosso dalla preoccupazione di possibili deviazioni dal modello legale di valutazione della prova causate da pregiudiziali di

³⁹ F. M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, cit., 190.

⁴⁰ F. M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, cit., 183.

⁴¹ Trib. Palermo, 7 marzo 1972, *Puleo e Nicolosi*, in *Giur. It.*, 1973, I, 1003.

⁴² A partire dalla Cass. pen., Sez. I, 29 ottobre 1969, *Tempra*, in *Giust. Pen.*, 1970, II, 879 ss., si afferma l'univocità di significato del termine "associazione mafiosa", trattandosi di un fenomeno di antisocialità individuato e circoscritto sotto il profilo concettuale e sociologico. Nello stesso senso anche Cass. pen., Sez. I, 21 marzo 1962, *Iaccarini*, in *Mass. Cass. Pen.*, 1962, 522, m. 930; Cass. pen., Sez. II, 24 marzo 1972, *Balsamo*, in *Mass. Cass. Pen.*, 1973, 998, m. 1280; Cass. pen., Sez. I, 9 luglio 1963, *Grande* e altri, in *Mass. Cass. Pen.*, 1963, 862, m. 1572; Cass. pen., Sez. I, 5 novembre 1979, *Mannolo*, in *Giust. Pen.*, 1980, II, 279, m. 289; Cass. pen., Sez. I, 22 giugno 1965, *Albovino*, in *Ced. Cass.*, Rv. 099917. Altri casi in cui la partecipazione all'associazione è stata desunta da "indizi di appartenenza", tra cui i precedenti penali e giudiziari del soggetto, le informazioni fornite dall'autorità di polizia ed altri elementi come l'omertà, il rapido arricchimento dell'indiziato, sono Cass. pen., Sez. VI, 6 aprile 1995, *Primavera*, in *Giust. Pen.*, 1996, II, 301; Cass. pen., Sez. II, 15 aprile 1994, *Matrone*, in *Cass. Pen.*, 1996, 76; Cass. pen., Sez. I, 15 maggio 1993, *Chitè*, in *Cass. Pen.*, 1994, 2979. Altrove le regole ambientali hanno consentito di ritenere idonei strumenti di prova semplici relazioni di parentela o affinità; in particolare, una volta accertata l'esistenza di una organizzazione delinquenziale a base familiare, tali regole sono state utilizzate per dimostrare il coinvolgimento dei singoli membri all'interno del sodalizio. In tal senso Cass. pen., Sez. I, 1 luglio 1994, *Agostino*, in *Giust. Pen.*, 1995, III, 219; Cass. pen., Sez. I, 21 marzo 1995, *Calderara*, in *Giust. Pen.*, 1995, III, 187; Cass. pen., Sez. I, 23 marzo 1995, *Stracquadaini*, in *Giust. Pen.*, 1995, III, 188.

⁴³ In tal senso Cass. pen., Sez. IV, 12 giugno 1984, *Chamonal*, cit., 169, con nota di C. RAPISARDA; Cass. pen., Sez. I, 25 marzo 1982, *De Stefano*, cit., 360, con nota di G. FIANDACA; Cass. pen., Sez. I, 24 gennaio 1977, *Condelli*, in *Mass. Cass. Pen.*, 1978, 1094; Cass. pen., Sez. I, 16 dicembre 1971, *Di Maio*, in *Mass. Cass. Pen.*, 1972, n. 13; Cass. pen., Sez. I, 29 ottobre 1969, *Tempra*, in *Giust. Pen.*, 1970, II, 879.

ordine meta giuridico, si è espresso anche nel senso della valorizzazione della frammentarietà e specificità di ciascuna manifestazione del fenomeno mafioso, al punto da negare la stessa possibilità di elaborare massime di esperienza impiegabili come parametro di interpretazione delle prove, essendo impossibile riconoscere alla mafia una precisa identità sociologica⁴⁴.

In questo senso ogni indagine che presupponga una ricostruzione di tali fenomeni sulla base di elementi diretti a fissarne profili operativi e organizzativi in modo compiuto e definito, si profilerebbe come un'operazione arbitraria, addirittura estranea all'accertamento dei requisiti propri della definizione legale di associazione di tipo mafioso⁴⁵.

Orientamenti, quelli descritti, che dovrebbero trovare una composizione nei principi generali di valutazione delle prove sanciti dall'articolo 192 c.p.p. e, nello specifico, la rigida osservanza del dovere di motivazione che trova il suo referente primario nell'articolo 111 della Costituzione. Il dovere del giudice di dare conto nella motivazione dei criteri e dei risultati raggiunti è strettamente correlato a un valore primario dell'ordinamento, espresso dall'insopprimibile esigenza di razionalità della decisione e di controllo dei passaggi logici che hanno portato all'elaborazione della massima di esperienza e alla scelta di determinate acquisizioni probatorie piuttosto che di altre⁴⁶.

Per usare le parole di una pronuncia di legittimità, "*deve considerarsi indubbiamente censurabile l'uso di tecniche di valutazione degli elementi probatori fondato su astratte generalizzazioni e su modelli comportamentali non convalidati da precise e concrete verifiche delle risultanze processuali*"⁴⁷. La Corte, pur ammettendo che un'adeguata comprensione dei fenomeni associativi di stampo mafioso non possa prescindere dai risultati di accreditate indagini di ordine socio-criminale, stante il modello normativo offerto dalla disposizione, esclude che la massima d'esperienza possa esimere il giudice dall'osservanza del dovere di ricerca delle prove indispensabili per l'accertamento della fattispecie concreta.

La piena esplicitazione del principio del prudente apprezzamento e la rigida osservanza del dovere di motivazione impongono al giudice, nella valutazione del materiale probatorio, di fondarsi su un rigoroso vaglio dell'effettivo grado di inferenza delle massime di esperienza, stabilendo, altresì, la loro piena rispondenza alle risultanze probatorie del caso⁴⁸. Poiché sono queste, sul piano giudiziario, a rappresentare lo strumento imprescindibile per la ricostruzione

⁴⁴ Cass. pen., Sez. II, 30 aprile 2013, n. 22989, cit.; in questo senso già Cass. pen., Sez. I, 23 novembre 1988, *Farinella* e altri, in *Foro It.*, II, 77, secondo cui "*posto che i fenomeni delinquenziali e associativi a diffusione territoriale (quali non solo la mafia di "cosa nostra", ma anche la "camorra" e la "ndrangheta") non riflettono organizzazioni unitarie e verticistiche, cui vada necessariamente ricondotta ciascuna organizzazione locale, ma rappresentano entità distinte e autonome, anche se caratterizzate dall'osservanza di metodi comuni e da rapporti di coordinazione e coordinamento, va affermata in relazione a ciascuna "famiglia" locale, la sussistenza di autonomi reati associativi (...)*"; e Cass. pen., 8 novembre 1984, *Gangi*, in *Rep. Foro It.*, 1985, voce *ordine pubblico*, n. 32.

⁴⁵ Cass. pen., 16 dicembre 1985, *Spatola*, in *Rep. Foro It.*, 1987, voce *ordine pubblico*, n. 18; Cass. pen., 29 maggio 1989, *Ollio* e altri, in *Riv. Pen.*, 1990, V, 461 ss., nella quale le critiche mosse alla pronuncia del giudice di merito si sostanziano, la prima, nell'identificazione della massima con la personale esperienza del giudice acquisita attraverso anni di studio del fenomeno mafioso. La seconda nell'uso delle annotazioni sociologiche sulla mafia e sulle caratteristiche psicologiche del mafioso contenute in sentenza, ritenute non adoperabili quali regole generali e non applicabili in un sistema dominato dalla presunzione di non colpevolezza e dal principio della responsabilità penale personale. Si veda anche Cass. pen., Sez. I, 14 ottobre 1993, *Lo Sardo*, in *Riv. Pen.*, 1994, 760 ss., Cass. pen., Sez. I, 14 luglio 1994, *Buscemi*, in *Ced. Cass.*, Rv. 199305.

⁴⁶ G. SILVESTRI, *I criteri di valutazione previsti dall'art. 192 c.p.p.*, cit., 906.

⁴⁷ Cass. pen., Sez. I, 5 gennaio 1999, *Cabib*, in *Foro It.*, II, 638. Basilare la considerazione con cui la Corte apre la questione della rilevanza dei risultati dell'indagine storico-sociologica sulla valutazione, in sede giudiziaria, di fatti di criminalità di stampo mafioso. Essa trova la propria base giustificativa nello stesso modello di associazione mafiosa recepito dall'articolo 416 bis c.p., per la definizione del quale la legge non ha fatto altro che tipizzare regole di esperienza tratte dall'analisi sociologica delle principali organizzazioni criminali, prime fra tutte *Cosa Nostra* e *Camorra*. Secondo la Corte, pur dovendosi ammettere che un'adeguata comprensione dei fenomeni associativi di stampo mafioso non possa prescindere dai risultati di accreditate indagini di ordine socio-criminale, esclude che la massima d'esperienza possa esimere il giudice dall'osservanza del dovere di ricerca delle prove indispensabili per l'accertamento della fattispecie concreta. In applicazione dei principi sopra richiamati essa ravvisa nel provvedimento ricorso una illogicità manifesta: corrisponderebbe a "*una inaccettabile astrazione generalizzante il modello sociologico di comportamento adottato come parametro dal tribunale del riesame, in virtù del quale nelle zone dell'Italia meridionale dominate da organizzazioni di stampo mafioso gli imprenditori sono costretti a venire a patti con i gruppi criminali, trovandosi nella ineluttabile necessità di accertare le richieste estorsive*". L'ordinanza impugnata assume quindi come postulato un dato di natura socio-economica e criminale non suscettibile nella categoria delle regole di comportamento e delle massime di esperienza.

⁴⁸ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., 39 ss..

dei fatti, non solo di criminalità organizzata, oggetto del singolo processo⁴⁹.

4.

Le peculiarità dei fenomeni associativi stranieri tra profili sostanziali e profili processuali.

Riportando il discorso alle c.d. “nuove mafie”, dal confronto con le pronunce che si sono espresse in materia⁵⁰, sorge il dubbio che quella connotazione che l’art. 416 *bis* c.p. pretende perché possa parlarsi di associazione di tipo mafioso sia senz’altro presente in questo tipo di aggregazioni: l’etichetta “mafie etniche” sembra enfatizzare, al contrario, l’esistenza di tratti di derivazione socio-culturale le cui espressioni modali si distanziano da quelle proprie delle mafie italiane.

Da questo specifico versante è emerso che la forza di intimidazione manifestata dalle consorterie di matrice estera – come accadde per Cosa Nostra in occasione della prima ondata migratoria verso l’Italia settentrionale – non sembra possedere una concreta potenzialità di incidenza sul tessuto sociale della comunità territoriale indigena⁵¹.

Si è trattato allora di capire, al fine di verificare la concreta configurabilità dell’ipotesi criminosa, se il contesto ambientale esterno sul quale parametrare l’effettività della condizione passiva di assoggettamento e omertà dovesse essere spiegato in termini di stretta territorialità oppure, piuttosto, tenendo conto del particolare ambiente culturale, geografico ed etnico in cui i fatti prendono forma e maturano⁵².

Collocandosi in questa seconda prospettiva, la giurisprudenza si è trovata di fronte alla necessità e conseguente difficoltà di analizzare il contesto di provenienza del sodalizio, accertando l’effettivo conseguimento in patria di un prestigio criminale di tipo mafioso con correlato clima di soggezione e di omertà diffusi all’esterno, per verificarne in un secondo momento l’immanente persistenza anche all’estero⁵³.

⁴⁹ Negli stessi termini Cass. pen., Sez. I, 20 dicembre 2005, *D’Orio*, in *Cass. Pen.*, 2007, 1071; Cass. pen., Sez. I, 26 maggio 1999, *Mammoliti* e altri, in *Cass. Pen.*, 90 ss., con nota di C. VISCONTI, secondo la quale “nel valutare la sussistenza degli estremi del reato di partecipazione ad associazione di tipo mafioso nei comportamenti tenuti da talune donne sposate con capi mafiosi, il giudice non deve lasciarsi condizionare da asserite massime di esperienza, frutto di astratti modelli sociologici che raccontano dell’impossibilità per una donna di affidarsi all’organizzazione mafiosa secondo le regole interne di questa, bensì deve verificare alla stregua di quanto richiesto dalla fattispecie incriminatrice se tali comportamenti siano o meno espressioni di inserimento – con specifico ruolo di qualsiasi natura – nell’organizzazione criminale e funzionali ai suoi scopi”. Negli stessi termini Trib. min. Lecce, 18 aprile 1996, in *Foro It.*, 1998, II, 73, con nota di C. VISCONTI.

⁵⁰ Si vedano le pronunce citate a nt. 10.

⁵¹ M. MASSARI, *La criminalità mafiosa nell’Italia centro-settentrionale*, in S. BECUCCI-M. MASSARI, *Mafie nostre, mafie loro*, cit., 3 ss..

⁵² Si sono occupate della questione Cass. pen., Sez. VI, 30 maggio 2001, *Hsiang Khe Zhi* e altri, cit., 6, la quale ha ritenuto configurabile il reato di cui all’art. 416 *bis* c.p. nei confronti di “organizzazioni che, senza controllare tutti coloro che vivono o lavorano in un certo territorio, rivolgono le proprie mire a danno dei componenti di una certa collettività – anche stranieri immigrati o fatti immigrare clandestinamente – a condizione che si avvalgano di metodi tipicamente mafiosi e delle conseguenti condizioni di assoggettamento e omertà”; con specifico riferimento all’esplicitarsi della forza di intimidazione da parte delle consorterie straniere, la Corte afferma che “va da sé che tale forza prevaricante ha capacità di penetrazione e di diffusione inversamente proporzionali ai livelli di collegamento che la collettività sulla quale essa si esercita è in grado di mantenere per cultura o per qualsiasi altra ragione, con le istituzioni statuali di possibile contrasto, potendo evidentemente la intimidazione passare da mezzi molto forti (minaccia alla vita o al patrimonio quando ci si trovi in presenza di soggetti ben radicati in un territorio) a mezzi semplici come minacce di percosse rispetto a soggetti che, vivendo già in condizioni di clandestinità o di semilegalità, non siano in grado di contrapporre valide difese”. Si vedano altresì Trib. Rimini, 14 marzo 2006, *Abbiassov* e altri, cit., 510 ss, il quale fonda tale conclusione sull’operatività del principio di territorialità della legge penale di cui all’art. 6 c. p., cui farebbe da corollario la regola di inscindibilità della condotta; nonché Cass. pen., Sez. V, sentenza 18 aprile 2007, n. 15595, cit., 219 ss., che contiene un interessante riferimento al concetto di “controllo del territorio”; esso esprime, secondo la Corte, un requisito implicito della fattispecie. Ciò che viene generalmente indicato sincompatamente con questa espressione “è in realtà riferibile non già al controllo di un’area geografica in quanto tale, quanto al controllo della comunità o dell’aggregazione sociale individuabile mediante il suo insediamento nel territorio. E ciò a ragione proprio della matrice sociologica della definizione normativa di mafioso in uso e della ratio di tutela della libertà dei singoli di resistere agli assoggettamenti di criminali che permeano le formazioni sociali delle quali fanno parte”. In esso si fondono, in una rappresentazione unitaria, la pluralità degli elementi riconducibili al metodo mafioso, ovvero il carattere diffuso della condizione di assoggettamento e di omertà, ravvisati dalla sentenza nel numero indeterminato di immigrati soggetti alla forza di intimidazione dell’organizzazione, e la conseguente menomazione della libertà di autodeterminazione. *Contra* Cass. pen., Sez. VI, 16 maggio 2000, *B. A.*, in *De Jure*; Trib. Bari, 28 marzo 2003, *Chen Jan Zhong* e altri, cit., 6 ss.. Sul punto si veda S. PETRALIA, *La criminalità organizzata di origine straniera: il fenomeno delle nuove mafie fra paradigma socio-criminologico e paradigma normativo*, cit., 102.

⁵³ Esigenza avvertita da Trib. Rimini, 14 marzo 2006, *Abbiassov* e altri, cit., 519.

4.1.

La riproposizione di una lettura sub-culturale del metodo mafioso nei processi alle mafie etniche.

Ecco dunque farsi strada una giurisprudenza, quella sulle “nuove mafie”, che – in un’ottica strettamente sostanzialista – si rende artefice di un percorso interpretativo caratterizzato da logiche estensive della portata incriminatrice della fattispecie, attraverso una lettura “funzionalmente anacronistica” degli elementi di tipizzazione del metodo mafioso.

In questo senso, e a titolo esemplificativo, si possono leggere quelle pronunce che vogliono l’associazione di tipo mafioso prevalentemente caratterizzata dalla condizione passiva di assoggettamento e omertà; risultante, in specie la seconda, da quelle forme di solidarietà che ostacolano o semplicemente rendono più difficoltosa l’opera di prevenzione e repressione che dal vincolo associativo derivano per il singolo all’esterno, ma anche all’interno dell’associazione⁵⁴.

A supportare tale ricostruzione, la stessa etimologia del verbo “avvalersi”⁵⁵: se la forza di intimidazione promana direttamente dall’“in sé” del vincolo associativo, senza essere necessariamente ricollegata a concreti atti di violenza fisica o morale, ai fini dell’integrazione della fattispecie sarà sufficiente che il gruppo criminale sia potenzialmente capace di esercitare intimidazione e come tale sia percepito all’esterno⁵⁶.

Si tratterebbe di una capacità di esercitare intimidazione universalmente riconosciuta nel contesto sociale di riferimento: una sorta di rendita di posizione derivante da un prestigio criminale già conseguito dal sodalizio e tale da determinare una sorta di “*alone permanente di intimidazione diffusa*”⁵⁷.

In questi termini, l’elemento della forza d’intimidazione è desumibile da quelle “*circostanze atte a dimostrare la capacità di incutere timore propria dell’associazione e ricollegabile a una generale*

⁵⁴ Trib. Rimini, 14 marzo 2006, *Abbiassov* e altri, cit., 515. In tal senso Cass. pen., 1 luglio 1987, *Ingemi*, in *Riv. Pen.*, 1988, 642; Cass. pen., 4 luglio 1987, *Saviano*, in *Ced. Cass.*, Rv. 176341; Cass. pen., 22 dicembre 1987, *Aruta*, in *Ced. Cass.*, Rv. 177304; Cass. pen., 16 marzo 1988, *Altivalle*, in *Ced. Cass.*, Rv. 177895; Cass. pen., 6 giugno 1991, *Grassonelli*, in *Giust. Pen.*, 1992, II, 62; Cass. pen., 16 giugno 1992, *Altadonna*, in *Giust. Pen.*, 1993, II, 38; Cass. pen., Sez. II, 10 maggio 1994, *Matrone*, in *Ced. Cass.*, Rv. 198647 e 198649; Cass. pen., 9 giugno 1994, *Pulito*, in *Foro It. Repertorio*, 1995, voce *ordine pubblico*, n. 26; Cass. pen., Sez. V, 16 marzo 2000, *Frasca*, in *Ced. Cass.*, Rv. 215965; Cass. pen., Sez. I, 10 luglio 2007, *Brusca*, in *Ced. Cass.*, Rv. 237619.

⁵⁵ Nell’ambito della dottrina formatasi sull’art. 416 *bis* c.p., che si è interrogata sull’uso da parte del legislatore del verbo coniugato al presente indicativo “*si avvalgono*”, si sono distinte diverse posizioni. Nel senso che l’espressione sottintenda necessariamente il compimento effettivo e attuale di atti di intimidazione da parte dei singoli associati, vedi V. PAJNO, *Aspetti di diritto sostanziale della L. 13/09/1982 n. 646*, in CSM, *La Legge 13 settembre 1982, n. 646. Problemi interpretativi e applicativi. Seminario di studio per magistrati «Simonetta Lamberti»*. Maiori, 17, 18, 19 dicembre 1982, Roma, 1983, 74 ss.; L. SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, cit., 51 ss.; L. DE LIGUORI, *Art. 416-bis, brevi note in margine al dettato normativo*, in *Cass. pen.*, 1986, II, 1524 ss.; G. DE VERO, *Tutela penale dell’ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, 289 ss., *Id.*, *Tutela dell’ordine pubblico e reati associativi*, in *Rivista italiana di diritto e processo penale*, 1993, 116 ss.. Ritiene che l’espressione alluda a una modalità abituale del comportamento mafioso G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. e dir.*, 1984, IV, 48 ss.. Ritiene che gli atti di intimidazione possano semplicemente rientrare tra gli strumenti di pressione di cui l’associazione stessa soglia o comunque intenda avvalersi, G. FIANDACA, *Commento all’art. 1 della L. 13/9/1982 (Norme antimafia)*, cit., 260 ss.; R. BRETONI, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. Pen.*, 1983, IV, 1018; G. DI LELLO FINUOLI, *Associazione di tipo mafioso e problema probatorio*, cit., 248 ss., E. FORTUNA, *La risposta delle istituzioni alla criminalità mafiosa*, in *Cass. Pen.*, 1984, 212 ss.. Per una rassegna critica dei vari modelli ricostruttivi vedi G. FIANDACA, *L’associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro It.*, 1985, V, 301 ss..

⁵⁶ L’eventuale compimento di concreti atti intimidatori si rifletterà sulla prova del reato associativo solo come indice di una cura rivolta dagli associati al mantenimento o al consolidamento di una forza intimidatrice già acquisita. In dottrina G. TURONE, *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., 79 ss., parla di “*funzione secondaria meramente ausiliaria*”, negli stessi termini *Id.*, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008, 116.

⁵⁷ L’espressione è di G. TURONE, *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., 79 ss.; *Id.*, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 117, ritiene che la categoria conservi validità esplicativa. Critico circa l’utilizzo del concetto di alone di intimidazione diffusa quale rivelatore della sussistenza della capacità intimidatrice, A. INGROIA, *L’associazione di tipo mafioso*, cit., 63 ss.. Ciò primariamente perché riferire tale concetto a uno stato permanente di timore diffuso nel territorio in cui opera l’associazione rende difficile la sua distinzione dalla condizione di assoggettamento e di omertà tassativamente e tipicamente correlati all’effettivo sfruttamento del forza intimidatrice. In secondo luogo, perché l’espressione rivela un’evidente matrice sociologica che porta con sé il rischio di suggestioni riecheggianti il modello del tipo d’autore, escludendo l’applicazione della fattispecie a quegli ambiti regionali nei quali il controllo del territorio da parte della mafia non è totale, ma comunque vi operino associazioni dotate di un’autonoma carica intimidatrice.

percezione della sua terribile efficienza nell'esercizio della coercizione fisica⁵⁸, ovvero dalla condizione passiva di timore in cui versano associati e non al cospetto del sodalizio⁵⁹, piuttosto che da comportamenti attivi di intimidazione.

La stessa configurazione di assoggettamento e omertà quale "condizione diffusa e generalizzata"⁶⁰, corrispondente a una visione sub-culturale del fenomeno, risponde in vero all'esigenza di consentire l'applicazione della fattispecie anche laddove "la forza di intimidazione e la correlata situazione di assoggettamento e di omertà sia circoscritta a una determinata comunità comunque estranea e isolata rispetto al contesto ambientale territoriale, senza concreta possibilità di penetrazione nel locale tessuto sociale"⁶¹. Rappresentazione che si lega allo stesso uso dei concetti di assoggettamento e omertà "interna".

Con il termine *assoggettamento* si vuole richiamare, infatti, la posizione di sottomissione, quasi di vassallaggio, che caratterizza il singolo associato nei confronti dei membri più autorevoli e del gruppo mafioso nel suo complesso, consolidata dal timore delle rappresaglie tipicamente conseguenti a episodi di tradimento e insubordinazione, secondo uno schema di matrice sub-culturale, frutto del riconoscimento del potere mafioso come unico potere legittimo⁶². E lo stesso accadrebbe anche all'esterno, nella misura in cui persone non associate alla consorceria mafiosa ne condividano la sub-cultura tipica, subendo comunque la forza di intimidazione nel quadro di una sorta di legittimazione del potere mafioso.

A destare perplessità è la riviviscenza del concetto di "assoggettamento sub-culturale estero"⁶³, residuo storico in via di estinzione anche in quelle zone notoriamente inquinate da fenomeni classici di mafia.

Il richiamo a esso vorrebbe, invece, conservare una valenza esplicativa in relazione a realtà organizzate straniere che rivolgono la propria attività di intimidazione nei confronti del solo gruppo di appartenenza insediatisi in Italia.

⁵⁸ Secondo G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 80, "se l'intimidazione implicita e indirettamente allusiva può assumere una certa rilevanza probatoria sotto il profilo dei reati di estorsione e violenza privata, sempre che essa sia riconducibile in concreto alla condotta di uno più persone determinate, a maggior ragione essa assumerà una rilevanza probatoria ben più immediata sotto il profilo del nuovo reato associativo, essendo sufficiente che essa sia genericamente riconducibile al gruppo associativo nel suo complesso". Sul carattere implicito e indirettamente allusivo della carica intimidatoria sviluppata da un gruppo mafioso, si vedano Cass. pen., Sez. II, 23 marzo 1970, in *Mass. Cass. Pen.*, 1972, 131, che considera legittimamente ritenuta la minaccia estorsiva in un'apparente richiesta di mutuo, non avente in concreto alcuna giustificazione, allorchando, con motivato apprezzamento delle circostanze di fatto, si ravvisi che quella richiesta dissimula in realtà una vera e propria intimidazione, rapportandola al soggetto che ne è autore, nella specie un camorrista locale, in un piccolo paese dominato da capi camorra noti e temuti, il cui solo nome incuteva timore reverenziale, ed in relazione alla gravità della conseguenze temute di uno sgarbo per un eventuale rifiuto; Cass. pen., Sez. II, 24 ottobre 1967, *Vistarini*, in *Mass. Cass. Pen.*, 1968, 1246; Cass. pen., Sez. I, 21 marzo 1962, *Iaccarini*, in *Mass. Cass. Pen.*, 1962, 522; Cass. pen., Sez. II, 24 marzo 1972, *Balsamo*, in *Mass. Cass. Pen.*, 1973, 998; Cass. pen., Sez. I, 9 luglio 1963, *Grande e altri*, in *Mass. Cass. Pen.*, 1963, 862; Cass. pen., Sez. I, 5 novembre 1979, *Mannolo*, in *Giust. Pen.*, 1980, II, 279; Cass. pen., Sez. I, 22 giugno 1965, *Albovino*, in *De Jure*, la quale, in relazione alla fattispecie di violenza privata, afferma come "nella previsione dell'art 610 c. p. deve ritenersi compresa qualunque forma di minaccia, esplicita o implicita, diretta o indiretta, reale o simbolica, purché appresa e compresa dal soggetto passivo; anche in mancanza di parole o di gesti espliciti di intimidazione, il semplice atteggiamento del soggetto attivo può costituire una minaccia punibile, quando assuma carattere d'intimidazione in rapporto all'ambiente e alle condizioni psichiche della persona offesa"; infatti "in un ambiente ove le prepotenze e le vessazioni siano elevate a regola di vita, come quello dominato dalla cosiddetta «mafia», anche l'offerta di «protezione» fatta da un mafioso ad altro soggetto può assumere il valore d'una violenza morale, e realizzare quindi la fattispecie di cui all'art 610"; Trib. di Palermo, 7 marzo 1972, *Puleo e Nicolosi*, in *Giur. It.*, 1973, I, 986 ss.. È evidente il rischio cui conduce il ragionamento induttivo che dalla prova della commissione dei reati-scopo risale all'esistenza del fenomeno mafioso: così facendo, si sostituisce la prova indiziaria alla prova storica fondata sulla diretta constatazione del fatto-reato.

⁵⁹ G. FIANDACA, *Commento all'art. 1 della L. 13/9/1982 (Norme antimafia)*, cit., 260, avanza il sospetto che nell'espressione *forza di intimidazione del vincolo associativo* si possa nascondere un circolo vizioso, nel senso che è idoneo a produrre forza intimidatrice, non qualsiasi vincolo associativo, ma quello caratteristico di associazioni di un certo tipo, che si considerano già in partenza mafiose. Secondo G. TURONE, *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., 83, il circolo vizioso svanirebbe nel momento in cui il punto di partenza del ragionamento interpretativo non fosse la mafiosità del vincolo associativo, bensì la verifica della sua autonoma capacità di sviluppare un'intimidazione diffusa. In termini più generali, M. PAVARINI, *Lo sguardo artificiale sul crimine organizzato*, in G. GIOSTRA-G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, cit., 79, sottolinea come la criminalità organizzata abbia fatto ingresso nel lessico politico-giuridico, a fronte della sua presenza storica, solo a seguito del raggiungimento di elevati livelli di intollerabilità sociale: "come dire che è sull'elemento esterno della reazione sociale che si finisce per definire una determinata realtà come criminalità organizzata, e non sulle intrinseche sue caratteristiche".

⁶⁰ Trib. Rimini, 14 marzo 2006, *Abbiassov*, cit., 514.

⁶¹ Trib. Rimini, 14 marzo 2006, *Abbiassov*, cit., 519, secondo cui "la forma libera che caratterizza la fisionomia del reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, e dunque la mancanza di tipizzazione della relativa condotta, consentono al giudice di merito di cogliere, nel processo di metamorfosi della mafia nel tessuto sociale ed economico, i contenuti dell'appartenenza anche in nuove e più evolute forme comportamentali di adattamento o di mimetizzazione, rispetto alla classica iconografia del mafioso". In tal senso anche Cass. pen., 18 gennaio 2005, *Sorce*, voce *ordine pubblico*, in *Rep. Foro It.*, 2005, n. 26. *Contra* Tribunale di Bari, 28 marzo 2003, *Chen Jan Zhong* e altri, cit., 6 ss..

⁶² In questo senso G. TURONE, *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., 86; ID., *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008, 157. Di diverso avviso L. DE LIGUORI, *Art. 416-bis, brevi note in margine al dettato normativo*, cit., 1523; G. FIANDACA, *Commento all'art. 1 della L. 13/9/1982 (Norme antimafia)*, cit., 260, ritiene che assoggettamento e omertà siano effetti psicologici che si producono esclusivamente all'esterno della realtà associativa, mentre il cemento che lega gli appartenenti al gruppo è costituito dalla comune adesione a una specifica subcultura.

⁶³ G. TURONE, *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., 86.

E considerazioni analoghe possono essere svolte in merito all'*omertà*, posto che non si rimanda alla definizione di essa generalmente accolta, e intesa come rifiuto di collaborare con gli organi dello Stato, preferendo il richiamo al concetto di "*solidarietà*".

Si tratterebbe, allora, di distinguere tra omertà passiva indotta dall'intimidazione, anch'essa interna ed esterna e omertà sub-culturale, la quale ultima lungi dall'essere una condizione subita rappresenterebbe, piuttosto, una condivisione dei valori tradizionali del gruppo criminoso riaffermati proprio attraverso il comportamento omertoso consapevolmente assunto⁶⁴.

Riconoscere l'operatività della condizione di assoggettamento e omertà anche all'interno del sodalizio è la conseguenza del fatto che non tutte le manifestazioni di assoggettamento e omertà sono concepite come conseguenza dell'intimidazione, potendo derivare anche da fattori socio-culturali.

Uno sdoppiamento, tuttavia, non aderente alla formulazione del dato normativo, il quale istituisce un rapporto di causa-effetto tra i due momenti del metodo mafioso, tanto che parlare di assoggettamento e omertà di matrice sub-culturale non dovrebbe avere rilievo ai fini dell'integrazione della fattispecie⁶⁵.

4.2.

Unpossibileruolo per la perizia: rilievo conclusivo sull'imprescindibilità del dato sociologico nei processi alle mafie etniche.

Nella prospettiva del presente scritto, lo si rammenta, la questione che si pone attiene alle conoscenze cui il giudice, quale interprete del caso concreto, può attingere per trovare conferma della reputazione criminale della particolare organizzazione straniera giunta al suo vaglio.

Proprio quella diversità cui poc'anzi si accennava, da un lato, spiega l'esigenza di ricostruirne i tratti seguendo categorie tratlative, e al tempo stesso, rende estremamente difficile questo tipo di accertamento: le differenze culturali impediscono al giudice di ricavare certi dati dal comune patrimonio conoscitivo, rendendo indispensabili "nuove forme" di apporto delle scienze sociali.

A difettare, rispetto a simili forme di criminalità, è, da un lato, la possibilità di rintracciare massime d'esperienza consolidate, cui si aggiunge, dall'altro lato, la difficoltà per il giudice di rinvenire plausibili paradigmi esplicativi nell'ambito delle stesse scienze sociali e selezionare, in assenza di competenze specifiche, tra i possibili modelli offerti⁶⁶.

Un'equivocità, quella del dato sociologico, acuita dalla sua propensione a essere esso stesso oggetto di un'operazione ermeneutica, ancorché i dati oggettivi raccolti si presentino sotto

⁶⁴ Si veda Trib. Firenze, 24 maggio 1999, *Hsiang Kbe Zhi* e altri, 181-183, in S. BECUCCI-M. MASSARI, *Mafie nostre, mafie loro*, cit., 129, secondo cui "è apparso assai chiaramente come la stessa efficacia intimidatoria dell'associazione criminale fosse facilitata e amplificata dal particolare tessuto sociale nell'ambito del quale operava: la particolare chiusura culturale e sociale delle comunità cinesi insediatesi nelle varie città italiane ha indubbiamente giocato un ruolo determinante nell'affermarsi e nel consolidarsi di tali realtà delinquenziali, ostacolando a lungo un adeguato intervento delle Forze dell'ordine e facendo invece sì che il senso di appartenenza alla propria comunità etnica, e di parallela diffidenza verso il gruppo sociale del paese ospitante, spingesse questi immigrati a riconoscere come propria un'autorità impostasi con l'uso programmatico di violenze e minacce, ma comunque ritenuta espressione dei propri valori e della propria cultura e garante del proprio assetto sociale". La Corte descrive, in questi termini, un microsistema in cui la vittima è al tempo stesso fruitore dei servizi resi dall'organizzazione. Così il clandestino è sottoposto a restrizioni della propria libertà, ma, al tempo stesso, ha la possibilità di essere collocato nel mondo del lavoro e di regolarizzare la propria presenza in Italia. Così gli esercenti attività produttive possono subire estorsioni, ma, contemporaneamente, è loro garantita manodopera a basso costo. Così, infine, i membri della comunità possono subire le decisioni adottate dai vertici dell'organizzazione in veste di "pacieri" e nello stesso tempo confidare nel rispetto di regole e ruoli ben precisi. Si vedano anche Cass. pen., Sez. I, 29 gennaio 2008, n. 12954, in *De Jure*, Cass. pen., Sez. V, 18 aprile 2007, n. 15595, cit., 219 ss.; Cass. pen., Sez. Un., 10 dicembre 2003, *Huang Yunwen* e altri, cit., 132 ss..

⁶⁵ La giurisprudenza maggioritaria si è espressa nel senso di ritenere non irrilevanti, ma anche non essenziali, i riflessi della forza di intimidazione che si manifestino in capo ai membri del sodalizio criminoso. In questo senso si vedano Cass. pen., Sez. I, 6 giugno 1991, *Grassonelli*, in *Giust. Pen.*, 1992, II, 77; Cass. pen., Sez. I, 19 marzo 1992, *D'Alessandro*, in *Giust. Pen.*, 1992, II, 471; Cass. pen., Sez. I, 20 novembre 1992, *De Feo*, in *Giust. Pen.*, 1994, II, 11-13; Cass. pen., Sez. VI, 11 febbraio 1994, *De Tommasi*, in *Ced. Cass.*, Rv. 198577; Cass. pen., Sez. I, 22 maggio 1987, *Ferrentino*, cit.; Cass. pen., Sez. I, 19 giugno 1988, *Abbinati*, in *Ced. Cass.*, Rv. 178897; Cass. pen., Sez. II, 10 maggio 1994, *Matrone*, in *Ced. Cass.*, Rv. 198647; Cass. pen., Sez. V, 19 dicembre 1997, *Magnelli*, in *Ced. Cass.*, Rv. 211071; Cass. pen., Sez. VI, 11 gennaio 2000, *Ferone*, in *Ced. Cass.*, Rv. 216633. *Contra*: Cass. pen., Sez. I, 7 aprile 1992, *Barbieri*, in *Giust. Pen.*, 1993, II, 152; App. Catanzaro, Sez. I, 2 febbraio 1985, *Volpe* e altri, in *Cass. Pen.*, 1985, 1698 ss..

⁶⁶ Con riferimento alle categorizzazioni della scienza sociale, emblematico lo scritto di E. R. ZAFFARONI, *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in S. MOCCIA (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Napoli, 1999, 63 ss..

forma di “riproduzione neutrale di avvenimenti”⁶⁷.

L'esito di tale interpretazione dipenderà, come dimostrato, dal criterio prescelto per leggere l'evidenza empirica e, dunque, da valutazioni di opportunità implicite nella funzione che a quella particolare scienza sociale, da cui il dato proviene, si è ritenuto di assegnare⁶⁸.

Con il rischio di degradare nel notorio, ricorrendo a clausole di stile che prescindono da una effettiva cognizione del sapere socio-criminologico, corroborando decisioni diversamente maturate e ispirate piuttosto a istanze repressive diffuse nell'opinione pubblica⁶⁹. Per utilizzare le parole di una recente sentenza pronunciata in materia di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale, vi è “il pericolo che l'uso non corretto del notorio possa determinare l'alterazione delle regole del processo e l'inquinamento delle fonti di conoscenza giudiziale”⁷⁰.

Si consideri che proprio l'assenza di “contributi sociologici” ha portato, ad esempio, il Tribunale di Rimini, nel 2006, a ritenere la consorteria estera sprovvista di quella fama criminale idonea a distinguerla dalla mera associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p.: i giudici, infatti, hanno ritenuto configurabile il reato di associazione per delinquere semplice per il mancato raggiungimento in patria di quella fama criminale che alimenta la forza di intimidazione tipica del sodalizio mafioso. Mancato raggiungimento dimostrato dal fatto che la letteratura scientifica di tipo socio-criminologico, a differenza di quanto avvenuto per altri gruppi criminali, non avrebbe mai descritto il cosiddetto “*racket dei sordomuti russi*” alla stregua di un'associazione di tipo mafioso⁷¹.

In altri termini, il reato di cui all'art. 416 *bis* sarebbe configurabile solo nei confronti di organizzazioni criminali straniere sorrette da un'indiscutibile e radicata reputazione criminale, tale che le renda temute in patria da coloro che decidono di emigrare in Italia e talmente note da essersi già guadagnate le attenzioni della letteratura scientifica⁷².

Come si diceva, la questione è legata altresì al modo in cui queste “analisi di antropologia criminale” possono farsi strada nel processo penale⁷³.

Qualora la valutazione del dato probatorio debba avere luogo alla stregua di “specifiche cognizioni scientifiche”, il giudice potrebbe essere tenuto a disporre l'accertamento peritale, anche qualora tali cognizioni fossero in suo personale possesso⁷⁴.

La risposta, benché possa essere ricostruita in termini affermativi, porta con sé un elevato

⁶⁷ In tal senso, sebbene con specifico riferimento all'analisi politico-criminale, C. E. PALIERO, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in L. STORTONI-L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte. Atti del Convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000*, Milano, 2000, 272; si veda altresì O. DI GIOVINE, *Conclusioni. (Ovvero: is multiculturalism bad for criminal law?)*, in L. STORTONI-S. CAGLI (a cura di), *Cultura, culture e diritto penale. Atti del convegno. 12 dicembre 2011*, Bologna, 2012, 183.

⁶⁸ C. E. PALIERO, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, cit., 272.

⁶⁹ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., 47; F. STELLA, *Oltre il ragionevole dubbio: il libero convincimento del giudice e le indicazioni vincolanti della Costituzione italiana*, in *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze. Atti del convegno. Siracusa, 6-8 dicembre 2002*, Milano, 2004, 107; S. PETRALIA, *La criminalità organizzata di origine straniera: il fenomeno delle nuove mafie fra paradigma socio-criminologico e paradigma normativo*, cit., 106 ss., l'ingresso dei saperi scientifici nei processi alle mafie straniere potrebbe, da un lato, risolversi in una mera clausola di stile; oppure, dall'altro lato, negare in ogni caso la capacità di infiltrazione di tali organizzazioni nel tessuto sociale della comunità ospitante e nel suo ambito politico-istituzionale. Nell'ambito dei reati culturalmente motivati, vedi in tal senso C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 54 ss.. Secondo E. FASSONE, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Processo penale e criminalità organizzata*, Roma-Bari, 1993, 262, “*tutto sta nel conseguire un'ampia osservazione di casi e un'accurata analisi della costanza o meno della condotta*”.

⁷⁰ Trib. Napoli, Ufficio G.i.p., 23 giugno 2011, *T. e altri*, in *questa Rivista*.

⁷¹ Trib. Rimini, 14 marzo 2006, *Abbiassov*, cit., 520.

⁷² In questo senso Trib. Rimini, sentenza 14 marzo 2006, *Abbiassov*, cit., 520. Critiche, sul punto, le considerazioni di C. VISCONTI, *Mafie straniere e Ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis?*, in *questa Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2014, 34.

⁷³ Sul tema, con riferimento alla definizione delle ragioni o consuetudini etniche, religiose o culturali nell'ambito dei “reati culturali”, si legga C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 149 ss.. Sforano la tematica G. GENTILE, *Un'aggravante per i reati culturalmente motivati? Riflessioni critiche sulla proposta di legge Sbai*, in L. STORTONI-S. CAGLI (a cura di), *Cultura, culture e diritto penale*, cit., 64 ss.; O. DI GIOVINE, *Conclusioni. (Ovvero: is multiculturalism bad for criminal law?)*, *ibidem*, 184.

⁷⁴ Su tale aspetto O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, 43 ss., Secondo l'Autore, “*riferendosi al “patrimonio culturale dell'uomo medio” si traccia un duplice spartiacque: da un lato, fra “scienza privata” di cui è inibito l'uso nell'attività probatoria, e “sapere comune”, che è legittimo e doveroso che il giudice e le parti impieghino nella ricostruzione del fatto, e, dall'altro lato, fra questo e le “specifiche competenze” (tecniche, scientifiche e artistiche) che, quando occorrono, rendono necessario l'intervento di un esperto*”. Segnala l'Autore come nell'attuale prassi giudiziaria, benché le materie trattate a processo esigano conoscenze superiori al patrimonio dell'uomo medio, non si faccia ricorso alla prova mediante esperto. Ciò per uno spostamento di confini, da un lato, tra “*scienza privata*” e “*sapere comune*” e, dall'altro lato, tra “*competenze specifiche*” e “*sapere comune*”, con un incremento, in entrambi i casi, dell'area del “*sapere comune*”. Sul tema della prova scientifica si vedano altresì L. DE CATALDO NEUBURGER, *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, Padova, 2010, 17 ss.; M. TARUFFO, *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, voce in *Enc. Dir. Annali*, 2008, II, 1, 965 ss.; L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 33 ss.; M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, II, 1375 ss.

grado di problematicità.

La perizia, infatti, “*può servire al giudice in quanto gli fornisca elementi fattuali rilevabili in base al possesso di specifiche cognizioni scientifiche o tecniche*” e “*precipualemente serve ad apprestargli le regole valutative che siano proprie di determinate discipline o – come più di frequente avviene – la valutazione, in applicazione di tali regole, di dati già acquisiti al processo o da acquisirsi mercè lo stesso accertamento peritale*”⁷⁵.

Soluzione che, per altro, dovrebbe derivare dalla stessa struttura del processo, quale momento imperniato sull’antagonismo delle parti. Non si tratterebbe tanto di colmare una lacuna conoscitiva del giudice, quanto, piuttosto, di garantire il contraddittorio delle parti nell’acquisizione di nozioni adoperabili, non solo⁷⁶, come premessa maggiore del sillogismo probatorio⁷⁷.

In questo modo, si andrebbe a recuperare, sebbene in concreto e sul solo piano processuale, quella dialettica che fonda la legalità penale.

Al tempo stesso e conclusivamente, non può negarsi come il rinvio a specifiche cognizioni scientifiche o tecniche, oltre a lasciare irrisolta la questione del “*come e a quali condizioni, il giudice può o deve acquisire conoscenze scientifiche, quali sono le conoscenze che gli occorrono, e quali attendibilità abbiano le conoscenze che egli acquisisce attraverso le perizie e le consulenze tecniche*”⁷⁸, lasci principalmente insoluto il problema della “*definizione di ciò che si intende per scienza nella prospettiva della necessaria integrazione scientifica delle conoscenze del giudice*”⁷⁹.

⁷⁵ In questo senso N. MANNARINO, *Le massime d’esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in Cassazione*, cit., 76 ss.. Tale pare essere la scelta operata da certa giurisprudenza con riferimento alla fattispecie di cui all’art. 270 bis c.p.. Si veda Trib. Napoli, Ufficio G.i.p., 23 giugno 2011, T. e altri, in [questa Rivista](#). Sul tema L. BAUCCIO, *L’accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale. Aspetti teorici e pratici*, Milano, 2005, 340, ritiene che la perizia possa essere ammessa nei limiti in cui “*essa presupponga una conoscenza che esuli dalle cognizioni del Giudice e dalle nozioni di comune esperienza*”. Con riferimento alla perizia criminologica si vedano P. MARTUCCI, *Il contributo del criminologo nel processo penale: un problema ancora aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 744 ss.; I. GIANNINI, *Il dibattito sull’ammissibilità della perizia e della consulenza criminologica nel processo penale*, in *Rass. pen. crim.*, 2003, III, 87 ss.; A. CARNEVALE-C. ARMANDO-R. MENNA, *La perizia criminologica nel processo penale: dal Codice del ’30 ai nostri giorni*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 371 ss.; G. CANEPA, *Perizia psichiatrica e perizia criminologica. Un contrasto superato*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Vol. III, Milano, 2000, 905 ss..

⁷⁶ Si ritiene che non possa essere trascurata la possibilità che tale contributo rilevi anche sul piano della premessa minore del sillogismo giudiziale, in termini di “*selezione delle caratteristiche rilevanti nella vicenda storica accertata*”; in questo senso O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale*, cit., 191 ss..

⁷⁷ In questo senso N. MANNARINO, *Le massime d’esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in Cassazione*, cit., 76 ss..

⁷⁸ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, cit., 151.

⁷⁹ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, cit., 154, offre come soluzione l’applicazione di alcuni criteri elaborati nella sentenza *Daubert*: in primo luogo, il giudice deve porre attenzione nel selezionare la scienza “buona” ed escludere la scienza “spazzatura”. Egli deve applicare anche alle scienze umane i criteri della serietà del controllo sulle fonti scientifiche pubblicate e della *general acceptance* da parte della comunità scientifica di riferimento. Infine, deve essere rispettato il requisito della rilevanza specifica e diretta delle nozioni che vengono acquisite rispetto ai fatti particolari del singolo caso. Criteri che dovranno essere seguiti nei due momenti decisivi della perizia: la scelta del perito e la valutazione del contenuto della relazione peritale.

LA TORSIONE DELLA CONFISCA DI PREVENZIONE PER LA SOLUZIONE DEL PROBLEMA DELL'EVASIONE FISCALE

*Note a margine della sentenza delle Sezioni Unite, 29 maggio 2014 (29 luglio 2014),
n. 33451, Pres. Santacroce, Rel. Zampetti, Imp. Repaci*

Marina Di Lello Finuoli

ABSTRACT

Le Sezioni Unite decidono sulla rilevanza delle allegazioni che il soggetto “proposto” per l'applicazione della confisca di prevenzione può presentare per la giustificazione della provenienza dei beni nella sua disponibilità. In particolare, negano che i redditi occultati al fisco siano idonei a giustificare la sproporzione tra il valore dei beni rispetto all'attività economica svolta. Il presente contributo si interroga sulle ricadute della decisione, alla luce di un recente orientamento in tema di *confisca allargata* (art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992) che riconosce al suo destinatario la facoltà di dedurre i proventi dell'evasione fiscale. Il Supremo Collegio non estende siffatto orientamento anche alla confisca *ante delictum*, sostenendone l'*incompatibilità* rispetto al testo di legge e alla ratio. Il lavoro contesta l'estensione del sistema di prevenzione all'*evasore fiscale*.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il caso. – 3. I requisiti oggettivi della confisca di prevenzione *ante delictum*. – a) I beni nella disponibilità del proposto che risultino essere il frutto o il reimpiego di attività illecite. – b) I beni nella disponibilità del proposto in valore sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta. – 4. Il *problema* dell'evasione fiscale. – 4.1. L'orientamento prevalente. – 4.2. L'orientamento più recente. – 5. La decisione delle Sezioni Unite. – 5.1. Il “dato testuale”. – 5.2. La *ratio legis*. – 6. Considerazioni conclusive.

1.

Premessa.

Con ordinanza n. 7289, depositata il 14 febbraio 2014, la Prima Sezione della Corte di cassazione rimetteva alle Sezioni Unite la questione: «*Se, ai fini della confisca di cui all'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965 (attualmente art. 24 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), per individuare il presupposto della sproporzione tra i beni posseduti e le attività economiche del soggetto, titolare diretto o indiretto dei beni, debba tenersi conto o meno dei proventi dell'evasione fiscale*»¹.

Il quesito concerneva le allegazioni che il soggetto "proposto" per l'applicazione di una misura di prevenzione può presentare per la *giustificazione* della provenienza dei beni nella sua disponibilità. In particolare, l'ordinanza verteva sulle allegazioni relative ai redditi occultati al fisco e sulla loro idoneità a giustificare la *sproporzione* tra il valore dei beni rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta.

Con sentenza depositata lo scorso 29 maggio 2014², le Sezioni Unite hanno risposto negativamente al quesito oggetto della rimessione. La decisione, conforme all'orientamento prevalente – *rectius*, uniforme, al punto da potersi affermare che «*non sussista un reale contrasto in sede di legittimità*»³ – non sorprende, ma preoccupa. Con essa viene stroncato (definitivamente?) il tentativo di una parte della giurisprudenza di riorientare, almeno su questo fronte, l'ormai *stravolto* sistema delle misure di prevenzione patrimoniali alla *ratio* che ne ispirò l'introduzione⁴.

Se, infatti, la legislazione in materia di criminalità organizzata si presenta – sul piano del contrasto patrimoniale – come *speciale* rispetto al paradigma tradizionale del procedimento penale, la decisione in commento segnala un ulteriore arretramento sul terreno delle (poche) garanzie che residuano nella materia delle misure di prevenzione⁵.

È bene anticipare che l'ordinanza di rimessione prendeva atto dell'esistenza di un recente orientamento giurisprudenziale in tema di c.d. *confisca allargata* di cui all'art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306 («*ipotesi particolari di confisca*»), misura di sicurezza obbligatoria (o, meglio, *confisca penale*) applicata dal giudice in caso di condanna (o di applicazione della pena su richiesta delle parti) per reati di particolare gravità⁶. Come la confisca di prevenzione, anch'essa è fondata sul requisito oggettivo della sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta da parte (in questo caso) del *condannato*. L'orientamento della giurisprudenza di legittimità è stato evocato perché riconosce in capo al destinatario di questa particolare ipotesi di confisca, al quale si chiede la giustificazione dell'origine dei beni di valore sproporzionato, la facoltà di dedurre i proventi dell'evasione fiscale.

La Prima Sezione interrogava le Sezioni Unite circa la possibilità di estendere siffatto orientamento alla confisca *ex art. 2-ter* legge 31 maggio 1965, n. 575, stante la *sovrapponibilità* delle due tipologie di confisca che, di fatto, condividono presupposti oggettivi e finalità. Il Supremo Collegio, però, non ha ritenuto di adottare la predetta soluzione per la confisca di prevenzione, sostenendone l'*incompatibilità* rispetto al testo di legge e alla *ratio*. L'*evasore fiscale*, pertanto, non riesce a sottrarre alla confisca *ante delictum* i beni accumulati grazie ai

¹ In argomento, si vedano i commenti all'ordinanza di rimessione (Cass., Sez. I, 12 dicembre 2013-14 febbraio 2014, n. 7289) di A.M. MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014; F. MENDITTO, *La rilevanza dei redditi da evasione fiscale nella confisca di prevenzione e nella confisca "allargata"*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014.

² Cass., SS. UU., 29 maggio 2014-29 luglio 2014, n. 33451. Tra i primi commenti "a caldo", T. TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini della confisca di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2014.

³ Così, le Sezioni Unite, p. 18.

⁴ Si vedano le osservazioni a prima lettura di M. TRAPASSO, pubblicate sul sito www.archiviopenale.it. L'Autrice osserva che la decisione, rischia di «*completare quell'opera di stravolgimento della confisca antimafia avviata per (pur comprensibili) ragioni di politica criminale*» a partire dai c.d. Pacchetti sicurezza del 2008 e 2009.

⁵ In materia di misure patrimoniali "speciali", cfr. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007; A. BARGI-A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011; T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova, 2011; E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012. Sulla conferma della natura preventiva della confisca, nonostante le modifiche intervenute sul sistema, cfr. la recentissima decisione Cass., SS. UU., 26 giugno 2014 – 2 febbraio 2015, *Spinelli*.

⁶ Sulla confisca c.d. allargata, in particolare sui presupposti e la natura giuridica, cfr. A.M. MAUGERI, *La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, 817 ss.; ID., *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 588 ss.

mancati versamenti delle imposte⁷.

Contrariamente al *decisum* della Cassazione, si tenterà di dimostrare che *sia* il dato testuale *sia* la *ratio* dell'istituto in questione non solo consentono, ma **esigono** l'esclusione dell'evasione fiscale dal suo raggio d'azione.

Al fine di intendere appieno il significato della pronuncia, si rende opportuno un breve riepilogo dei fatti che ne sono a monte, per poi passare all'analisi della disciplina in materia di apprensione dei beni di (*sospetta e non smentita*) origine illecita.

2.

Il caso.

Con decreto del 30 novembre 2011, il Tribunale di Milano disponeva nei confronti di D. R. la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con obbligo di soggiorno, deducendo il «*passato criminale*» del proposto e le sue abituali «*frequenzazioni con malavitosi*». Congiuntamente alla misura personale, il Tribunale disponeva anche la confisca (*ex art. 2-ter, l. n. 575 del 1965*) di numerosi beni, per una parte intestati allo stesso D. R., per altra parte alla moglie, a soggetti terzi e a una società. La misura patrimoniale veniva disposta in ragione del valore sproporzionato dei cespiti rispetto all'attività economica e ai redditi dichiarati dal proposto e dai terzi intestatari.

La confisca di prevenzione veniva impugnata dal proposto, dalla moglie e da un terzo intestatario. Tutti i ricorrenti denunciavano che, nel considerare il requisito della sproporzione tra i redditi percepiti e il valore dei beni confiscati, il Tribunale aveva considerato i soli redditi individuali e non anche i profitti della società. La Corte d'Appello di Milano confermava la confisca, rilevando che i profitti aziendali fossero modesti e che «*i finanziamenti iniziali e le gestioni commerciali successive erano strettamente collegati a risorse provenienti da delitto ed a condotte delittuose*». I soggetti coinvolti proponevano ricorso per Cassazione, denunciando, con il terzo motivo, la violazione di legge in relazione all'art. 2-ter, l. n. 575 del 1965.

Innanzitutto, contestavano le valutazioni dei giudici sull'esistenza di un collegamento tra gli incrementi patrimoniali e il presunto svolgimento di attività delittuose. Questi, secondo la difesa, sarebbero derivati dai profitti aziendali, dall'implementazione del volume d'affari delle società e da indovinate operazioni commerciali. Inoltre – ed è questo l'argomento da cui origina l'ordinanza di rimessione – lamentavano che, ai fini del giudizio di sproporzione, i giudici di merito non avessero attribuito alcuna rilevanza ai redditi derivanti da evasione fiscale. Se si fossero tenute in considerazione anche le somme fiscalmente evase nello svolgimento dell'attività economica, per il quale l'art. 2-ter non richiede la dichiarazione a fini fiscali, allora sarebbe venuto meno il requisito della sproporzione.

La Sezione Prima della Corte di cassazione rimetteva la decisione alle Sezioni Unite, alla luce di un contrasto giurisprudenziale emerso, in realtà, in relazione alla diversa (ma *corrispondente*) confisca di cui all'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992, fondata, anche quest'ultima, sul requisito oggettivo della sproporzione del valore dei beni nella disponibilità del soggetto e il reddito dichiarato o l'attività economica svolta. In quest'ipotesi, la (seppur *oscillante*) giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto la deducibilità dei redditi derivanti da evasione fiscale ai fini del giudizio di proporzione, sottraendo il condannato alla confisca.

La Prima Sezione, «*osserva che la diversità di orientamenti [...] ancorché relativa a confische disciplinate da normative diverse (art. 12-*sexies* d.l. 306/1992, in funzione di sanzione accessoria, e art. 2-ter l. 575/1965, in funzione di misura di prevenzione), non sembra trovare logica giustificazione*». Secondo la Prima Sezione, i due «*testi normativi sono infatti del tutto sovrapponibili e comune si appalesa, per entrambi gli istituti, la ratio legis, che è quella di contrastare soggetti socialmente pericolosi e dediti al delitto colpendone i patrimoni*»⁸.

⁷ Sul tema, F. RAPINO, *La modernizzazione delle misure di prevenzione. Riflessioni a margine dell'applicazione di misure personali e patrimoniali all'"evasore fiscale socialmente pericoloso"*, (nota a Trib. di Cremona, 23 gennaio 2013 e a Trib. di Chieti, 12 luglio 2012), in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2013.

⁸ Ordinanza di rimessione, p. 9.

3.

I requisiti oggettivi della confisca di prevenzione *ante delictum*.

Il sistema delle misure di prevenzione patrimoniali è sgombro dagli “ostacoli” che ordinariamente “intralciano” (garantiscono!) l’iter di accertamento della responsabilità penale. Si tratta, infatti, di un procedimento che conduce a *passo spedito* verso l’obiettivo (legittimo e auspicabile) della sottrazione di risorse economiche alle organizzazioni criminali. Sin dalla loro introduzione⁹, le misure sono state impiegate in nome della “lotta” alla mafia sul piano degli accumuli patrimoniali e del loro reimpiego nel circuito economico. Negli anni, sono state perfezionate, rafforzate ed estese ad altri settori d’intervento della pubblica autorità, nei quali la giustizia penale non riesce a imporsi in modo effettivo¹⁰.

Alla maggiore *efficacia* in punto di risultati ottenibili, corrisponde una minore *solidità* sul *terreno* delle garanzie, soprattutto se si pongono a confronto le misure di prevenzione con i corrispondenti strumenti sanzionatori predisposti dall’ordinamento¹¹. A partire dalle riforme introdotte con i c.d. Pacchetti sicurezza del 2008 e 2009 – lo *sganciamento* delle misure patrimoniali da quelle personali, l’irrelevanza dell’attualità della pericolosità sociale, l’incontrollata estensione delle categorie soggettive dei destinatari – la dottrina più attenta al rispetto delle garanzie ha constatato come il procedimento di prevenzione tenda a trasformarsi in un processo al patrimonio, una sorta di *actio in rem* che prescinde dai requisiti soggettivi un tempo significativi e condizionanti la richiesta per l’applicazione della confisca¹².

In tale contesto, i requisiti di tipo *oggettivo* svolgono un ruolo dirimente nella individuazione dell’ambito di applicabilità delle misure e dell’area dei beni confiscabili.

La norma giuridica di riferimento è l’art. 2-ter l. n. 575 del 1965 (oggi contenuta nella “*staffetta*”¹³ degli artt. 20 e 24 d.lgs. n. 159 del 2011)¹⁴. I presupposti *oggettivi* delle due misure sono: 1) la disponibilità dei beni; 2) la sospetta (e non smentita) origine illecita dei beni; 3) la sproporzione tra il valore dei beni rispetto al reddito dichiarato dal proposto o all’attività economica svolta.

⁹ Legge 13 settembre 1982, n. 646, «Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia» (c.d. legge Rognoni-La Torre). In tema, F. BRICOLA, *Commento articolo per articolo della legge 13 settembre 1982, n. 646 (normativa antimafia)*, in *Leg. pen.*, 1983, 237 ss.; G. FIANDACA, voce “Misure di prevenzione (profili sostanziali)”, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1994, 108 ss.; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001; P.V. MOLINARI-U. PAPADIA, *Le misure di prevenzione. Nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge anti-terrorismo nelle manifestazioni sportive*, Milano, 2002.

¹⁰ La legislazione in materia di misure di prevenzione c.d. antimafia è stata definita una sorta di «laboratorio di sperimentazione» della legislazione penale. L’espressione è di C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 264.

¹¹ Uno sguardo ai presupposti di applicabilità del sequestro e della confisca di cui al d.lgs. n. 159 del 2011, rivela immediatamente che il *dis-sodamento* operato dal legislatore con gli strumenti del sistema di prevenzione, ha reso il terreno eccessivamente *sdruciolevole* per il penalista che voglia percorrerlo. Ciò che è stato *rimosso*, in quanto di impedimento all’apprensione dei beni nella disponibilità di soggetti pericolosi, è, invece, ciò che rende saldi i sentieri battuti dalla giustizia penale.

¹² In sostanza, è ormai riservata alle sole misure di prevenzione *personali* la sussistenza di concreti presupposti soggettivi di pericolosità. In questo senso, A.M. MAUGERI, *Dall’actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un’unica strategia politico-criminale contro l’infiltrazione criminale nell’economia?*, in G. FIANDACA-C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia*, Torino, 2010, 264. Cfr. anche A. GIALANELLA, *Prevenzione patrimoniale e strategia dell’actio in rem: la pericolosità “in se” della cosa, la sospensione provvisoria dell’amministrazione dei beni e la ricchezza “contigua”*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, 299, secondo cui le misure hanno assunto le sembianze di «fattispecie di pericolosità del patrimonio». Il principio di reciproca autonomia tra misure personali e patrimoniali, auspicato dalla dottrina, ha reso la confisca più conforme al principio di proporzione: la libertà personale, infatti, non sarà più coinvolta nelle vicende di arricchimento illecito. Si noti, tuttavia, che la mancata scomparsa di ogni elemento di personalità non si rivela necessariamente positiva. Alla confisca di prevenzione – il clamore del provvedimento, la *visibilità* dei sigilli del sequestro, il disprezzo della pubblica opinione – si accompagna comunque quel giudizio di disapprovazione sociale tipico della pena, che trascina nel fango il “buon nome” dei suoi destinatari. Oltre ai principali diritti coinvolti dall’apprensione patrimoniale (artt. 41 e 42 Cost.), la ‘speciale’ confisca scredita, inevitabilmente, anche l’onore di persone che nulla hanno a che fare con la criminalità organizzata e alla cui reputazione si incolla l’*infamante* etichetta della prevenzione “antimafia”. Sul giudizio di disapprovazione sociale, G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione “personalistica” della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 597 ss. Sui concetti di reputazione e onore c.d. sociale, A. VISCONTI, *Onore, reputazione e diritto penale*, Milano, 2011.

¹³ L’espressione “*staffetta necessaria*” è di D. FONDAROLI, *Misure di prevenzione e presunta pericolosità dei beni*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2010, 1512, utilizzata in quanto i presupposti applicativi del sequestro divengono, quasi *automaticamente*, presupposti anche della confisca.

¹⁴ Art. 20. Sequestro. «1. Il tribunale, anche d’ufficio, ordina con decreto motivato il sequestro dei beni dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all’attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego [...]». Art. 24. Confisca. «1. Il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego».

La decisione della Cassazione non concerne il problema della «disponibilità» dei beni in capo al proposto, seppure tale requisito abbia sollevato qualche problema definitorio¹⁵. Non solo si utilizza un termine di definizione incerta – “disponibilità” –, ma si fa altresì riferimento alla possibilità che questa sia *diretta, indiretta o a qualsiasi titolo*. La misura, pertanto, si estende ai beni sui quali il proposto esercita una signoria effettiva, sganciata da qualsiasi qualificazione giuridica e formale, rispetto ai quali quest'ultimo si comporti *uti dominus*, avendone almeno il possesso¹⁶.

Ciò che più interessa sono i presupposti della provenienza illecita e della sproporzione. Questi (unitamente a quello della disponibilità, che non può mai mancare) individuano due *autonome categorie* di beni confiscabili: a) i beni che risultino essere il frutto o il reimpiego di attività illecite («*nonché*»); b) i beni in valore sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta di cui il proposto non possa giustificare la legittima provenienza.

Nonostante il fatto che le due classi di beni confiscabili siano formalmente autonome e distinte, esse risultano nella prassi alquanto *intrecciate*.

a) I beni nella disponibilità del proposto che risultino essere il frutto o il reimpiego di attività illecite.

Apparentemente, l'espressione utilizzata dal legislatore potrebbe indurre l'interprete a ritenere necessario un *rapporto di derivazione* tra i beni oggetto di sequestro e il reato-presupposto di cui il soggetto è *indiziato*. Essa rappresenterebbe «*la pratica attuazione del principio di connessione al reato*»¹⁷, consentendo l'ablazione del diretto ricavato dal reato, ma anche dei beni acquistati grazie a successive operazioni di reimpiego. La previsione di un *nesso di collegamento* escluderebbe l'apprensione indiscriminata di tutti i beni nella disponibilità, anche indiretta, del proposto solo perché sproporzionati al reddito o frutto di altre e diverse attività illecite¹⁸.

Questa interpretazione – che, a nostro avviso, risulterebbe la più coerente con le finalità dell'intervento *ante delictum*, da riservarsi ai soli beni legati ai reati per i quali è stato costruito il sistema della prevenzione patrimoniale – non è, in realtà, condivisa da tutti. È stato osservato che l'art. 2-ter l. n. 575 del 1965 opera un generico rimando ad *attività illecite*, senza che si possa in alcun modo dedurre uno specifico riferimento alle *particolari* attività illecite per le quali il proposto è indiziato, né all'ampia gamma dei reati-presupposto delle misure di prevenzione patrimoniali.

L'impostazione (confermata dalle Sezioni Unite con la decisione in commento) sancisce la definitiva *frattura* tra i beni appresi e le condotte di cui il proposto è sospettato: un rapporto di connessione con il reato-presupposto può non sussistere in concreto. I beni oggetto di confisca potranno essere il frutto, o il reimpiego, delle attività illecite più diverse¹⁹.

¹⁵ P.V. MOLINARI-U. PAPADIA, *Le misure di prevenzione. Nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge anti violenza nelle manifestazioni sportive*, Milano, 2002, 500. Da un lato, la disponibilità non può essere ridotta al suo significato strettamente civilistico; dall'altro lato, però, i suoi più ampi confini non sono di semplice ricostruzione.

¹⁶ La disponibilità di cui agli artt. 20 e 24 consiste, dunque, anche nella possibilità concreta e sostanziale di utilizzare i beni, di determinarne la destinazione, di deciderne l'impiego. In argomento, P. COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge antimafia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 84 ss.; R. BERTONI, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.*, 1983, 1028; G. CONTE, *Poteri di accertamento, misure patrimoniali e sanzioni amministrative antimafia*, in *Foro it.*, 1984, 262; A. GIALANELLA, *Patrimoni di mafia. La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli, 1998, 102; S. FURFARO, voce “Misure di prevenzione patrimoniali”, in *Dig. disc. pen.*, Agg.***, I, 2005, 886; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2012, 310.

¹⁷ In tema, E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012, 75. L'Autore osserva che l'elemento che accomuna tutte le confische previste dall'ordinamento è il presupposto che «*con espressione onnicomprensiva può essere definita la realizzazione obiettiva, accertata o ipotizzata, di attività illecite o pericolose*». Nella confisca di prevenzione, ovviamente, si manifesta nella forma di attività illecite meramente ipotizzata.

¹⁸ A. GIALANELLA, *Patrimoni di mafia. La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli, 1998, 106. Secondo l'Autore in tale collegamento potrebbe essere rinvenuta la giustificazione dell'ablazione patrimoniale: «*la possibilità di poter sottoporre a sequestro i beni [...] è l'effetto di una loro peculiare provenienza e natura*». Al più, il riferimento avrebbe l'effetto di estendere l'ablazione ai beni entrati nella disponibilità del soggetto grazie al ricavato delle attività illecite. Secondo G. CONTE, *Poteri di accertamento, misure patrimoniali e sanzioni amministrative antimafia*, in *Foro it.*, 1984, 263, il riferimento ai beni che sono il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego esprimerebbe la necessità di connessione al reato: non solo il ricavato ma anche tutti i beni acquistati con il ricavato o con ulteriori operazioni economiche.

¹⁹ Cfr. G. FIANDACA, *Osservazioni a Sez. I, 7 agosto 1984, Aquilino*, in *Foro it.*, 1984, cc. 273 ss., il quale rileva che la confisca penale, prevista per il reato di associazione mafiosa, e la confisca misura di prevenzione hanno una estensione applicativa diversa: «*com'è agevole desumere dalla stessa dizione letterale, i beni suscettivi di sequestro e confisca ex art. 2-ter possono avere appunto la loro origine nelle attività illecite più diverse realizzate dagli associati di mafia e non solo nel delitto di associazione mafiosa in sé considerato*».

Per quanto riguarda lo standard probatorio, la legge richiede che, ai fini del sequestro, la provenienza illecita deve essere supportata da indizi; ai fini della definitiva confisca, l'origine delittuosa dovrà *risultare* in forza di un accertamento processuale.

b) I beni nella disponibilità del proposto in valore sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta.

Il riferimento al concetto di *proporzione* – contenuto sia nell'art. 2-ter l. n. 575 del 1965, sia nell'art. 12-sexies per la confisca c.d. allargata o, per l'appunto, *confisca per sproporzione* – segnala la forte *discrezionalità* che permea l'intero sistema della prevenzione patrimoniale. Le risorse economico-finanziarie di cui un soggetto gode (anzi, di cui ha goduto per un periodo di tempo anche piuttosto lungo), dovranno essere poste in relazione ai beni nella sua disponibilità (anche *indiretta*). La valutazione circa la proporzione – l'equilibrio, la conformità – tra questi termini così variabili non sembra semplice²⁰.

Quando la legge 13 settembre 1982, n. 646, introdusse le misure di prevenzione patrimoniali, inserendo l'art. 2-ter nella legge fondamentale del 1965, la dottrina individuò nel riferimento alla "*sperquazione*" non tanto un presupposto oggettivo *a sé stante* delle misure, quanto una *esemplificazione* (o elemento indiziante) del fondamentale presupposto della sospetta provenienza illecita dei beni²¹. In sostanza, la sperquazione (o *sproporzione*) tra il tenore di vita del proposto e i redditi da lui dichiarati, costituiva un *indizio* sufficiente a ritenere che l'origine degli incrementi patrimoniali fosse illegale²². A ben vedere, l'impostazione poteva ritenersi valida in rapporto alla prima versione dell'art. 2-ter²³. L'attuale formulazione tende a marcare che ora la *sproporzione* costituisce un ulteriore e indipendente requisito di tipo oggettivo: essa, da un lato, e la connessione dei beni con un'attività illecita, dall'altro, non sono requisiti cumulativi, bensì tra loro alternativi²⁴.

La sproporzione, a causa della sua genericità, rischia di trasformarsi in un dato ambiguo ed equivoco²⁵. Essa costituisce lo *scompenso* esistente tra il reddito del proposto e gli incrementi del suo patrimonio, tenendo conto altresì del reddito consumato. Se considerata isolatamente, la sproporzione *nulla* dice in merito alla derivazione illecita dei beni²⁶. Il requisito dimostra esclusivamente che il soggetto vive al di sopra delle proprie possibilità economiche; ma ciò può derivare, per esempio, dal sostegno dei familiari o dalla contrazione di debiti.

La *presunzione* di origine illecita di un patrimonio sproporzionato rispetto al reddito legittimamente prodotto potrebbe ritenersi accettabile **se** articolata nei confronti di un soggetto **ricosciuto** socialmente pericoloso perché appartenente a una associazione mafiosa o, comunque, penalmente responsabile di altro specifico reato per il quale risulta necessaria la prevenzione patrimoniale *ante delictum* (pericolosità sociale c.d. qualificata). Solo a queste

²⁰ La proporzione è un concetto proprio non solo delle scienze esatte, come la matematica e la geometria. La proporzione è un canone il cui rispetto si esige anche nella scienza (meno esatta) del diritto «dove l'originaria perfezione connessa al rigore geometrico del concetto di simmetria tende a stemperarsi, a sfumarsi, a trasformarsi nel concetto plastico e flessibile di armonia, più consono alla creatività e alla naturale imprecisione delle discipline rivolte allo studio dell'uomo». Così, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 46.

²¹ P.V. MOLINARI-U. PAPADIA, *Le misure di prevenzione. Nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge anti-terrorismo nelle manifestazioni sportive*, Milano, 2002, 506.

²² D. SIRACUSANO, *Indagini, indizi e prove nella nuova legge antimafia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 903 ss.; P. COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge antimafia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 84 ss.

²³ Art. 2-ter, comma 2: «...il tribunale, anche d'ufficio, ordina con decreto motivato il sequestro dei beni dei quali la persona nei confronti della quale è stato iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, e che sulla base di sufficienti indizi, come la notevole sperquazione fra il tenore di vita e l'entità dei redditi apparenti o dichiarati, si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego». Successivamente, con legge 24 luglio 1993, n. 256, il comma 2 dell'art. 2-ter viene modificato. In luogo della congiunzione descrittiva «come» sono state inserite le congiunzioni «ovvero» (art. 20) e «nonché» (art. 24), con la funzione di indicare l'esistenza di una alternativa o un elenco.

²⁴ S. FURFARO, voce "Misure di prevenzione patrimoniali", in *Dig. disc. pen.*, Agg. ***, I, 2005, 887; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2012, 333. In questo senso, anche G. NANULA, *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici, strutture di coordinamento, legislazione vigente*, Milano, 2009, 35, che parla di un «duplice percorso» attraverso il quale il legislatore intende pervenire al sequestro dei beni: la via *diretta* dei beni indiziati di origine illecita e la via ben più *larga* della sproporzione.

²⁵ V. N. D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 798, lo ha definito un requisito «privo di significatività penalistica». Esso è oggettivamente neutro, perché non ricollegabile a nessuna particolare attività illecita.

²⁶ Il solo presupposto della sproporzione porterebbe ad affermare che, «In realtà, qui non ci si trova nemmeno dinanzi alla categoria del sospetto, bensì a quella della congettura». Così, V. N. D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 803.

condizioni la sproporzione si dimostrerebbe un logico presupposto per procedere alla confisca del patrimonio poiché, in caso contrario, resterebbe un «*parametro che, applicato ad un cittadino qualunque comporterebbe al massimo un incerto addebito per evasione fiscale [...]*»²⁷.

Il requisito della sproporzione era stato pensato in un sistema ispirato al principio di *agganciamento* delle misure patrimoniali a quelle personali e di selezione dei reati-presupposto. Una volta estese le misure anche ai soggetti pericolosi c.d. comuni e *rimosso* il rapporto di pregiudizialità rispetto alle misure personali, (anche) il requisito di sproporzione perde significatività²⁸. Venuta meno l'attualità della pericolosità sociale, *sradicato* il nesso di pertinenzialità tra i beni e il reato per il quale il proposto è indiziato²⁹, eliminato ogni riferimento ad accertamenti circa l'effettiva sussistenza di attività penalmente illecite, qual è, oggi, la residua ragione giustificatrice di una apprensione patrimoniale *ante delictum* fondata su una sequenza di presunzioni³⁰.

Ancora. Il requisito della sproporzione, se raffrontato a quello alternativo dell'origine illecita del patrimonio, semplifica (ulteriormente) il lavoro dell'accusa. Sarà compito (*onere*) della difesa del proposto quello di smentire la presunzione di illecita provenienza insita nella sproporzione³¹. Non essendo previsto alcun nesso di pertinenzialità tra i beni oggetto di ablazione e il reato per il quale il soggetto è indiziato, il proposto sarà chiamato *genericamente* a giustificare la legittima provenienza dei beni. A dimostrare, cioè, che i beni siano il frutto di attività e di incrementi patrimoniali *legittimi*. Un'autentica *probatio diabolica*, vista l'irrilevanza delle allegazioni riguardanti le risorse economiche non presenti nella dichiarazione dei redditi. Il presupposto della sproporzione, allora, *in combinazione* con l'altro (e alternativo) presupposto oggettivo dell'illiceità dell'origine dei beni, sembrerebbe *'condannare'* il proposto all'ablazione generale di tutti i beni occultati al fisco³².

4.

Il problema dell'evasione fiscale.

Affrontiamo, ora, il *nodo* della sentenza, che vede *intrecciati*, come veri e propri fili, la sproporzione, la derivazione dei beni da attività delittuose e la possibilità di giustificarne la *legittima* provenienza. Come detto, l'art. 2-ter l. n. 575 del 1965 individua due tipologie di beni confiscabili: i beni il cui valore risulti sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività econo-

²⁷ G. NANULA, *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici, strutture di coordinamento, legislazione vigente*, Milano, 2009, 40. L'Autore considera l'effettiva dimostrazione della "mafiosità" del proposto un'esigenza *preliminare e imprescindibile*.

²⁸ Si veda, D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, 6. Lo spettro d'azione delle misure c.d. antimafia si è dilatato sino a ricomprendere soggetti che commettono reati ben diversi rispetto a quelli per i quali le misure stesse sono nate: «Dalla "lotta" alla criminalità organizzata alla "lotta" alla criminalità economica lato sensu intesa in passo è relativamente breve: viatico per il cammino è un cospicuo bagaglio di interventi preventivi correlati da una sensibile riduzione del ruolo preminente delle garanzie».

²⁹ Cfr. le osservazioni di F. VERGINE, *La componente temporale della sproporzione quale fattore riequilibratore del sequestro finalizzato alla confisca ex art. 12-sexies d.l. n. 306 del 1992*, in *Cass. pen.*, 2011, 622, in relazione alla confisca c.d. *per sproporzione* di cui all'art. 12-sexies d.l. n. 306 del 1992, che definisce «*ordigno processuale*» affine alla omologa misura di prevenzione di cui ci stiamo occupando.

³⁰ Le misure di prevenzione sono storicamente fondate sulla pericolosità sociale del soggetto sul quale si appuntano. Il meccanismo applicativo delle stesse – la *contraddizione* dell'essere applicate, quasi sempre, *post delictum*, se l'individuo è già "indiziato" della commissione di un reato – implica che la pericolosità sociale del proposto non è intesa nel senso di pericolo di *futura* commissione di reati. Piuttosto, essa deriva dalla sussistenza di indizi circa la loro *passata* commissione. Questi potranno essere determinati (per esempio i gravi reati di mafia da cui discende una pericolosità c.d. qualificata) o coincidere con le generiche attività delittuose sintomo di pericolosità c.d. comune. L'attuale formulazione dell'art. 18 impone di interrogarsi sul definitivo abbandono del requisito della pericolosità sociale del soggetto, sulla cui sopravvivenza si sono confrontate la dottrina e la giurisprudenza. Nulla, nel dato testuale dell'art. 18, impone l'accertamento della pericolosità sociale per l'applicazione delle misure patrimoniali. In tema di pericolosità sociale (e presunzioni), si rimanda a I. MERZAGORA-G. PONTI-G. PONTI, *La abolizione delle presunzioni di pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1987, 7; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008; M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Arch. pen.*, 2014, 459. Sulla parziale diversità della nozione di pericolosità sociale in materia di prevenzione *ante delictum*, v. A.M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?*, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008, 129 ss.; A. LEGGIERO, *Misure di sicurezza e di prevenzione nel nostro ordinamento*, in *Riv. pen.*, 2013, 262; S. FURFARO, *In tema di superamento delle presunzioni nel giudizio di prevenzione*, in *Giur. it.*, 2013, 1656.

³¹ G. NANULA, *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici, strutture di coordinamento, legislazione vigente*, Milano, 2009, 46. L'Autore, pur riconoscendo che il meccanismo applicativo della confisca si pone ai confini di «*quell'inquietante categoria giuridica che va sotto il nome di inversione dell'onere della prova*», sostiene che il legislatore abbia conservato l'ordinario onere della prova a carico dell'accusa.

³² Non a torto, allora, si parla ormai del procedimento di prevenzione come di un *processo al patrimonio* nei cui *ingranaggi* potrebbe finire incastrato ogni cittadino che abbia effettuato un acquisto *contra ius*. L'ablazione patrimoniale *ante delictum*, in queste ipotesi, non risulterebbe più corroborata da quegli studi empirico-criminologici sulla base dei quali si fondano le presunzioni di pericolosità previste dalla legislazione antimafia per i suoi destinatari c.d. *qualificati*.

mica svolta; i beni che risultino essere il frutto o il reimpiego di attività illecite.

Il caso dal quale origina la decisione si riferisce ai beni nella disponibilità del proposto in valore sproporzionato rispetto al reddito e all'attività economica svolta. Parte di essa, infatti, era stata occultata grazie a una evasione fiscale «ripetuta negli anni, sistematica e "colossale"»; la parte nota non era da sola sufficiente a giustificare il valore del patrimonio. La questione *più ampia* rimessa alle Sezioni Unite concerne anche i beni che «risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego», poiché ai fini della confisca di prevenzione, residua pur sempre il problema di stabilire se i beni derivanti da attività economica nascosta al fisco debbano essere considerati (comunque) di provenienza illecita.

Nel caso di specie, nel tentativo di far venire meno il requisito della sproporzione, il proposto allega elementi dai quali si evince lo svolgimento di un'attività imprenditoriale lecita ma non dichiarata, chiedendo che anche i proventi di tale attività abbiano rilevanza nel rapporto tra la situazione patrimoniale e l'attività economica svolta.

La richiesta del proposto e la successiva ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite si fondano su un orientamento giurisprudenziale formatosi in relazione all'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992, che con la confisca di prevenzione condivide i requisiti di tipo oggettivo³³.

I presupposti della confisca allargata sono: a) la condanna o l'applicazione di pena su richiesta delle parti per uno dei delitti previsti dallo stesso art. 12-*sexies*³⁴; b) la *sproporzione* tra il denaro, i beni o le altre utilità di cui il condannato risulta essere titolare o avere comunque la *disponibilità* a qualsiasi titolo, e il reddito dichiarato ai fini fiscali o l'attività economica svolta, la cui provenienza il soggetto condannato non sia in grado di giustificare.

Il presupposto di tipo soggettivo di cui alla lettera a) vale a distinguere nettamente la confisca in questione da quella di prevenzione³⁵. Se, per quest'ultima, il residuale presupposto soggettivo è quello del *sospetto* (indizio) di commissione di uno dei reati di cui all'art. 16 d.lgs. n. 159 del 2011 (indipendentemente dall'attualità della pericolosità sociale), la confisca di cui all'art. 12-*sexies* esige la pronuncia di una sentenza di condanna o, almeno, l'applicazione della pena su richiesta delle parti.

I presupposti oggettivi di cui alla lettera b), invece, sono gli stessi previsti dalla confisca di prevenzione. Tuttavia, è proprio rispetto all'identico requisito della *sproporzione* – e alla sua possibile *neutralizzazione* per mezzo di allegazioni relative all'evasione fiscale – che la Corte di cassazione ha sviluppato, negli ultimi anni, un orientamento giurisprudenziale differente da quello che, in modo uniforme, domina nella materia della prevenzione patrimoniale *ante delictum*.

4.1. L'orientamento prevalente.

Secondo un rigoroso orientamento della giurisprudenza, l'accertamento del requisito della sproporzione dovrebbe essere svolto, *alternativamente*, in relazione al reddito dichiarato o all'attività economica svolta. Sia l'art. 12-*sexies*, sia l'art. 2-*ter* l. n. 575 del 1965, riferiscono la sproporzione *indifferentemente* all'uno o all'altra, quali parametri di raffronto tra loro *alternativi*. Accertato lo scompenso tra il valore dei beni e il reddito dichiarato dal soggetto a fini fiscali, non rilevarebbe l'eventuale svolgimento di una attività economica che, ancorché lecita,

³³ Art. 12-*sexies*, d.l. n. 306 del 1992. «1. Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dagli articoli [...], è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre 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, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica [...]».

³⁴ Si tratta di delitti di particolare gravità, tra i quali: associazione di tipo mafioso; delitti commessi avvalendosi della forza d'intimidazione e delle condizioni di assoggettamento che ne derivano ovvero commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose; contrabbando aggravato; estorsione; sequestro di persona a scopo di estorsione; usura; ricettazione; riciclaggio; reimpiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita; trasferimento fraudolento di valori; produzione, traffico e associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti; delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale; ecc.

³⁵ Si segnala, tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale minoritario in forza del quale si estende l'applicazione della confisca allargata anche alle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato, sempre che il giudice abbia accertato la sussistenza del fatto. Cfr. Cass., Sez. II, 25 maggio 2010 n. 32273, in *Dir. pen. cont.*, 25 novembre 2010, con nota di M. PANZARASA, *Sulla (ancora) controversa possibilità di disporre la confisca obbligatoria in caso di estinzione del reato*.

sia stata però occultata al fisco³⁶.

Questa (estrema) presa di posizione, in realtà, non è condivisa da tutta la giurisprudenza. I giudici di merito e di legittimità, ritenendo che la disgiuntiva “o” non svolga la funzione di escludere uno dei due termini di raffronto, riconoscono l’opportunità di riferire il requisito della sproporzione ai due *concorrenti* parametri cumulativi del reddito e dell’attività economica.

L’attestarsi su posizione di rigore da parte della giurisprudenza prevalente deriva da ragioni ulteriori. Innanzi tutto, si ritiene che il riferimento all’«attività economica» comprenda necessariamente la sua dichiarazione al fisco, così come previsto espressamente per il parametro del reddito («dichiarato ai fini delle imposte»).

In secondo luogo – anche nell’ipotesi di voler riconoscere rilevanza all’attività economica (pur sempre lecita, ma) occultata al fisco – l’orientamento in parola considera che i redditi derivanti dall’evasione fiscale siano di provenienza illecita e, quindi, confiscabili³⁷. La circostanza che essi derivino da un’attività diversa, quella di evasione fiscale, non ricompresa nell’elencazione tassativa dei reati-presupposto per l’applicazione delle misure, non li sottrae all’apprensione da parte dello Stato³⁸.

Per ciò che concerne la confisca di prevenzione, poi, il testo dell’art. 2-ter l. n. 575 del 1965 e dell’art. 24 d.lgs. n. 159 del 2011 contiene il riferimento a una ulteriore categoria di beni confiscabili, ovvero i beni che risultino essere il frutto o il reimpiego di (generiche) attività illecite. I redditi derivanti dallo svolgimento di un’attività sottratta al fisco non possono essere considerati legittimi, perché derivanti da un’attività intrinsecamente illegale. Essi, in quanto «frutto di attività illecite», sono sempre confiscabili. Nella prevenzione patrimoniale *ante delictum*, pertanto, la presentazione di allegazioni relative all’evasione fiscale non solo non fa venire meno il requisito della sproporzione, ma non vale nemmeno a giustificare l’origine dei beni; addirittura, dimostrerebbe che i beni nella disponibilità del soggetto sono il provento di una attività illecita³⁹.

4.2. L’orientamento più recente.

Secondo un recente indirizzo (sviluppato per la confisca di cui all’art. 12-*sexies*), al fine di valutare la legittima provenienza dei beni «è irrilevante la circostanza che le fonti lecite di produzione del patrimonio siano identificabili, in termini non sproporzionati ad esse, nel reddito dichiarato a fini fiscali, ovvero nel valore delle attività economiche svolte, produttive di reddito imponibile pur nell’assenza o incompletezza di una dichiarazione dei redditi»⁴⁰.

Questo orientamento si fonda su argomenti che una parte della giurisprudenza e della dottrina ritiene validi anche per la confisca di prevenzione.

Innanzi tutto, esso procede all’individuazione del corretto significato da attribuire all’espressione «attività economica». Il riferimento (introdotto nell’art. 2-ter a opera della l. n. 256 del 1993) non contiene alcun richiamo alla circostanza che l’attività economica sia stata oggetto di dichiarazione a fini fiscali. L’espresso inserimento dell’aggettivo «dichiarato», per il

³⁶ Cass., Sez. V, 25 settembre 2007-23 ottobre 2007, n. 39048: «Al fine di disporre la confisca conseguente a sentenza di condanna o di “patteggiamento” per uno dei reati indicati nell’art. 12 *sexies* d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv., con modificazioni, dalla l. 7 agosto 1992 n. 356, la sproporzione presa in considerazione dalla norma deve essere valutata tra il valore del bene nella disponibilità del soggetto o, alternativamente, il reddito dichiarato al fisco o l’attività economica eventualmente svolta. Si tratta di due canoni valutativi previsti alternativamente, con l’ovvio corollario che il giudice, una volta apprezzata la sproporzione rispetto al dato ufficiale, cioè al reddito dichiarato, non deve spingersi anche a una diabolica ricerca di una situazione di fatto contrastante con il dato documentale». Conf., Cass., Sez. II, 28 settembre 2011-13 ottobre 2011, n. 36913.

³⁷ Cass., Sez. II, 14 giugno 2011-19 agosto 2011, n. 32563.

³⁸ La sproporzione, in questo senso, costituisce il primo indizio della provenienza illecita dei beni, ma si consente al proposto di presentare allegazioni dalle quali si evince la liceità dell’acquisto. Se questa non viene dimostrata o se, addirittura, si conferma che i beni derivino dall’attività delittuosa di evasione fiscale, la prova della liceità dell’origine non è raggiunta.

³⁹ Cass., Sez. II, 6 maggio 1999, n. 2181, *Sannino*; Cass., Sez. VI, 27 maggio 2003, n. 36762, *Lo Iacono*; Cass., Sez. II, 27 marzo 2012, n. 27037, *Bini*; Cass., Sez. I, 17 maggio 2013, n. 39204, *Ferrara*. La soluzione finisce per trasformare «tali forme di confisca in “pene” per l’evasione fiscale, pene di origine pretoria, in contrasto con il principio di legalità, e non commisurate ai normali indici di commisurazione della pena ex art. 133 c.p., innanzitutto la colpevolezza, e quindi sproporzionate. In tali ipotesi nella misura dei redditi leciti, ma non dichiarati, i beni non dovrebbero essere confiscabili, salva l’applicazione della normativa tributaria per il recupero delle imposte evase». A.M. MAUGERI, *La confisca allargata dalla lotta alla mafia alla lotta all’evasione fiscale?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014, 8.

⁴⁰ Cfr. Cass. Sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29926, *Tarabugi*, in *Dir. pen. cont.*, con nota parzialmente critica di F. MENDITTO, *Sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini del sequestro e della confisca di cui all’art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/92*, 15 dicembre 2011; Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2011, n. 21265, *Bianco*; Cass., Sez. I, 22 gennaio 2013, n. 6336, *Mele*.

diverso parametro del reddito – che parimenti potrebbe sfuggire al fisco ed essere occultato – deve fare ritenere che *se* il legislatore avesse preteso tale dichiarazione, l'avrebbe precisato anche per l'attività economica. Il dato testuale è corroborato dal fatto che si ammette, nel nostro ordinamento, la mancata dichiarazione di certe attività economiche, senza che ciò comporti la loro illiceità (e, di conseguenza, quella dei loro proventi)⁴¹.

Ancora, secondo l'orientamento più mite, anche nel caso in cui si escluda che l'attività economica non dichiarata possa rilevare ai fini del giudizio di proporzione, va ricordato che al proposto (e al condannato cui si applica la confisca *ex art. 12-sexies*) è data pur sempre la possibilità di giustificare l'origine dei beni. I beni, dunque, seppure in valore sproporzionato a quanto dichiarato dal soggetto – eventualità che riguarda tutti i cittadini (moltissimi!) che vivono al di sopra delle loro possibilità economiche grazie all'aiuto della famiglia, al ricorso al credito, all'indebitamento, ecc. – non potranno essere appresi nel caso in cui questi ne dimostri la legittima provenienza. Il problema, dunque, concerne l'idoneità delle allegazioni relative all'evasione fiscale a escludere l'*illiceità dell'origine* dei beni.

Il riferimento alla *provenienza* dei beni, presente sia nell'art. 12-*sexies* sia nell'art. 2-*ter* l. n. 575 del 1965, risulta decisivo. È, infatti, nell'attività economica che i beni trovano la loro origine, poiché acquistati grazie ai proventi da questa derivanti. Il mancato inserimento dei redditi ottenuti dallo svolgimento di una attività **lecita** nella dichiarazione resa a fini fiscali, che è adempimento *successivo* alla loro produzione, *non ne muta né l'origine né la provenienza*. I beni derivanti dallo svolgimento di una attività lecita ma occultata al fisco sono da considerarsi di *provenienza* legittima.

L'argomento è valido non solo per la confisca c.d. allargata – per la quale l'unico presupposto oggettivo è il requisito della sproporzione dei beni di cui non sia giustificata la provenienza – ma anche per la confisca di prevenzione. Quest'ultima, però, concerne anche una seconda categoria di beni, ovvero quelli che risultano essere il «*frutto*» o il «*reimpiego*» di attività illecite.

Anche in questo caso, è lo stesso *dato testuale* a escludere la confiscabilità dei beni accumulati da parte di coloro che, svolgendo lecite attività economiche, si sono limitati a ometterne la dichiarazione. I redditi derivanti dallo svolgimento di una attività lecita non dichiarata al fisco e, di conseguenza, i beni che il soggetto abbia con essi acquistati, non possono qualificarsi come «*frutto*» o «*reimpiego*» di una attività illecita, a meno che non si intenda stravolgere il significato di questi termini. Nel concetto di frutto potrebbe, al più, farsi rientrare quello di profitto o prodotto di una attività illecita⁴². Ma nelle operazioni di evasione fiscale non vi è un profitto, bensì un mero «risparmio». Nei casi di mancato versamento di una imposta, le somme di denaro risparmiate erano già nella disponibilità del soggetto, non derivando di certo dalla consumazione del reato tributario.

Di estremo interesse, infine, è l'*appello* di questo orientamento non solo al dato letterale delle norme – che, anche da solo, ne dimostrerebbe la fondatezza – ma anche alla *ratio* delle confische oggetto del quesito.

In entrambe le ipotesi, infatti, la *finalità preventiva* perseguita è quella di sottrarre a determinati soggetti (condannati per o indiziati di reati di particolare gravità) quanto acquisito a mezzo di attività criminose, e non quella di «*sanzionare la condotta di infedele dichiarazione dei redditi, che si colloca in un momento successivo rispetto a quello della produzione del reddito, e per la quale soccorrono specifiche previsioni in materia tributaria*»⁴³.

⁴¹ In argomento, si rimanda a F. MENDITTO, *La rilevanza dei redditi da evasione fiscale nella confisca di prevenzione e nella confisca "allargata"*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014, 22. L'Autore specifica che il riferimento all'attività economica serve a ricomprendere le numerose ipotesi in cui la stessa legislazione fiscale non prevede per alcuni redditi alcun obbligo di dichiarazione a fini fiscali o, in alternativa, consente al contribuente la presentazione di dichiarazioni forfetizzate.

⁴² Il «profitto» del reato consiste nei «beni che, pur non essendo il risultato empirico della condotta (cioè il prodotto, che l'art. 240 intende in un'accezione ristretta «materiale»), ne sono tuttavia la conseguenza economica immediata». M. ROMANO, *Art. 322-ter, I delitti contro la pubblica amministrazione, Commentario sistematico del Codice penale*, 250. La nozione di profitto, dunque, richiede una «diretta correlazione ed attinenza con il reato». V. anche L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie: confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997.

⁴³ Ordinanza di rimessione, p. 8, che richiama Cass. Sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29926, Tarabugi.

5.

La decisione delle Sezioni Unite.

La questione posta dalla Prima Sezione della Cassazione alle Sezioni Unite concerne i requisiti della *sproporzione* e della *legittima provenienza* dei beni previsti dalla confisca misura di prevenzione, *ex art. 2-ter l. n. 575 del 1965*, e la rilevanza, ai fini della loro sussistenza, delle risorse economiche derivanti dallo svolgimento di un'attività economica sottratta alla dichiarazione dei redditi. Si ricorderà che l'ordinanza di rimessione aveva sollevato il quesito circa la possibilità di estendere l'orientamento giurisprudenziale più mite, riguardante la confisca allargata *ex art. 12-sexies d.l. n. 306 del 1992*, anche alla materia delle misure *ante delictum*, sulla scorta di una recente decisione giurisprudenziale (l'unica) che aveva accolto questa tesi⁴⁴.

Il Supremo Collegio adotta una decisione conforme al "granitico" orientamento della Cassazione, e nega la deducibilità dei proventi derivanti dall'evasione fiscale, *sia* ai fini del giudizio di proporzione tra il valore dei beni del proposto e l'attività economica svolta, *sia* ai fini dell'accertamento della liceità della loro origine.

La sentenza ci sembra ispirata a un'asettica (e non convincente) interpretazione del dato testuale che, solo 'apparentemente', consentirebbe l'apprensione patrimoniale dei beni acquistati grazie ai redditi leciti ma (illecitamente) occultati al fisco. La Corte, inoltre, non pare tenere nel dovuto conto la *ratio* della confisca di prevenzione e le ragioni per le quali il nostro ordinamento ha introdotto (e mantiene) il sistema della prevenzione patrimoniale *ante delictum*.

5.1.

Il "dato testuale".

Secondo le Sezioni Unite, la lettera della legge autorizzerebbe l'applicazione della confisca di prevenzione anche al *tipo d'autore* "evasore fiscale". Il dato testuale, in questo senso, risulterebbe decisivo per l'individuazione *sia* dei destinatari delle misure, *sia* delle categorie di beni confiscabili.

Ora, va detto che, per ciò che concerne i soggetti destinatari, il c.d. Codice "antimafia" non è riservato ai soli soggetti indiziati di appartenenza alla criminalità organizzata. Grazie a una serie di rinvii interni (artt. 1, 4 e 16 d.lgs. n. 159 del 2011), la confisca *ante delictum* è estesa anche a tutti i soggetti pericolosi c.d. comuni; tra i quali: «a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; – b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose».

Essendo l'evasore del fisco un soggetto che *vive abitualmente con i proventi di attività delittuose*, anch'egli rientrerebbe a pieno titolo nella "descrizione" di cui al richiamato art. 1⁴⁵.

A nostro avviso, questa interpretazione non è del tutto convincente, poiché sembra *stravolgere* e *invertire* il meccanismo di individuazione dei destinatari delle misure patrimoniali, inficiando anche la corretta instaurazione del procedimento di prevenzione.

È vero che i rinvii degli artt. 1, 4 e 16 del decreto consentono l'applicazione delle misure anche ai soggetti pericolosi c.d. comuni. Il testo degli artt. 20 e 24, però, prevede espressamente che il sequestro e la successiva confisca di prevenzione si applichino ai soggetti «*nei cui confronti è iniziato il procedimento*», e cioè, coloro che sono *già indiziati* dei reati-presupposto di cui all'art. 16 o delle attività delittuose di cui all'art. 1. Nei confronti di questi soggetti – e solo di questi, non di ogni cittadino – sussiste una presunzione di illecita accumulazione del

⁴⁴ Cass., Sez. VI, 24 ottobre 2012, n. 44512, *Giacobbe*.

⁴⁵ «La sistematica evasione fiscale, in particolare integrante condotte che rientrino nell'area dell'illecito penale, s'inquadra perfettamente nella categoria di pericolosità delimitata dal combinato disposto degli artt. 4, lett. c), 1, lett. a) e b), del d.lgs. n. 159/11, in quanto il soggetto vive di traffici delittuosi ovvero vive col provento di attività delittuosa consistente in redditi da evasione fiscale, pur se connessi ad una attività economica astrattamente lecita». Così, F. MENDITTO, *La rilevanza dei redditi da evasione fiscale nella confisca di prevenzione e nella confisca "allargata"*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014, 6-7. Lo stesso Autore, d'altra parte, limita l'applicazione della misura patrimoniale all'evasore fiscale che venga altresì riconosciuto socialmente pericoloso. Non, dunque, l'evasore occasionale, ma quello che risulti dedito a un'evasione fiscale continua e ripetuta, che evidenzii uno stile di vita illecito. Nello stesso senso, A. TADINI, *Confisca di prevenzione ed evasione fiscale*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2014, 60. Le Sezioni Unite, peraltro, precisano che «non si vede in ipotesi di mera evasione fiscale, ma di evasione compiuta da soggetto nel contempo giudicato, per la concreta ricorrenza di tutti i presupposti di legge, socialmente pericoloso. Non si tratta, infatti, di valutare in positivo l'evasione fiscale in sé come fonte di pericolosità sociale, ed in ciò radicare la confisca, ma di escludere (dunque in negativo) che la stessa possa essere adottata quale giustificazione (anche parziale) dell'illecito accumulato, in soggetto – vale ribadire – giudicato pericoloso aliunde» (p. 21).

patrimonio; e solo a loro si chiede la giustificazione dell'origine dei beni.

L'*inversione* del meccanismo di individuazione dei destinatari si appalesa nel momento in cui è a *partire* dalle allegazioni del proposto – quelle relative allo svolgimento di una attività economica lecita ma occultata al fisco – che si ricava l'*indizio* circa il suo essere abitualmente dedito ad attività delittuose (quelle di evasione fiscale). Il presupposto soggettivo dell'essere indiziato di tali attività (o dei gravi reati-presupposto dell'art. 16), *senza il quale il procedimento non avrebbe potuto essere iniziato*, si ottiene in un momento successivo, *dopo* la richiesta di giustificare la legittimità del patrimonio.

Di più. Se gli indizi a carico del soggetto circa la mancata (o infedele) dichiarazione dei redditi fossero stati raccolti *sin dall'inizio*, il procedimento di prevenzione non si sarebbe potuto iniziare, poiché i reati tributari non appartengono al novero dei reati-presupposto della confisca di prevenzione!

Ancora in tema di individuazione dei soggetti destinatari, riteniamo che la riconducibilità dell'evasore fiscale alla fattispecie di cui all'art. 1 del Codice sia operazione tanto semplice quanto inutile. Si rammenti, infatti, che le c.d. *fattispecie* di prevenzione, "descrittive" (molto poco) di situazioni di pericolosità *ante delictum*, sono naturalmente *indeterminate*. Si tratta, infatti, di fattispecie formulate per un sistema del tutto diverso, estraneo ai canoni di precisione e tassatività. Gli "esercizi" di sussunzione, sotto di esse, di condotte già penalmente illecite, si rivelano fini a sé stessi, poiché già vi rientra praticamente ogni fattispecie penale incriminatrice.

È vero, invece, che quando il legislatore ha inteso inserire nuovi illeciti nell'elenco tassativo dei reati per i quali applicare le misure patrimoniali, lo ha fatto con un espresso richiamo alle norme di parte speciale, utilizzando l'espressione «*indiziati di*» seguita dallo specifico riferimento normativo. Ed è altrettanto vero che, fino a oggi, i reati tributari di cui al d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, non sono stati espressamente inseriti nei dispersivi elenchi di cui agli artt. 4 e 16 del d.lgs. n. 159 del 2011. Di più: il riferimento ad attività delittuose, contenuto nell'art. 1 del decreto, non può essere considerato comprensivo di ogni infrazione in materia tributaria.

La funzione delle (*indeterminate*) fattispecie di prevenzione ancora presenti all'art. 1, allora, non può certo essere quella di "contenitore" (senza fondo!) per tutte le possibili fattispecie incriminatrici non espressamente richiamate dall'art. 16, pena lo stravolgimento dell'intero sistema. In nome, peraltro, di un dato testuale per sua natura (prevenzione *ante delictum*) indeterminato, al quale non può appellarsi il giudice *bouche de la loi*⁴⁶.

Come è stato osservato, allora, il "Codice" ha strutturato le misure di prevenzione patrimoniali come strumento per colpire *anche, ma non soltanto*, gli indiziati di appartenere alla mafia⁴⁷. Tuttavia, là dove ha inteso colpire *qualificate* forme di criminalità, il legislatore ha espressamente inserito le corrispondenti fattispecie incriminatrici nella lunga elencazione dei reati per i quali il soggetto deve risultare (almeno!) indiziato. In caso contrario, il tassativo elenco di cui all'art. 16 d.lgs. n. 159 del 2011 non avrebbe ragione di esistere.

Per quanto riguarda l'individuazione dei beni confiscabili, è vero che la confisca di prevenzione mira a sottrarre al proposto tutti i beni che siano il frutto o il reimpiego di attività illecite, senza necessità alcuna di accertare se queste siano o meno di tipo mafioso. Secondo la Cassazione, i beni che l'evasore ha accumulato omettendo di dichiarare lo svolgimento di una attività economica (lecita) costituirebbero il frutto o il reimpiego dei proventi dell'evasione fiscale. I punti della decisione che ruotano ancora attorno al dato testuale, si fondano, però, su una non corretta interpretazione delle nozioni di «*frutto*» e «*reimpiego*» e sul loro riferirsi a una attività illecita.

Nessun dubbio può sollevarsi in ordine alla illiceità dell'evasione fiscale⁴⁸. Tuttavia, proprio dal dato testuale e dal riferimento alle nozioni di frutto e reimpiego, sembrerebbe ragionevole affermare che i beni confiscabili sono quelli prodotti a mezzo dello svolgimento di una attività

⁴⁶ T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014, 15-17. L'Autore affronta il tema della crisi del principio di legalità anche sul versante dei rapporti tra legge e interpretazione giurisdizionale. Preso atto che il giudice non è mai stato e non potrebbe mai essere semplicemente "bocca della legge", egli ha il compito di colmare lo scarto esistente tra astratto e concreto. Nella sua attività, dovrà preferire sempre una interpretazione adeguatrice del dato testuale, quella più conforme alla Costituzione e alla *ratio* della legge. Allora, raggiungiamo noi, di fronte a un testo indeterminato perché estraneo (formalmente) alla materia penale, non può il giudice interpretare il dato testuale dell'art. 1 nel senso di potervi inserire ogni attività illecita prevista dall'ordinamento: «*In questo caso ciò che si prospetta è, puramente e semplicemente, la riformulazione delle norme ad opera del giudice*».

⁴⁷ V. N. D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 799.

⁴⁸ D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, recante «*Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto*».

ab origine illecita, e non i beni acquistati grazie ai redditi derivanti attività lecite, ma sottratti alla dichiarazione fiscale (e, quindi, meramente *risparmiati*).

È l'attività da cui provengono i beni che deve atteggiarsi in termini di illiceità. Nel caso di specie, invece, l'attività imprenditoriale del proposto e dei terzi intestatari dei beni non è vietata in sé; piuttosto, è stata occultata al fisco. Inoltre, sempre la *lettera* della legge è chiara nel riferire la circostanza della dichiarazione a fini fiscali al solo parametro del reddito, e non anche a quello dell'attività economica che, come detto, ben potrebbe non essere dichiarata, senza per ciò solo divenire in sé illecita. «*Si finisce [allora] per allargare l'ambito di applicazione delle forme di confisca in esame a beni in realtà di origine lecita, perlomeno nel senso che non risulta dimostrato il loro valore sproporzionato*» rispetto al parametro dell'attività economica, in espresso contrasto con quanto previsto dal dato testuale⁴⁹.

Non si sottovaluta la gravità del fenomeno dell'evasione fiscale, che nel nostro Paese ha assunto dimensioni inaccettabili⁵⁰. Si dubita, però, dell'opportunità di questa forzata *torsione* del testo degli artt. 1, 16 e 24 del decreto a fini – e verso destinatari – del tutto differenti da quelli per i quali è stata prevista la prevenzione *ante delictum*, con strumenti di lotta all'infiltrazione economica illecita, e del tutto eterogenei da quelli espressamente previsti dal legislatore.

5.2. *La ratio legis.*

Sia la sentenza in commento, sia l'ordinanza di rimessione, sia gli orientamenti giurisprudenziali di cui si è dato atto, si sono soffermati sulle analogie esistenti tra le due particolari tipologie di confisca. L'una misura di sicurezza (o confisca penale), di natura certamente sanzionatoria; l'altra (formalmente)⁵¹ misura di prevenzione *ante delictum*.

A partire dalla similarità dei testi legislativi, la prevalente dottrina riconosce alle confische di cui ci occupiamo la medesima *ratio*, ovvero quella di sottrarre al soggetto (condannato o, comunque, indiziato) beni che si ritengono essere stati acquistati illegalmente, al fine di prevenirne un uso pericoloso e l'inquinamento del circuito economico lecito⁵².

A parte un unico “precedente”⁵³, la giurisprudenza nega la «*sovrapposibilità*» delle due tipologie di confisca, per le ragioni che seguono.

Pur condividendo lo stesso *nomen iuris* e il presupposto oggettivo della *sproporzione*, la riconduzione a un unico *genus* deve tenere conto delle differenze intercorrenti. Innanzi tutto, va rilevata la sostanziale *diversità* dei loro presupposti soggettivi: la condanna, per la confisca *ex art. 12-sexies*; l'indizio di reità, per la confisca *ex art. 2-ter* l. n. 575 del 1965.

Nel caso di confisca *12-sexies*, i beni di valore sproporzionato sono sottratti in forza di una presunzione di illiceità che è fondata sull'accertamento processuale di una responsabilità penale (o, in alternativa, sull'applicazione della pena richiesta dalle parti) per reati tipici “ordinariamente generatori” di disponibilità economiche illecite. L'apprensione si fonda su questa presunzione, ancorché non sia necessario il nesso di pertinenzialità tra i beni e gli specifici reati-presupposto della confisca.

Nel caso della misura di prevenzione, secondo l'insegnamento della Cassazione, l'apprensione «*persegue un più ampio fine di interesse pubblico volto all'eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta provenienza illegittima*». La presunzione di illecito arricchimento si fonda

⁴⁹ A.M. MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014, 8.

⁵⁰ Di recente, G. M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2014. Si veda anche F. MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità 'da profitto' (mafia, corruzione, evasione fiscale)*, in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2015.

⁵¹ Per la giurisprudenza interna, Cass., SS. UU., 3 luglio 1996-17 luglio 1996, *Simonelli*, in *Cass. pen.*, 1996, 3609; Cass., SS. UU., 26 giugno 2014. Per la Corte Edu, Corte Edu, sent. 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*, n. 12954/87; Corte Edu, sent. 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; Corte Edu, 25 marzo 2003, sent. *Madonia c. Italia*, n. 55927/00; Corte Edu, sent. 5 luglio 2001, *Arcuri e altri c. Italia*, n. 52024/99; Corte Edu, sent. 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*, n. 52439/99; Corte Edu, *Bocellari e Rizza c. Italia*, n. 399/02. Le decisioni sono pubblicate in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A: Arrêts et décisions / Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions* e sono reperibili anche sul sito www.coe.int.

⁵² Cfr., A.M. MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014, 3, secondo la quale «*la ratio anche di questa forma di confisca allargata, così come della confisca misura di prevenzione, è pur sempre la lotta contro le illecite accumulazioni patrimoniali della criminalità organizzata o, comunque, della criminalità professionale, dedita al crimine, accumulazioni che possono essere investite in ulteriori attività criminali nonché inquinare l'economia e il mercato lecito, fonte di potere economico e politico*».

⁵³ Cass., Sez. VI, 24 ottobre 2012, n. 44512, *Giacobbe*.

sull'esistenza di *indizi* relativi alla commissione dei reati-presupposto previsti dal c.d. Codice antimafia e sulla pericolosità (non necessariamente attuale) del soggetto che ha la disponibilità dei beni.

A partire da tali differenze, le Sezioni Unite rilevano che la sovrapponibilità tra le due tipologie di confisca sia «*solo apparente*» e che esse siano connotate da una differente *ratio legis*. Da ciò si spiegherebbe anche la diversa rilevanza attribuita ai redditi derivanti da evasione fiscale in occasione della verifica del requisito della sproporzione o di giustificazione della provenienza dei beni.

È vero, infatti, che la confisca allargata *ex art. 12-sexies* d.l. n. 306 del 1992 e quella di prevenzione condividono i presupposti oggettivi della disponibilità dei beni e della sproporzione. La seconda, però, prevede l'ablazione patrimoniale a favore dello Stato anche dei beni che «*risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego*». Le due misure presentano una «*differente struttura normativa*»; solo la confisca di prevenzione contempla la possibilità di attingere i frutti di attività illecite, anche le più diverse, «*quali appunto sono i proventi dell'evasione fiscale, fenomeno che, ove pure non abbia rilievo penale per mancato superamento delle soglie di punibilità, è comunque amministrativamente illecito, tanto da dar luogo all'irrogazione di sanzioni tributarie*» (p. 11).

Nella confisca *ex art. 12-sexies*, non si prevede l'autonoma apprensione dei beni che siano il frutto di attività illecite. Per queste ragioni, al *condannato* si concede la possibilità di giustificare la provenienza dei beni con allegazioni relative ad attività economiche lecite e non dichiarate al fisco (idonee a vincere la presunzione di illecita provenienza insita nella sproporzione). In contrario, al soggetto *proposto* per l'applicazione della confisca di prevenzione, nel caso in cui tentasse la medesima giustificazione, si opporrebbe pur sempre la circostanza che questi beni deriverebbero da una attività intrinsecamente illecita, costituendone il frutto o il reimpiego.

A nostro avviso, però, le argomentazioni delle Sezioni Unite non chiariscono in modo esaustivo la *diversità* dei regimi di deducibilità dei redditi derivanti da evasione fiscale.

Non si discute che nell'*art. 12-sexies* manchi la menzione espressa di una seconda categoria di beni confiscabili (quelli che risultano essere il frutto o il reimpiego di attività illecite). Non-dimeno, è altrettanto pacifico che oggetto di confisca sono **tutti** i beni dei quali il condannato non sia in grado di giustificare la liceità dell'origine, **a prescindere** dal nesso di collegamento con il reato-presupposto. Al pari della confisca di prevenzione (anch'essa, d'altra parte, "allargata"), **neanche** questa particolare ipotesi di confisca richiede che i beni derivino proprio dall'attività delittuosa per la quale il soggetto è stato condannato e si appunta, pertanto, su **tutti** i beni derivanti da attività illegali.

La mancata specificazione della confiscabilità dei beni di origine illecita dipende dal fatto che, in presenza della sproporzione e della mancata giustificazione, il presupposto soggettivo dell'accertamento processuale di responsabilità penale rende più forte la presunzione di illecità dell'acquisto. Non si precisa – a mezzo di un apposito inciso – la necessità di indizi circa l'origine illecita dei beni; la *prova* dell'attività delittuosa è ricompresa nella condanna (o nell'applicazione della pena su richiesta)⁵⁴.

La confisca di prevenzione, invece, è fondata su un presupposto soggettivo più *debole* (i meri indizi di reità o dell'essere dediti a generiche attività delittuose, non più supportati dall'attualità della pericolosità sociale). L'espressa menzione di una seconda categoria di beni confiscabili deriva dalla necessità di puntualizzare che l'ablazione potrà effettuarsi solo in presenza di ulteriori indizi circa la loro origine illecita.

Piuttosto, è la prima categoria di beni confiscabili (quella fondata sul meccanismo sproporzione/mancata giustificazione) a suscitare dubbi di legittimità, poiché non è rafforzata dall'accertamento di responsabilità per quei reati dai quali presumere l'illiceità degli accumuli patrimoniali. Il requisito della sproporzione, da solo, nulla dice sulla provenienza dei beni.

Come detto, la *sproporzione* tra il valore dei beni nella disponibilità del proposto e il reddito da lui dichiarato e l'attività economica svolta dovrebbe consistere nello *scompenso* tra entità determinate: da un lato, gli incrementi patrimoniali del proposto unitamente al reddito

⁵⁴ «La qualifica diventa indice probatorio della commissione di precedenti delitti». Così, A.M. MAUGERI, *La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, 864.

consumato; dall'altro lato, il reddito legittimamente prodotto⁵⁵. Naturalmente, tale scompenso dovrà essere calcolato con *referimento ad un determinato lasso di tempo*⁵⁶. Se non si procedesse a tale delimitazione temporale, il requisito della sproporzione diventerebbe non attendibile e del tutto approssimativo⁵⁷. È evidente, infatti, che non può ritenersi decisivo un mero scompenso aritmetico tra il patrimonio complessivo nella disponibilità – anche *indiretta*! – del proposto e il reddito da lui solo prodotto.

La confisca di prevenzione dovrebbe avere a oggetto solo i beni nella disponibilità del proposto che, risultando dalla verifica di una effettiva sproporzione, possono essere sospettati di origine illecita. In altre parole, il patrimonio del proposto potrà essere sequestrato solo nei limiti di questo *scompenso*⁵⁸, salva la possibilità di dimostrarne la legittima provenienza.

Ora, quella parte di giurisprudenza che, correttamente, concede al condannato per uno dei reati-presupposto previsti dall'art. 12-*sexies* la possibilità di dedurre i redditi derivanti dallo svolgimento di un'attività economica occultata al fisco, riconosce che la dichiarazione dei redditi sia una attività *successiva* alla formazione del reddito, dalla quale non provengono i beni accumulati dal soggetto condannato. In altre parole, si ammette la deducibilità di questi redditi **non** perché si riconosce che sia una attività illecita **diversa** da quella per la quale il soggetto è stato condannato (la lettera e la *ratio* della confisca c.d. allargata non lo permetterebbero), ma perché si riconosce che quei beni non hanno una provenienza illecita⁵⁹.

La diversità delle soluzioni, dunque, non ha a che fare con i presupposti, la struttura normativa o la *ratio legis* delle due confische. In entrambe le ipotesi, infatti, la finalità perseguita è quella di sottrarre un bene di origine illecita, a prescindere dal collegamento con l'attività posta a fondamento delle misure.

6. Considerazioni conclusive.

La decisione delle Sezioni Unite solleva, a nostro avviso, perplessità di non poco momento. Quelle relative alla scorretta interpretazione del dato testuale e della *ratio legis* della confisca di prevenzione sono state già spiegate. Ci concentriamo, ora, su questioni (in parte) diverse.

Innanzitutto, le motivazioni non spiegano quale sia la ragione che autorizzi a interpretare in modo diametralmente opposto il requisito della sproporzione, comune alle due confische in esame che lo prevedono con *identiche formulazioni di legge*.

Secondo il Supremo Collegio, per la confisca di prevenzione, l'irrilevanza dei redditi derivanti da evasione fiscale discenderebbe dalla (espressa) "indifferenza" legislativa rispetto al *tipo* di attività illecita grazie alla quale il proposto ha acquisito la disponibilità dei beni di valore sproporzionato al reddito. Tale circostanza, però, è riscontrabile *anche* nella confisca di cui all'art. 12-*sexies*, ove il nesso di pertinenzialità tra i beni e i reati-presupposto è parimenti assente.

È vero, piuttosto, che la *limitazione* che il recente e più mite orientamento giurispruden-

⁵⁵ Stabiliti questi minimi punti di riferimento, «il reddito derivante dall'attività economica lecitamente svolta dal soggetto, deve spiegare sia l'incremento patrimoniale constatato a data attuale e sia il tenore di vita – proprio e della famiglia – tenuto nel frattempo». Chiarissime le spiegazioni di G. NANULA, *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici, strutture di coordinamento, legislazione vigente*, Milano, 2009, 36. Gli elementi per l'accertamento di un eventuale scompenso sono: la situazione patrimoniale iniziale del proposto; attuale patrimonio posseduto; reddito consumato, indice del c.d. tenore di vita del proposto e dei suoi familiari; reddito lecitamente prodotto. Cfr. anche A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 327.

⁵⁶ In argomento, G. NANULA, *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, in *Il Fisco*, 1993, 10117.

⁵⁷ Ancora, G. NANULA, *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici, strutture di coordinamento, legislazione vigente*, Milano, 2009, 36 ss. Sulla necessità della correlazione temporale, v. anche A.M. MAUGERI, *Le Sezioni Unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività; la necessità della "correlazione temporale"*, in *Dir. pen. cont.*, 7 aprile 2014 (in particolare pp. 16 ss.).

⁵⁸ Utilizzando un riferimento temporale iniziale, il reddito derivante dall'attività economica dovrebbe giustificare le spese sostenute dal proposto ed eventuali accrescimenti patrimoniali. Se, invece, il reddito dichiarato risultasse insufficiente a giustificare gli accrescimenti patrimoniali, si avrebbe *motivo di ritenere* l'illecita provenienza dei beni eccedenti. Cfr. anche A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 288 ss.

⁵⁹ Le Sezioni Unite, invece, sostengono che nell'applicazione della confisca di cui all'art. 12-*sexies*, ai fini del giudizio di proporzione, si possa attribuire rilevanza anche all'attività non dichiarata: «Risulta del resto coerente con l'evidenziata diversa struttura normativa che per la confisca ex art. 12-*sexies*, che prevede che il requisito della sproporzione debba essere confrontato con il «reddito dichiarato» o con la «propria attività economica», si possa tener conto dei redditi, derivanti da attività lecita, sottratti al fisco (perché comunque rientranti nella propria «attività economica») [...]» (p. 19). Ma il Supremo Collegio, in questo passaggio della decisione, fa riferimento proprio a quella parte dei testi normativi delle due confische «del tutto sovrapponibili!»

ziale ha introdotto per la confisca allargata – e che andrebbe riconosciuta alla confisca di prevenzione – scaturisce da una corretta lettura e interpretazione delle norme e delle loro *rationes*. I beni acquistati grazie ai redditi di un'attività economica non dichiarata al fisco non hanno provenienza illecita, né possono dirsi il frutto o il reimpiego del mancato versamento delle imposte. Lo Stato non procede alla confisca di questi beni poiché l'assenza o l'incompletezza della dichiarazione fiscale non ne rende illecita l'origine.

Le motivazioni in forza delle quali il Supremo Collegio non estende il medesimo *limite* anche alla confisca di prevenzione non trovano riscontro nel dato normativo. Se pure, infatti, si volesse assegnare uno spettro d'azione più ampio alla confisca di prevenzione, non si può operare una così evidente *torsione* del *dato testuale* dell'art. 2-ter che, in punto di presupposti oggettivi, è del tutto sovrapponibile a quello dell'art. 12-*sexies*.

Ci sembra, allora, che sia stata introdotta per via giurisprudenziale una *disparità di trattamento* tra i soggetti "proposti" per l'applicazione della confisca di prevenzione rispetto ai soggetti condannati alla confisca di cui all'art. 12-*sexies*.

La disparità potrebbe trovare giustificazione nella diversità dei presupposti *soggettivi*, sottolineata dalla stessa Cassazione⁶⁰. Ma si tratta di disparità ragionevole? È singolare che la difformità dei presupposti soggettivi possa influenzare il significato letterale dei termini oggettivi «*frutto*», «*reimpiego*» o «*origine*» dei beni; o, addirittura, che essa possa imporre la dichiarazione al fisco per l'«*attività economica svolta*».

Detto ciò, il *problema* resta, perché la Cassazione si limita a rilevare la diversità dei presupposti soggettivi senza motivare perché da questa differenza dovrebbe discendere un trattamento peggiore per i soggetti di cui all'art. 16 d.lgs. n. 159 del 2011.

Volendo provare a ricercare le *ragioni* di tale disparità di trattamento nei presupposti soggettivi – anche se, come abbiamo detto, non riteniamo plausibile che questi, da soli, riescano a sovvertire il significato letterale di parole identiche! – si osserva che, effettivamente, questi sono tra loro differenti: nell'un caso l'esistenza di indizi, nell'altro la pronuncia di una condanna (o l'applicazione di una pena su richiesta delle parti).

Senonché, la loro diversità, a nostro avviso, dovrebbe rilevare a *vantaggio* dei destinatari della confisca di prevenzione, e non il contrario! Questi i motivi.

I soggetti proposti per l'applicazione della confisca sono *indiziati* di aver commesso un reato. La loro posizione, dal punto di vista processuale, è più 'leggera' rispetto a quella dei destinatari della confisca *ex art. 12-*sexies**, condannati (o "patteggiati") per i reati previsti dalla norma stessa. Per i "proposti" non vi è alcun accertamento di reità (né, a oggi, di attualità della pericolosità sociale). Per i condannati, invece, vi è stato un accertamento processuale di responsabilità, a partire dal quale *presumere* che ciò che possiedono in valore sproporzionato al reddito o all'attività economica sia frutto di attività illecite⁶¹.

Di più. I reati presupposto dell'art. 12-*sexies* sono specifici e "ordinariamente" generatori di arricchimenti illeciti. I reati presupposto della confisca di prevenzione, in alcuni casi (art. 1) non sono neanche nominati, trattandosi di generiche attività illegali per le quali non può valere alcuna presunzione di illecito arricchimento.

Ancora. La confisca *ex art. 12-*sexies** ha natura sanzionatoria (che la si voglia riconoscere misura di sicurezza atipica, pena accessoria o, più genericamente, confisca penale). È una misura *post delictum*, che segue alla commissione di un reato. La confisca di prevenzione è (formalmente) *preventiva*. È una misura *ante delictum*, che persegue l'obiettivo di prevenire la futura commissione di delitti. Per quale ragione si introduce una disparità di trattamento in forza della quale colui che potrebbe (in futuro!) commettere un delitto è spogliato dei suoi beni patrimoniali *in misura maggiore* di chi un delitto lo ha già commesso?

La disparità di trattamento – semmai fosse ammissibile su confische identiche nei presupposti oggettivi – dovrebbe operare in maniera inversa. La posizione sulla quale si è arroccata la giurisprudenza di legittimità, invece, ha introdotto un paradosso: nel nostro ordinamento è preferibile essere condannati per un reato (un grave reato di quelli previsti dall'art. 12-*sexies*)

⁶⁰ Nel primo caso, l'essere il soggetto indiziato di aver commesso uno dei reati-presupposto del "Codice" antimafia, a prescindere dall'accertamento della commissione del reato; nel secondo caso, la condanna (o l'applicazione della pena su richiesta) per i reati-presupposto della confisca *post delictum*.

⁶¹ «Si tratta di una presunzione iuris et de iure non rivolta questa volta, come in relazione alle tradizionali misure di sicurezza, verso il futuro, ma verso il passato: il condannato per determinati delitti viene «presunto» autore di altri delitti o, comunque, in essi coinvolto, al punto da trarne determinati vantaggi patrimoniali». Così, A.M. MAUGERI, *La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, 864.

piuttosto che essere “prevenuti” per la sua commissione!

Sempre in tema di disparità di trattamento tra soggetti “proposti” per l’applicazione della confisca di prevenzione e “imputati” per i reati previsti dall’art. 12-*sexies*, il meccanismo applicativo della confisca di prevenzione comporterebbe una lesione del diritto di difesa. In particolare, risulterebbe violato il *diritto al silenzio* del “proposto”.

Costui, infatti, è sempre costretto a giustificare l’origine del suo patrimonio. Per quanto l’art. 24 individui due *autonome* categorie di beni confiscabili, queste risultano estremamente *confuse* in sede di accertamento. L’elemento di garanzia in forza del quale i beni devono **risultare** (con onere a carico dell’accusa) frutto o reimpiego di attività illecite, è valido solo per questa classe di beni; non è previsto, invece, per la categoria dei beni di valore sproporzionato al reddito⁶².

Va da sé che il compito dell’accusa sarà agevolato se potrà evitare onerose attività investigative e si potrà limitare alla presentazione di dati dai quali emerge la sproporzione del complesso patrimoniale rispetto alla ufficiale dichiarazione dei redditi, *scaricando* sulla difesa del proposto l’onere di giustificare la legittima provenienza.

La *perversione* dell’inversione dell’onere della prova, a ben vedere, coinvolge anche i soggetti imputati in sede penale, per i quali potrebbe essere pronunciata la confisca *ex art. 12-*sexies**. Il trattamento riservato al “proposto”, però, risulta ancor più sfavorevole: nel procedimento di prevenzione, ove l’allegazione di elementi relativi all’evasione fiscale non ‘salva’ dall’apprensione patrimoniale, oltre al diritto al silenzio, è violato anche il principio *nemo tenetur se detegere!*

La decisione della Sezioni Unite suscita un’ultima perplessità. La confisca di prevenzione dei beni derivanti da redditi sottratti al fisco è, a nostro avviso, una conseguenza afflittiva non espressamente prevista per l’evasione fiscale nella legislazione penale-tributaria. Sembrerebbe, pertanto, che sia stata introdotta (ancora una volta, per via giurisprudenziale) una misura sanzionatoria dell’evasione. È vero, infatti, che la confisca ha natura formalmente preventiva. Ma se il presupposto per la sua applicazione è la commissione di un reato tributario, il suo accertamento dovrebbe essere effettuato in sede processuale ove, eventualmente, si procederà all’irrogazione di una pena (*post delictum*).

Le Sezioni Unite motivano l’applicazione della confisca di prevenzione all’“evasore fiscale” poiché costui rientrerebbe a pieno titolo nella categoria dei soggetti dediti a traffici delittuosi (art. 1). Non si considera, però, che i reati tributari **non** sono a tutt’oggi previsti nel novero dei reati-presupposto del c.d. Codice antimafia⁶³, né che la fattispecie di cui all’art. 1 è *indeterminata e imprecisa*, che tutto concede ed è in grado di sussumere sotto di sé, essendo stata formulata per un sistema che sfugge al controllo della legalità penale.

Le conseguenze di una generalizzata applicazione della confisca di prevenzione ai beni accumulati grazie all’evasione fiscale sembrerebbe comportare una violazione del *principio di legalità della pena*, poiché si introduce per i reati tributari una conseguenza non prevista espressamente dalla legge penale (neanche secondo il meno stringente canone della prevedibilità e accessibilità della norma).

L’attività creatrice della giurisprudenza, come in un quadro di Bacon, imprime un’intollerabile *torsione* al volto già sfigurato della prevenzione patrimoniale. Sottratto al controllo delle principali garanzie della materia penale, il sistema si va aprendo a ipotesi di automatica

⁶² Se le autorità procedenti decidessero di sequestrare beni di sospetta origine illecita, avrebbero l’onere di presentare all’organo decidente gli indizi dai quali si ricava che i beni siano il frutto o il reimpiego di attività illegali. Il sequestro, in definitiva, dovrà essere supportato da elementi probatori circa le attività illecite in questione. Nel caso, invece, in cui il sequestro abbia a oggetto beni di valore sproporzionato al reddito dichiarato o all’attività economica svolta, non è richiesta la presentazione di alcun elemento indiziario ulteriore rispetto ai dati ufficiali relativi alle dichiarazioni dei redditi. Il requisito della *sproporzione* del valore dei beni rispetto al reddito dichiarato dal proposto agevola l’onere di allegazione dell’accusa, risultando di più *semplice* dimostrazione. La presunzione di origine illecita insita nel requisito della sproporzione dovrà essere “vinta” dallo stesso proposto, secondo uno schema di inversione dell’onere della prova (*rectius*, di allegazione). In argomento, S. FURFARO, voce “Misure di prevenzione patrimoniali”, in *Dig. disc. pen.*, Agg. ***, I, 2005, 887. Anche i beni sproporzionati sono colpiti dal *fumus* di illecita acquisizione. «In tal caso, anzi, il legislatore ha considerato che fosse proprio la situazione di sproporzione a corrispondere in sé ad elemento indiziante di illecita acquisizione [...]».

⁶³ Né (è bene ribadirlo) tra i reati-presupposto previsti nel d.lgs. n. 231 del 2001. Sulla confiscabilità del patrimonio dell’ente nelle diverse ipotesi di reato fiscale commesso dal legale rappresentante, si veda A. M. DELL’OSSO, *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2014, 401 ss.

apprensione di tutto ciò che i cittadini acquistano *contra ius*⁶⁴.

Contro tali esiti, davvero inaccettabili, deve ribadirsi con forza che non ogni manifestazione di infedeltà fiscale (o situazione di sproporzione tra i beni posseduti e i redditi dichiarati) comporta che gli acquisti siano avvenuti illegalmente. E ancora, non ogni acquisto illegale deve necessariamente essere ‘colpito’ dall’apprensione statuale. Non si può introdurre un sistema di confisca *generale* dei beni per tutti gli indiziati di essere dediti a traffici delittuosi, pena una virata autoritaria del nostro ordinamento verso modelli illiberali.

In definitiva, la *patologia* dell’evasione fiscale – che la giurisprudenza della crisi economica, altre volte, è disposta a guardare con maggiore benevolenza⁶⁵ – viene ricondotta per via interpretativa nel “gorgo” della prevenzione patrimoniale⁶⁶. Il tutto, nell’indifferenza dell’opinione pubblica, che della prevenzione patrimoniale *ante delictum* non conosce (probabilmente) neanche l’esistenza; con la compiacenza del legislatore, che delega al potere giudiziario il compito di gestire il fenomeno dell’evasione, evitando i problemi di tipizzazione posti dal diritto penale tributario; senza i lacci e laccioli della legalità penale, dai quali la prevenzione risulta (ancora) del tutto sganciata.

Si appalesa una strumentalizzazione della confisca *ante delictum* a fini del tutto diversi da quelli preventivi, orientati al reperimento di risorse economiche⁶⁷ e al contrasto all’evasione fiscale⁶⁸, che fanno segnare un regresso verso gli schemi antichi della confisca generale dei beni⁶⁹. Nel complesso, la prevenzione patrimoniale sembrerebbe perseguire la funzione simbolica di soddisfare il bisogno emotivo di punizione che si manifesta tra i cittadini, nei confronti di coloro che conducono stili di vita sospetti. «*Con ciò si apre – occorre prenderne subito atto – una fase del tutto nuova per le misure di prevenzione che da sottosistema, posto ai margini dell’ordinamento penale, rischiano di diventare una sorta di autonomo sistema per molti versi alternativo a quello penale*»⁷⁰

⁶⁴ Si segnala la proposta di riforma dell’art. 24 formulata dalla Commissione di studio presieduta da Giovanni Fiandaca, istituita con decreto 10 giugno 2013 del Ministero della Giustizia. «Art. 24. Confisca. 1. Il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Ai fini del giudizio sulla sproporzione non si tiene conto dei proventi di evasione fiscale e di ogni altro tipo di attività illecita». Nella recentissima relazione proposta dalla Commissione parlamentare antimafia, invece, si propone una modifica dell’art. 24 di segno del tutto diverso: «1. Il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza [...]. 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, anche se oggetto di condono o di definizione anticipata del contenzioso tributario. Se il tribunale non dispone la confisca può applicare anche d’ufficio le misure di cui agli artt. 34 e 34-bis ove ne ricorrano i presupposti ivi previsti». Nella Relazione la modifica è prevista tra gli «*Interventi necessari per una più efficace aggressione ai patrimoni*», **escludendo, a tal fine, «che la disponibilità di beni possa essere giustificata con proventi di evasione fiscale».**

⁶⁵ Si fa riferimento agli episodi di omesso versamento tributario da parte di imprenditori in crisi di liquidità. Sul punto si sono recentemente espresse le Sezioni Unite: Cass., SS. UU., 28 marzo 2013-12 settembre 2013, n. 37424, in *Cass. pen.*, 2014, 38; Cass., SS. UU., 28 marzo 2013-12 settembre 2013, n. 37425, in *Cass. pen.*, 2014, 54.

⁶⁶ Si fa riferimento alla recentissima operazione della Sezione autonoma Misure di prevenzione del Tribunale di Milano che “sperimenta” l’applicazione della confisca di prevenzione agli eredi del “Re delle bonifiche” milanesi Giuseppe Grossi. Tra gli articoli pubblicati sui quotidiani nazionali, si segnala L. FERRARELLA, *L’evasione fiscale si eredita*, in *www.corriere.it*, 27 novembre 2014; ID., *La confisca agli eredi. Un’arma a doppio taglio*, in *www.corriere.it*, 15 dicembre 2014. In argomento, G. L. GATA, *La confisca nella (annunciata) proposta governativa di riforma della corruzione*, in *questa Dir. pen. cont.*, 16 dicembre 2014.

⁶⁷ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 34.

⁶⁸ In argomento, R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Roma, 2012.

⁶⁹ D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel diritto penale*, Bologna, 2007, 12. Sul tema delle confische generali dei beni, per tutti, G. VASSALLI, *La confisca dei beni: storia recente e profili dommatici*, Padova, 1951.

⁷⁰ V.N. D’ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 799.

LA DIRETTIVA 2014/42/UE RELATIVA ALLA CONFISCA DEGLI STRUMENTI E DEI PROVENTI DA REATO NELL'UNIONE EUROPEA TRA GARANZIE ED EFFICIENZA: UN "WORK IN PROGRESS"

Anna Maria Maugeri

ABSTRACT

La Direttiva 2014/42/UE, approvata in base agli artt. 83, § 1, 82, § 2, TFUE, persegue lo scopo di promuovere l'armonizzazione in materia di confisca, in particolare estesa, superando i limiti della decisione quadro n. 212/2005, con lo scopo ultimo di implementarne il mutuo riconoscimento ai sensi della decisione quadro n. 783/2006. Rappresenterà l'occasione per una riforma e forse razionalizzazione della disciplina in materia da parte degli Stati membri, anche se le scelte del legislatore europeo non sempre sembrano realizzare un corretto bilanciamento tra le esigenze dell'efficienza e le garanzie della materia penale (nella prima direzione, ad esempio, si prevede la confisca per equivalente degli strumenti del reato, nella seconda la clausola dell'onerosità per garantire il rispetto del principio di proporzionalità). L'art. 5 prevede un modello di confisca estesa, in seguito alla condanna, meno garantistico di quelli previsti nella decisione quadro 212, fondato su un problematico standard della prova "civilistico rinforzato", attribuendo rilievo all'elemento della sproporzionalità e auspicando la delimitazione temporale della presunzione di illecita accumulazione patrimoniale. Il legislatore europeo all'art. 4 non accoglie, invece, sostanzialmente il modello della confisca senza condanna, ammesso solo nel caso di fuga e malattia, non credendo evidentemente nella possibilità di elaborare un modello di *actio in rem*, realmente giurisdizionalizzato e garantistico, come prospettato dalla Commissione LIBE, pur non escludendo la possibilità degli Stati membri di prevedere più estesi poteri di confisca o comunque di garantirne il mutuo riconoscimento.

SOMMARIO

0. Premessa. – 1. La confisca diretta, la confisca per equivalente e l'esecuzione successiva (art. 4 - art. 9). – 2. Il principio di proporzionalità: la confisca degli strumenti; la clausola dell'onerosità. – 3. La confisca dei proventi nel caso di "confusione". – 4. La confisca nei confronti dei terzi. – 5. La confisca allargata ex art. 5. – 5.1. La delimitazione temporale della presunzione di origine illecita. – 6. La confisca senza condanna (art. 4, c. 2). – 7. La disciplina del congelamento dei beni: un anomalo passo indietro in termini di garanzie. – 8. Il diritto di difesa e a un ricorso effettivo. – 9. Il riutilizzo sociale dei beni. – 10. Conclusioni.

0.

Premessa.

In accoglimento delle sollecitazioni avanzate nel programma di Stoccolma e nelle conclusioni del Consiglio Giustizia e affari interni in materia di confisca e recupero dei beni, adottate nel giugno 2010, circa l'importanza di una più efficace identificazione, confisca e riutilizzazione dei beni di origine criminosa, nonché delle pressioni della Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 ottobre 2011, nel 2012 viene elaborata una Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di confisca e congelamento dei beni (COM(2012)0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036(COD))¹, in relazione alla quale sono state presentate delle proposte di emendamento da parte della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (nel prosieguo la *Commissione LIBE*)². La Proposta è stata definitivamente approvata dal Parlamento e dal Consiglio il 3 aprile 2014, con il voto contrario della Polonia e senza la partecipazione al voto dell'Inghilterra (considerando n. 43) e della Danimarca (considerando n. 44), che è stata invece la principale promotrice della direttiva n. 212/2005 sui poteri allargati di confisca; aderisce l'Irlanda ma solo in relazione ai reati contemplati dagli strumenti legislativi cui è vincolata (considerando n. 42). In base all'ultimo Corrigendum del 29 aprile 2014, gli Stati membri devono dare attuazione alla Direttiva entro il 4 ottobre 2016.

Delle diverse opzioni strategiche prese in considerazione dalla Commissione nell'elaborazione della proposta relativa al nuovo strumento, è stata preferita l'"opzione legislativa massima con riconoscimento reciproco" che prevede di apportare dei miglioramenti al processo di armonizzazione delle norme e all'esecuzione delle decisioni negli Stati membri, al fine di realizzare il *riconoscimento reciproco di tutti i tipi di provvedimenti*³; in tale direzione nei primi considerando della Direttiva si ribadisce che il suo scopo è quello di perseguire "l'adozione di norme minime" per ravvicinare "i regimi degli Stati membri in materia di congelamento e confisca dei beni, favorendo così la fiducia reciproca e un'efficace cooperazione transfrontaliera" (considerando n. 5). Lo scopo ultimo della direttiva, – che si fonda, infatti, sull'art. 82, § 2⁴, oltre che sull'art. 83, § 1⁵ –, diventa, allora, la promozione del *reciproco riconoscimento* dei provvedimenti di confisca⁶, riconosciuto come il metodo indispensabile per un'efficace implementazione di questo indispensabile strumento di lotta alla criminalità del profitto e alla criminalità organizzata, rappresentato dalla confisca, in particolare dei proventi del reato.

La necessità di introdurre la direttiva nasce dalla considerazione, come evidenziato nel considerando n. 19, che la decisione quadro n. 212/2005, che già prevedeva poteri estesi di confisca e i cui modelli – piuttosto garantistici – di confisca estesa dovevano rappresentare il punto di riferimento per il reciproco riconoscimento previsto dalla decisione quadro n. 783/2006, offrendo modelli alternativi di confisca allargata e, si potrebbe aggiungere, consentendo agli Stati membri non solo di scegliere alternativamente uno di questi modelli, ma più a monte di introdurre forme ulteriori di confisca ancor più efficienti anche se con minori

¹ Per una dettagliata analisi della versione originaria della Proposta di Direttiva sia consentito il rinvio a MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2012, p. 180 ss. (nel prosieguo MAUGERI, *op. cit.*); cfr. BALSAMO, *Il "codice antimafia" e la proposta di Direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo*, in *questa Rivista*, 20 luglio 2012; PIVA, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2013, p. 215 ss.; MANGIARACINA, *Cooperazione giudiziaria e forme di confisca*, in *Dir. pen. e proc.* 2013, p. 369.

² Per una completa disamina delle proposte di emendamento sia consentito il rinvio a MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie Cedu? – Emendamenti della Commissione Libe alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2013, p. 180 ss.; per un sintetico quadro di insieme degli emendamenti cfr. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, in *questa Rivista*, 16 luglio 2013.

³ Sintesi della valutazione d'impatto che accompagna la proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea, SWD(2012) 32 definitivo, 12 marzo 2012, 9.

⁴ Tale norma prevede la possibilità di adottare, secondo la procedura legislativa ordinaria, direttive di armonizzazione minima in alcuni settori di cooperazione penale, ma subordinatamente alla condizione che ciò si riveli necessario al fine di facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale. La disposizione rispecchia, traducendola in norma di Trattato, l'indicazione già presente nel punto 37 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999; SALAZAR, *Commento art. 82*, in CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 906.

⁵ Sugli artt. 82 e 83 del TFUE, cfr. il commento di SALAZAR, *Commento art. 82*, cit., p. 896 ss.; ID. *Commento art. 83*, in CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, cit., p. 914 ss..

⁶ Cfr. ECBA, *Statement on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Freezing and Confiscation of Proceeds of crime in the European Union*, in *www.ecba.gov*, 2, che lamenta la mancata considerazione del mutuo riconoscimento nella proposta di direttiva.

garanzie, ha finito con il compromettere la cooperazione; nella prassi si rifiuta il mutuo riconoscimento previsto dalla decisione quadro n. 783/2006 laddove il modello di confisca accolto dallo Stato richiedente sia diverso rispetto a quello dello Stato richiesto. In quest'ultima decisione si ammette tra i motivi di rifiuto previsti dall'art. 8 la circostanza che la decisione di confisca esula dal campo di applicazione dell'opzione adottata dallo Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, della decisione quadro 2005/212/GAI⁷.

La direttiva, come sancito nell'art. 14, sostituisce, allora, l'azione comune 98/699/GAI e parzialmente le decisioni quadro 2001/500 e 2005/212⁸. Le disposizioni vigenti dell'Unione in materia di confisca dovrebbero rimanere in vigore al fine di mantenere un certo livello di armonizzazione per quanto riguarda quelle attività criminali che non rientrano nel campo di applicazione della presente direttiva. Conseguentemente la proposta mantiene in vigore gli articoli 2, 4 e 5 della decisione quadro 2005/212/GAI per i reati non coperti dalla Direttiva, che prevedono una pena detentiva superiore all'anno. Tale tecnica di parziale sostituzione di un precedente strumento che rimane, per il resto, in vita è stata criticata perché fonte di mancanza di tassatività e di scarsa riconoscibilità del dettato legislativo⁹; sarebbe stato auspicabile in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta Europea dei diritti fondamentali l'introduzione di uno strumento interamente nuovo come richiesto dall'art. 9 del Protocollo n. 36 del Trattato di Lisbona che fa riferimento ad atti legislativi e non a "regole" (specifiche disposizioni) («...the legal effects of the acts of the institutions, bodies, offices and agencies of the Union adopted on the basis of the Treaty on European Union prior to the entry into force of the Treaty of Lisbon shall be preserved until those acts are repealed, annulled or amended»)¹⁰.

L'ambito di applicazione della direttiva sarà delimitato ai sensi dell'art. 3 ai gravi reati previsti in una serie di direttive¹¹, molti già elencati nell'art. 83, § 1, del TFUE, fermo restando che attraverso l'inserimento della sfera di criminalità relativa alla "criminalità organizzata" si consentirà l'applicazione della direttiva ad altri reati, purché realizzati appunto in forma organizzata alla luce della definizione di organizzazione criminale fornita dalla decisione quadro 2008/841/GAI¹² (definizione piuttosto ampia¹³). Nel primo considerando si evidenzia, in tale direzione, che la finalità della direttiva è quella di imporre agli Stati di dotarsi dei mezzi per rintracciare, congelare, gestire e confiscare i proventi da reato, proprio perché il profitto è il motore principale della criminalità organizzata transfrontaliera, comprese le organizzazioni criminali di stampo mafioso, e la prevenzione e la lotta efficaci contro la criminalità organizzata dovrebbero essere conseguite neutralizzando i proventi da reato. In tal modo, ad esempio, potranno rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva i reati ambientali, tra cui il traffi-

⁷ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 6 Ottobre 2009, C-123/08, *Wolzenburg*, in GU C 116 del 9.5.2008, 18.

⁸ «1. L'articolo 1, lettera a), dell'azione comune 98/699/GAI, gli articoli 3 e 4 della decisione quadro 2001/500/GAI, nonché l'articolo 1, primi quattro trattini, e l'articolo 3 della decisione quadro 2005/212/GAI, sono sostituiti dalla presente direttiva per gli Stati membri vincolati dalla presente direttiva».

⁹ ARCIFA, *The new Eu Directive on confiscation: a good (even if still prudent) starting point for the post-Lisbon Eu strategy on tracking and confiscating illicit money*, Maggio 2014, n. 64.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ La direttiva si applica ai reati contemplati: a) dalla convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea; b) dalla decisione quadro 2000/383/GAI contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro; c) dalla decisione quadro 2001/413/GAI, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti; d) dalla decisione quadro 2001/500/GAI concernente il riciclaggio di denaro, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato; e) dalla decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo; f) dalla decisione quadro 2003/568/GAI relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato; g) dalla decisione quadro 2004/757/GAI in materia di traffico illecito di stupefacenti; h) dalla decisione quadro 2008/841/GAI relativa alla lotta contro la criminalità organizzata; i) dalla direttiva 2011/36/UE, concernente la tratta di esseri umani e la protezione delle vittime; j) dalla direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile; k) dalla direttiva 2013/40/UE, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, nonché da altri strumenti giuridici se questi ultimi prevedono specificamente che la presente direttiva si applichi ai reati in essi armonizzati.

¹² Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata (GU L 300 dell'11.11.2008, p. 42).

¹³ PAOLI, *How to Tackle (Organized) Crime in Europe? The EU Policy Cycle on Serious and Organized Crime and the New Emphasis on Harm*, in *Eur. J. of Crime, Crim. Law and Crim. Justice*, 22 (2014), p. 3: "This is very broad, as it defines a "criminal organization" as a "structured association established over a period of time, of more than two persons acting in concert with a view to committing offences which are punishable with the deprivation of liberty or a detention order of a maximum of at least four years or a more serious penalty, to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit" (European Council, 2008b: 42). This definition means that any group from the Sicilian Cosa Nostra to a burglars' clique, from Al Qaeda to a youth gang engaging in assaults, can be considered a form of organized crime".

co di rifiuti, che sono spesso realizzati da organizzazioni criminali per mere finalità di profitto.

Tale delimitazione a gravi reati e in particolare reati connessi al crimine organizzato sembrava opportuna soprattutto con riferimento alla confisca allargata, ma in realtà la Direttiva all'art. 3, in accoglimento di un emendamento (n. 28) presentato dalla Commissione LIBE, estende la definizione di reato all'illecito penale previsto "da altri strumenti giuridici se questi ultimi prevedono specificamente che la presente direttiva si applichi ai reati in essi armonizzati", allargando il possibile ambito di applicazione della stessa direttiva ai reati oggetto di armonizzazione ai sensi dell'art. 83, § 2 TFUE¹⁴.

Alla ricerca di quello che talora in questo settore appare come un difficile equilibrio tra l'efficienza e le garanzie, come precisato nel considerando n. 38, "La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la «Carta») e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (la «CEDU»), come interpretate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La presente direttiva dovrebbe essere attuata conformemente a tali diritti e principi". Si accolgono così gli emendamenti proposti dalla Commissione LIBE a quello che originariamente era il 18° considerando della Proposta, attraverso l'esplicito richiamo ai diritti e ai principi previsti non solo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ma anche dalla CEDU e dalla sua giurisprudenza, riconoscendo il ruolo di entrambe nella tutela dei diritti fondamentali, in conformità alle previsioni dell'art. 6 del Trattato di Lisbona.

Proprio la tutela delle garanzie della materia penale, a scapito dell'efficienza, sembra prevalere, come si esaminerà, nelle scelte espresse dalla Direttiva in relazione alla confisca senza condanna, il cui ambito di applicazione è stato drasticamente ridotto anche rispetto all'originaria Proposta di Direttiva e soprattutto rispetto al modello di confisca senza condanna proposto nella Relazione della Commissione LIBE, in cui si adottava l'*actio in rem* come principale modello di confisca europea¹⁵.

1. La confisca diretta, la confisca per equivalente e l'esecuzione successiva (art. 4 – art. 9).

La Direttiva prevede, innanzitutto, una forma di confisca, conseguente alla condanna, sia dei proventi e degli strumenti del reato sia dell'equivalente (art. 4).

La Direttiva lascia liberi gli Stati membri di stabilire la natura dei provvedimenti di confisca e dei relativi procedimenti come emerge dal considerando n. 13) – "Il congelamento e la confisca ai sensi della presente direttiva sono concetti autonomi, che non dovrebbero impedire agli Stati membri di attuare la presente direttiva utilizzando strumenti che, in base al diritto nazionale, sarebbero considerati sanzioni o altri tipi di misure" –, e n. 10) – "Gli Stati membri sono liberi di portare le procedure di confisca collegate a una causa penale dinanzi a qualsiasi autorità giudiziaria competente" –. Come emerge dal considerando n. 15 si precisa, in ogni caso, che anche un procedimento in contumacia viene considerato idoneo alla pronuncia della condanna richiesta per la confisca in seguito a condanna o per la confisca senza condanna.

Essa contiene una definizione di "provento" (art. 2)¹⁶ di reato più ampia di quella già accolta nella decisione quadro 212/2005 al fine di includere la possibilità di confiscare non solo i proventi diretti – ogni vantaggio economico derivato da reati –, e ogni successivo reinvestimento o trasformazione dei proventi diretti (surrogati), ma anche tutti gli utili (vantaggi) economicamente valutabili, anche indiretti, che derivano dai proventi di reato, con tutti i connessi problemi di delimitazione di tale concetto, esaminati in altra sede¹⁷; anche nel considerando n.

¹⁴ MITSILEGAS, *European criminal law and resistance to communitarisation after Lisbon*, in *NJECL* 2010, p. 463; critico BOUCHT, *Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty*, in *Eur. Journ. Of Crime* 21, 2013, p. 141.

¹⁵ MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea"*, cit., p. 270 ss.

¹⁶ «Provento»: ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati; esso può consistere in qualsiasi bene e include ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile.

¹⁷ Sia consentito il rinvio a MAUGERI: *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea"*, cit., p. 255; ID., *op. cit.*, p. 19; ID., *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2013, p. 708.

11 si precisa che “Occorre chiarire l’attuale concetto di proventi da reato al fine di includervi i proventi diretti delle attività criminali e tutti i vantaggi indiretti, compresi il reinvestimento o la trasformazione successivi di proventi diretti. Pertanto, i proventi possono comprendere qualsiasi bene, anche trasformato o convertito, in tutto o in parte, in un altro bene, ... Possono inoltre comprendere introiti o altri vantaggi derivanti dai proventi da reato o da beni nei quali i proventi da reato sono stati trasformati o convertiti o da beni con i quali i proventi da reato sono stati confusi”.

In tale direzione la Risoluzione del Parlamento Europeo del 2011 richiedeva di precisare che il concetto di provento di reato esplicitato nella Convenzione ONU di Palermo e ripreso nella decisione quadro 2008/841/CE è più vasto rispetto a quello di profitto (invita sin da subito gli Stati membri a recepire correttamente tale concetto nei loro ordinamenti in maniera da permettere che qualsiasi entrata connessa direttamente o indirettamente al compimento di reati nell’ambito delle organizzazioni criminali possa essere oggetto di sequestro e confisca)¹⁸.

Non è stata accolta la proposta dell’*European Criminal Bar Association* di restringere solo ai “*proceeds*” direttamente derivanti dal crimine.

L’emendamento n. 6 della Commissione LIBE propone di applicare tale ampia nozione di provento anche in relazione ai reati non rientranti nell’ambito di applicazione della futura direttiva, cui si continuerà ad applicare la decisione quadro 2001/500/GAI, che obbliga gli Stati membri a consentire la confisca di beni strumentali e proventi da reato a seguito di una condanna definitiva nonché la confisca di beni il cui valore corrisponda a tali beni strumentali e proventi; tale emendamento è stato accolto nella Direttiva, come si legge nel considerando n. 14.

Nel considerando n. 12 si precisa che nel concetto di profitto rientrano “i documenti o gli strumenti legali comprovanti il diritto di proprietà o altri diritti su tali beni. Tali documenti o strumenti possono includere, ad esempio, strumenti finanziari o documenti che possono far sorgere diritti di credito e di norma si trovano in possesso della persona interessata dalle procedure in questione”; in tale direzione le Sezioni Unite nella sentenza Fisia ammettono la confisca diretta dei crediti, laddove chiaramente si ritenga che ciò di cui l’ente risulti creditore rappresenti un illecito profitto, causalmente connesso al reato: «il provvedimento di confisca dovrebbe ricadere sui crediti stessi (confisca diretta), considerato che la confisca di questi per equivalente porrebbe il destinatario nella condizione di vedersi privato di un bene già a sua disposizione in ragione di una utilità non ancora concretamente realizzata»¹⁹. Non ammette, quindi, la confisca per equivalente dei crediti, anche se certi, liquidi ed esigibili, in quanto si tratterebbe di introiti “futuri”, ancora non pervenuti, utilità non ancora effettivamente conseguite ma solo attese. In ogni caso la Corte precisa, poi, che «il sequestro preventivo diretto, funzionale alla confisca del profitto del reato costituito da crediti è ammesso a condizione che questi siano certi, liquidi ed esigibili, cioè non contestati e determinati con precisione nel loro ammontare. Infatti, solo un credito che abbia tali caratteristiche potrebbe essere considerato alla pari di un incremento patrimoniale ovvero di un vantaggio direttamente e immediatamente derivante da reato; mancando tali caratteri si tratterebbe di una utilità futura e incerta, che mai assumerebbe i connotati e la natura di profitto come sopra inteso»²⁰.

La Direttiva impone la previsione della confisca per equivalente, già richiesta da una molteplicità di strumenti legislativi sovranazionali, a partire dalla Convenzione di Vienna contro il narcotraffico del 1988; nonostante la molteplicità delle sollecitazioni sovranazionali, come è ben noto, nell’ordinamento italiano manca una disciplina generale di tale forma di confisca, la cui introduzione era prevista dall’art. 31 della legge comunitaria 2007 (l. n. 34/2008), una legge delega cui non è stata data attuazione²¹. La confisca di valore è stata introdotta, però, sempre più spesso come confisca speciale, mentre in via generale è prevista esclusivamente da

¹⁸ Cfr. BALSAMO-LUCCHINI, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata. A proposito della Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 sulla criminalità organizzata nell’Unione europea (europea (2010/2309(INI))*, in *questa Rivista*, 26 gennaio 2012.

¹⁹ Cass., S.U., 2 luglio 2008, n. 26654, Soc. Fisia e altro, in CED, rv. 239926, § 7; Cass., 20 febbraio 2009, n. 7718, Fondazione S. Raffaele, 1733; Cass., sez. V, 14 dicembre 2011, n. 3238, Soc. Valore S.p.a.; Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748, P. e altro. Cfr. NICODEMO-NICODEMO, *Responsabilità amministrativa degli enti: crediti sociali confiscabili*, in *Il Sole 24*, 2011, p. 68.

²⁰ Cass., S.U., 2 luglio 2008, n. 26654, *cit.* Conf. Cass., sez. II, 16 novembre 2012, n. 8740; cfr. Cass., sez. V, 20 febbraio 2009, n. 7718, Fondazione S. Raffaele.

²¹ MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?*, in MAZZA-VIGANÒ, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino 2008, p. 180.

una norma di carattere procedurale, l'art. 735 *bis* c.p.p., al fine di garantire l'esecuzione in Italia di un provvedimento di confisca disposto da un'autorità straniera, disposizione introdotta in seguito alla ratifica da parte dell'Italia della Convenzione di Strasburgo del 1990.

Nel considerando n. 14 della Direttiva si precisa che la confisca per equivalente può essere concepita come *sanzione sussidiaria* alla confisca diretta, e quindi applicabile solo laddove, pur avendo accertato la sussistenza del profitto e il suo ammontare, non è più possibile sottrarlo direttamente; oppure come *misura alternativa*, una sorta di confisca autonoma che può consentire di colpire anche delle forme di profitto che non potrebbero essere oggetto della confisca diretta, come ad esempio il profitto immateriale o il profitto risparmio. Nella prima direzione si può ricordare la giurisprudenza italiana che, anche in relazione alla confisca ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001, ha riconosciuto la "natura surrogatoria" della confisca per equivalente rispetto alla confisca di proprietà, essendo applicabile solo nella sfera giuridico patrimoniale dell'indagata laddove non sia stato "rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o il profitto del reato per cui si proceda, ma di cui sia ovviamente certa l'esistenza"; in tale direzione in contrasto con la giurisprudenza prevalente che riconosce la natura punitiva della confisca per equivalente, si sostiene che "ove il legislatore avesse davvero inteso imprimere alla confisca per equivalente le stigmate della sanzione criminale, non si spiegherebbe la previsione della irretroattività sancita dal richiamato L. n. 300 del 2000, art. 15, bastando a tal fine il generale precetto sancito dall'art. 25, comma 2, della Carta Fondamentale"²².

Emblematica è, però, in materia la recente vicenda giurisprudenziale riguardante i reati tributari. Ad avviso della giurisprudenza sia la confisca facoltativa, sia quella obbligatoria, nel postulare la ricorrenza di un necessario rapporto di pertinenzialità tra "prodotto, profitto e prezzo", da un lato, e "reato", dall'altro, non sarebbero applicabili alla generalità dei reati tributari, in quanto il profitto consistente nel risparmio dell'imposta dovuta non si adatterebbe al concetto di 'provenienza da reato', dal momento che coincide con beni già presenti nel patrimonio del reo²³. Tanto è vero che è stata introdotta in materia la confisca per equivalente (art. 1, c. 143, della l. n. 244/2007) al fine di consentire l'ablazione del profitto coincidente con l'imposta evasa; in questo caso la confisca per equivalente non fungerebbe da meccanismo sussidiario della confisca diretta, ma rappresenterebbe una forma di confisca "principale" del profitto risparmio²⁴, quindi si atterrebbe a "misura alternativa" nel linguaggio della Direttiva. Da ultimo, però, le Sezioni Unite hanno fatto rientrare nella nozione di profitto confiscabile con la confisca diretta (di proprietà), e non con la confisca per equivalente, anche il risparmio integrato dal tributo non pagato²⁵; la Corte ritiene sostanzialmente che il denaro che il soggetto ha risparmiato, in quanto tributo non versato, rappresenta il profitto direttamente confiscabile, che in quanto bene fungibile può essere sottratto al reo con la confisca diretta ex art. 240 c.p. o 322 *ter* c.p. perché la "confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta"²⁶.

La direttiva assume, in conclusione, un orientamento neutro ammettendo le due opzioni circa la natura della confisca per equivalente come sanzione sussidiaria o misura alternativa, ma il principio di legalità delle sanzioni e di tassatività²⁷ impone di stabilire se nella nozione di profitto direttamente confiscabile rientra anche il risparmio, oppure se quest'ultimo possa essere confiscato solo per equivalente con la confisca di valore intesa come misura alternativa-autonoma, come previsto in altri ordinamenti, come quello tedesco con il *Wertersatzverfall* – § 73a StGB²⁸ –. In ogni caso si dovrebbero fornire dei *criteri di "stima"* di tale forma di profit-

²² Cass., 6 luglio 2006, n. 30729, Carere; cfr. POTETTI, *Confisca per equivalente ex art. 322 ter c.p., sequestro preventivo e reato plurisoggettivo*, in *Riv. pen.* 2013, 612.

²³ Cass., sez. un., 9 luglio 2004, n. 29951, Curatela fallimentare in proc. Focarelli, in *Il fisco*, 43/2004, p. 7355; Cfr. POTETTI, *La disponibilità dei beni nella confisca per equivalente per i reati tributari*, in *Arch. nuova proc. pen.* 2012, p. 597; MAGRO, *In tema di profitto confiscabile*, in *Arch. Pen.* 2013, p. 189; FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca per equivalente nei reati tributari "nazionali" e "transnazionali" e la schermatura dei patrimoni*, in *Riv. pen.* 2013, p. 141 ss.

²⁴ Cass., sez. un., 31 gennaio 2013, n. 18374, Adami e altro; Cass., sez. III., 5 marzo 2013, n. 32799; Cass., sez. VI, 14 novembre 2012, n. 11029. In tale direzione LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova 2002, p. 170.

²⁵ Cass., sez. un., 30 gennaio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10561, Gubert., in *questa Rivista*, 12 marzo 2014.

²⁶ Cfr. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 716 ss.; LANZI, *La confisca diretta e di valore nei reati tributari: riflessioni e questioni aperte*, in *Ind. Pen.* 2014, p. 169 ss.

²⁷ Cfr. BRICOLA, *Teoria generale*, in *Nov.mo Dig. It.*, vol. XIX, Torino 1973, p. 18; Corte Cost., sent. n. 6 del 1966, in *Giur. cost.* 1966, p. 274.

²⁸ Così ESER, § 73, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, 28 ed., 2010, p. 1120, § 16.

to, pur evidenziando che la quantificazione concreta di un simile profitto “raramente potrebbe rispondere a criteri di assoluta precisione ed oggettività”²⁹.

La Direttiva, ancora, al considerando n. 30 e all’art. 9 stabilisce la necessità di garantire l’esecuzione dei provvedimenti di confisca anche in epoca successiva alla condanna definitiva o al procedimento ex art. 4, c. 2, laddove durante il processo non sia stato possibile individuare i proventi del reato o non siano stati individuati in misura sufficiente e l’ordine di confisca non sia stato eseguito; a tal fine il provvedimento di confisca deve stabilire la misura dei beni da confiscare (“È pertanto necessario consentire la definizione dell’esatta portata dei beni da confiscare”). In tal modo si vuole garantire la sottrazione dei proventi illeciti nonostante le manovre elusive dell’imputato che spera di godere di tali proventi dopo avere scontato la pena; l’introduzione di una simile disposizione appare opportuna per garantire l’efficienza dei provvedimenti in esame. La determinazione a priori dell’esatto ammontare da confiscare sarà possibile solo rispetto alla confisca dei profitti accertati, non per la confisca allargata che finisce per applicarsi ai beni nella disponibilità del reo di cui lo stesso non riesca a giustificare l’origine lecita.

A capoIn tale direzione mentre in alcuni ordinamenti si consente solo di posticipare rispetto alla condanna la pronuncia del provvedimento di confisca, anche allargata, al fine di procedere ad ulteriori accertamenti in una sorta di procedimento accessorio al processo penale, come avviene per il *confiscation* inglese, o per l’*Erweiterter Verfall* tedesco o anche per la confisca ex art. 12 *sexies* l. 356/’92 (applicata dal giudice dell’esecuzione³⁰), in altri ordinamenti si consente di iniziare un procedimento *in rem* anche successivamente alla condanna laddove i proventi siano individuati dopo la conclusione del processo penale, ad esempio in Svizzera, oppure la Sez. 22 del POCA 2002 consente di ricalcolare l’ammontare del *confiscation order* successivamente alla conclusione del procedimento, in quanto tale order viene stabilito originariamente in base ai proventi nell’effettiva disponibilità del condannato (sez. 7), che possono essere inferiori a quelli ottenuti dal crimine perchè già consumati, dispersi, nascosti; interessanti, però, le questioni sorte nel recente caso *R v Padma (Gurpreet Singh)*³¹ circa il rischio che il ricalcolo possa comportare la confisca di beni conseguiti successivamente con il lavoro onesto pregiudicando la rieducazione del condannato, considerazioni che potrebbero rendere inopportuna un’applicazione successiva della confisca dei profitti anche se nei limiti dell’effettivo profitto conseguito e originariamente stabilito nel provvedimento di confisca. In quest’ultima ipotesi potrebbe il giudice prendere in considerazione la clausola dell’onerosità, che si esaminerà nel prosieguo.

2.

Il principio di proporzione: la confisca degli strumenti; la clausola dell’onerosità.

L’art. 4 della Direttiva, come accennato, contempla la confisca, totale o parziale, di beni strumentali oltreché dei proventi da reato, anche nella forma per equivalente; è stata già evidenziata in altra sede la necessità di delimitare tale nozione di strumento del reato anche in considerazione della natura punitiva della relativa confisca, nonché la problematicità della confisca per equivalente degli strumenti proprio in considerazione di tale natura punitiva³².

Nel considerando n. 17 della Direttiva, però, si precisa che la confisca degli strumenti del reato³³ può essere applicata “se, alla luce delle circostanze particolari del caso di specie, tale misura è proporzionata, considerato, in particolare, il valore dei beni strumentali interessati”; tale disposizione presuppone che la Direttiva riconosca l’approccio punitivo che può assumere la confisca degli strumenti del reato, al punto da imporre opportunamente il rispetto del prin-

²⁹ Così MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen.* 2011, p. 2342; GIAVAZZI, sub art. 19, in *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, a cura di GIARDA-MANCUSO-SPANGHER-VARRASO, Ipsoa, 2007, p. 176.

³⁰ Cass., sez. I, 18 febbraio 2009 (4 febbraio 2009), n. 6932.

³¹ [2013] EWCA Crim 2330. in *The Journ. of Crim. Law* 2014, 2, p. 110; cfr. DOIG, *Comment revisiting the available amount confiscation of post-acquired legitimate assets*, *ivi*.

³² MAUGERI, *L’actio in rem assurge a modello di “confisca europea”*, cit., p. 255 ss.

³³ Per le problematiche connesse alla delimitazione di tale nozione sia consentito il rinvio a MAUGERI, *L’actio in rem assurge a modello di “confisca europea”*, cit., p. 256 ss.

cipio di proporzione in conformità all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In tale direzione rappresenta un interessante modello il § 74 b, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, – dell'ordinamento tedesco, che impone l'applicazione del principio di proporzione nei confronti della confisca degli strumenti richiedendo di commisurare la sanzione patrimoniale e la pena complessiva alla colpevolezza, o, comunque, di rinunciare alla sua applicazione (o intervenire con sanzioni meno onerose) laddove si rischia di violare il principio di proporzione³⁴. Si dovrà compiere, insomma, un'opera di bilanciamento tra la pena principale e la confisca, in maniera tale che la pena complessiva sia commisurata alla gravità del fatto e alla colpevolezza; tali valutazioni devono risultare espressamente nella sentenza³⁵. Questa norma è considerata un'espressione positiva non solo del principio di proporzione³⁶, ma anche del principio di colpevolezza, quale criterio di commisurazione della pena³⁷.

In termini simili § 19a StGB³⁸ dell'ordinamento austriaco prevede che il *Konfiskation* non si applica se si ritenga sproporzionato rispetto alla gravità del fatto o alla colpevolezza del reo.

Nell'ordinamento italiano la giurisprudenza ha talora escluso l'applicazione nei confronti dei terzi della confisca degli strumenti proprio in considerazione del suo carattere punitivo (come la confisca obbligatoria del veicolo³⁹ o la confisca obbligatoria degli strumenti, anche delle cose destinate, del reato di contrabbando – art. 301, 1 c., d.P.R. n. 43/73, come modificato dall'art. 11 della l. 30 dicembre 1991, n. 413⁴⁰), come d'altra parte espressamente previsto dal legislatore in talune ipotesi (basti pensare alla confisca obbligatoria dell'area sulla quale viene realizzata una discarica abusiva ex art. 6 d.l. 6 novembre 2008, n. 172, prevista solo se il terreno è di proprietà dell'autore del reato⁴¹). Un uso spropositatamente repressivo si registra in relazione alla confisca, ex art. 187 del d.lgs. n. 58/1998, dei beni utilizzati per commettere il reato di abuso di informazioni privilegiate, – art. 184 t.u.f. –, o di manipolazione del mercato, – art. 185 t.u.f. –. La confisca dei beni utilizzati per commettere il reato e cioè dell'ammontare di capitale investito, che potrà avvenire solo per equivalente, assume un carattere assolutamente punitivo, rappresentando una vera e propria pena patrimoniale, anche se la Suprema Corte supera simili obiezioni, non negando la natura punitiva della *confisca per equivalente dei beni utilizzati*

³⁴ Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, pp. 80-81 ss.; LACKNER, § 74 b *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 28 ed. 2014, Rn. 1-5.

³⁵ Cfr. HERZOG, § 74, in *Nomos Kommentar*, IV ed., p. 2615, § 13; ID. § 74 b *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, *ivi*, p. 2631, § 3. Nel caso in cui manca la proporzione il giudice può decidere di diminuire la pena principale se non è possibile intervenire sulla confisca, oppure di diminuire la quantità dei beni da confiscare o di applicare la misura solo a una parte del bene; nei casi limite in cui non è possibile tale intervento, anche per la difficoltà di bilanciare delle grandezze diverse come la pena detentiva e quella patrimoniale, non si applicherà la confisca. Il giudice deve però dimostrare nel suo giudizio di aver compiuto gli sforzi necessari, anche se vani, per applicare la confisca. Nel compiere tale valutazione il giudice deve tenere conto delle conseguenze dell'applicazione della confisca sulla vita futura del reo (criterio di commisurazione sancito dal § 46, par. 1, comma 2, *StGB*); si possono verificare, infatti, delle ipotesi in cui la confisca potrebbe produrre maggiori effetti desocializzanti della pena detentiva, Cfr. HORN, 74 b, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in RUDOLPHI-HORN-SAMSON-GÜNTHER-WOLTER, *StGB Systematischer Kommentar*, Luchterhand, 2007, pp. 37 – 38; SCHULTEHINRICHS, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Zur Problematik der geplanten Vorschrift über den Erweiterten Verfall*, Mainz, Univ., Diss., 1991, p. 97.

³⁶ Tale norma costituisce una delle ipotesi di concretizzazione del divieto di abuso (*Übermaßverbot* – BVerfGE 16, 194, 202), cfr. ESER, § 74 b, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, 28 ed., 2010, p. 816.

³⁷ Cfr. HORN, *op. cit.*, p. 38; SCHULTEHINRICHS, *op. cit.*, p. 97. Il comma 1 (*(1) Ist die Einziehung nicht vorgeschrieben, so darf sie in den Fällen des § 74 Abs. 2 Nr. 1 und des § 74a nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der begangenen Tat und zum Vorwurf, der den von der Einziehung betroffenen Täter oder Teilnehmer oder in den Fällen des § 74a den Dritten trifft, außer Verhältnis steht*) non si applica alla confisca-misura di sicurezza (§ 74 c. 2 Nr. 2) (alla quale si applica il secondo paragrafo nell'ipotesi in cui sia espressamente previsto); in quest'ipotesi la considerazione dell'interesse generale e delle esigenze di prevenzione generale prevalgono imponendo l'applicazione della confisca, indipendentemente dal grado di colpevolezza del reo.

³⁸ (1) Gegenstände, die der Täter zur Begehung einer vorsätzlichen Straftat verwendet hat, die von ihm dazu bestimmt worden waren, bei der Begehung dieser Straftat verwendet zu werden, oder die durch diese Handlung hervorgebracht worden sind, sind zu konfiszieren, wenn sie zur Zeit der Entscheidung im Eigentum des Täters stehen

³⁹ La confisca obbligatoria del veicolo utilizzato per la consumazione del reato assume una evidente finalità afflittiva, più che preventiva, a partire dalla confisca del veicolo in seguito a guida in stato di ebbrezza ai sensi dell'art. 186, c. 2, lett. C, cod. strad., nonché dell'art. 187, c. 7 in relazione al rifiuto di sottoporsi ai controlli alcolimetrici, o 187, c. 1 c. 8, per la guida in stato di alterazione psichica per uso di sostanze stupefacenti. Cfr. GATTA-VIGANÒ, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza*, in *questa Rivista*, 9 dicembre 2010; PARODI, *Successione di leggi in materia di confisca del veicolo e articolo 7 CEDU*, *ivi*, 24 Gennaio 2012.

⁴⁰ Cfr. Corte Cost., 29 gennaio 1987 n. 2, Lucchetti e altri, in *Cass. pen.*, 1987, p. 867 – ha stabilito che, salve le ipotesi in cui esiste un'illiceità obiettiva in senso assoluto della cosa, il principio di personalità della responsabilità penale esclude che possa essere disposta la confisca di cose pertinenti al reato che, al momento della decisione del giudice, siano di proprietà di un soggetto che "non sia l'autore del reato o non ne abbia in alcun modo tratto profitto".

⁴¹ Cfr. ZAINI-TIANI, *Art. 240 c.p.*, in MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato*, I, Milano 2011, p. 2438.

per commettere il reato, ma anzi riconoscendola e giustificandola per esigenze di prevenzione generale e tutela del mercato e dell'economia nazionale, sorvolando per il resto sulla censura di incostituzionalità per violazione del principio di proporzione laddove non è possibile graduare una simile pena⁴². Gli stessi problemi si pongono in relazione alla confisca contemplata dall'art. 187 *sexies*, commi 1 e 2, del T.U. nella parte in cui impongono la confisca degli strumenti finanziari "movimentati" attraverso l'operazione compiuta in violazione dell'art. 187-*bis* (*insider trading*-illecito amministrativo), o del loro controvalore, senza consentire all'autorità amministrativa prima, e al giudice investito dell'opposizione poi, di graduare la misura in rapporto alla gravità in concreto della violazione commessa. Proprio in relazione a tale ultima fattispecie è stata mossa per ben due volte la questione di legittimità costituzionale per contrasto tanto con l'art. 3 Cost. per la palese *irragionevolezza* della sanzione in tal modo comminata, quanto con l'art. 27 Cost., per violazione del principio di *proporzionalità*, da reputare riferibile anche alle sanzioni amministrative⁴³. Dopo aver ritenuto una prima volta inammissibile l'eccezione per oscurità e indeterminatezza del *petitum*⁴⁴; la seconda volta la Corte la rigetta perché si richiederebbe un intervento creativo, e cioè una pronuncia additivo-manipolativa, che – in surrogata dell'attuale obbligo di confisca integrale, anche per equivalente, previsto dalla norma censurata – riconosca all'autorità amministrativa (in sede di irrogazione) e al giudice (nell'ambito del giudizio di opposizione) il potere di «graduare» la misura «in rapporto alla gravità in concreto della violazione commessa»⁴⁵: «la confisca – sia penale che amministrativa – è sempre e soltanto una misura fissa»; nel nostro ordinamento l'alternativa al regime dell'obbligatorietà è quella della facoltatività⁴⁶. La Corte Europea nella recente pronuncia Grande Stevens⁴⁷ fa rientrare nella nozione di materia penale il procedimento amministrativo in questione, sancendo nel caso di specie la violazione del principio del *ne bis in idem* (il diritto a non essere giudicati o puniti due volte), art. 4 del Protocollo n. 7; in un'ottica riformatrice, peraltro, la stessa Consob suggerisce di limitare la confisca di cui all'art. 187-*sexies* al solo "profitto" proveniente dall'illecito, eliminando la confisca dei "beni utilizzati per commetterlo"⁴⁸.

Per il resto l'esigenza del rispetto del principio di proporzione nell'applicazione della confisca degli strumenti del reato non è generalmente presa in considerazione dalla giurisprudenza italiana; sarà interessante, allora, valutare l'opportunità alla luce del considerando n. 17 della Direttiva di inserire una regola che imponga il rispetto del principio di proporzione, soprattutto laddove la confisca assuma un carattere punitivo, anche ai fini del rispetto del principio di colpevolezza come criterio di commisurazione della pena.

In tale prospettiva e non solo, cioè anche in relazione alla confisca del provento dei reati, al considerando n. 18 si ammette l'introduzione della clausola dell'onerosità, già sollecitata dall'emendamento n. 10 proposto dalla Commissione LIBE, laddove "la misura rappresenti un onere sproporzionato per l'interessato o ne determini la rovina economica" in considerazione, come si precisa nella motivazione, di una situazione "di manifesta iniquità". Anche nell'"*Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of crime*" (nel prosieguo FRA OPINION)⁴⁹ si richiede di prevedere che il giudice possa decidere discrezionalmente di rinunciare alla confisca laddove sorga un "*serious risk of injustice*"⁵⁰.

La direttiva, al considerando n. 18, limita rigidamente il ricorso a tale clausola: in circostanze eccezionali "qualora, conformemente al diritto nazionale, essa rappresenti una privazione eccessiva per l'interessato, sulla base delle circostanze del singolo caso, che dovrebbero

⁴² Cass. sez. V, 13 marzo 2012, n. 28486, in *Giur. comm.* 2013, II, p. 210.

⁴³ Corte di Appello di Torino, sez. I civile, ordinanza del 5 ottobre 2010; Corte App. Milano, 30 gennaio 2009, in *Foro Ambr.*, 2009, I, 88; Corte di Appello di Torino, ordinanza del 27 gennaio 2012. Nel senso della natura sostanzialmente "penale" dell'ipotesi di confisca in questione, SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 12; MUCCIARELLI, *Art. 187*, in FRATINI-GASPARRI, *Il testo unico della finanza*, III, Torino, 2012, p. 2420; FRATINI, *Art. 187-sexies, ivi*, p. 2533.

⁴⁴ Corte Cost. 10 giugno 2011, n. 186, in *Cass. pen.*, 2012, p. 89, con nota di PETRONI.

⁴⁵ Corte Cost. 5 novembre 2012, n. 252, § 4. Sui rischi di una deriva punitiva della confisca del profitto sia consentito il rinvio a MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 669 ss.; ID., voce *La confisca nel diritto penale*, in *Enc. Dir.*, Agg., in corso di pubblicazione.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Corte eur. dir. uomo, II Sezione, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010; conforme in materia tributaria Corte eur. dir. uomo, IV Sezione, 20 maggio 2014, Nykänen v. Finland, n. 11828/11.

⁴⁸ Relazione Consob per l'anno 2010, 53, in www.consob.it.

⁴⁹ THE EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), Opinion – 03/2012, *Confiscation of proceeds of crime*, Vienna, 4 December 2012.

⁵⁰ FRA OPINION, cit., § 1.3 (18).

essere determinanti. È opportuno che gli Stati membri facciano un ricorso molto limitato a questa possibilità e abbiano la possibilità di non ordinare la confisca solo quando essa determinerebbe per l'interessato una situazione critica di sussistenza". Si dovrebbe trattare di quell'effetto strangolamento cui subordina l'applicazione dell'*Härtevorschrift* (*Regola dell'onerosità*) (§ 73 c) una parte della dottrina tedesca: viene in considerazione l'*Übermaßverbot* (il divieto di eccessi – il principio di proporzione in senso stretto), ad esempio nell'ipotesi in cui i profitti illegali siano stati reinvestiti e la loro sottrazione comporterebbe la messa in pericolo della stessa esistenza di un'impresa⁵¹.

In ogni caso l'esigenza di rispettare il principio di proporzione dovrebbe rappresentare un freno contro un certo uso improprio nella prassi giurisprudenziale della confisca del profitto, che dovrebbe rimanere uno strumento di riequilibrio economico privo di autentico carattere affittivo – anche se non scevro da finalità di prevenzione generale e speciale –, e viene, invece, utilizzata come una vera e propria "pena patrimoniale" che comporta l'ablazione di beni legittimamente posseduti: come quando la confisca per equivalente viene applicata per intero a ciascuno dei concorrenti⁵² o al concorrente che non ha percepito il profitto⁵³, o la confisca, in particolare "di valore", viene utilizzata per sottrarre beni di valore corrispondente al danno risarcibile, a risparmi di spese non determinabili, a vantaggi futuri⁵⁴, o comunque laddove si applica la confisca del profitto a reati che non hanno prodotto alcun beneficio aggiunto di tipo patrimoniale nel caso di specie (ad esempio in materia di falso in bilancio)⁵⁵; come quando si fa rientrare nel profitto confiscabile con la confisca per equivalente anche l'ammontare della sanzione irrogata per l'illecito tributario⁵⁶ o si ritiene applicabile anche se il profitto non è stato conseguito, perché reato di pericolo⁵⁷. Nell'ordinamento italiano l'introduzione di una c.d. clausola dell'onerosità, che consenta di non applicare la confisca degli strumenti o di mitigarne gli effetti qualora risulti sproporzionata era prevista dall'art. 114, n. 3, del progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Grosso nel 2000 ed è previsto nello "[Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio](#)", recentemente redatto dalla Commissione ministeriale presieduta dal Professore Palazzo⁵⁸.

Simili questioni si sono poste anche nell'ordinamento inglese in cui emerge il timore che

⁵¹ Per ulteriori considerazioni sia consentito il rinvio a MAUGERI, *L'azione in rem assurge a modello di "confisca europea"*, cit., p. 292. Cfr. DREHER-TRÖNDLE, § 73 c *Härtevorschrift*, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47 ed., München 1995, p. 546; FISCHER-SCHWARZ-DREHER-TRÖNDLE, § 73c, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58 ed., München, 2011; LACKNER-KÜHL, § 73 c, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 27 ed., 2011, § 1-3; ESER, § 73 c, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., § 2, p. 1130. Cfr. BGH, 17 giugno 2010 – 4 StR 126/10 (in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung>); BGH, 10 giugno 2009, 2 StR 76/09, *NJW* 2009, 2755 e in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung>; BGH, 28 giugno 2000 – 2 StR 213/00 (LG Aachen), in *NStZ* 2000, p. 590, ha precisato che la scomparsa del profitto conseguito dal patrimonio dell'interessato al momento del provvedimento, e cioè l'ipotesi prevista dal secondo comma e che consente facoltativamente la rinuncia all'applicazione del *Verfall*, non comporta l'ingiusto sacrificio previsto dal primo comma con conseguente rinuncia obbligatoria all'inflazione della confisca. In materia cfr. anche BGH, 5 aprile 2000 – 2 StR 500/99 (LG Kassel), in *NStZ* 2000, p. 480.

⁵² Cass. 28 luglio 2009, n. 33409, Alloum, in *Cass. pen.* 2009, p. 3102; Cass., 13 maggio 2010, n. 21027; *contra* Cour de cassation (2° ch., E), 11 settembre 2013, P.13.0505.F., in *Rev. Dr. Pén. Crim.* 2014, p. 131.

⁵³ Cfr. Cass., S.U., 27 marzo 2008 n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a. e altri. Tra le altre Cass., sez. II, 16 novembre 2012, n. 8740; Cass., sez. II, 6 luglio 2012, n. 35999; Cass., sez. II, 31 maggio 2012, n. 20976; Cass., sez. III, 16 maggio 2012, n. 30140, De Ferrari.

⁵⁴ Cfr. Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748.

⁵⁵ Tribunale di Milano, 3 novembre 2010/3 gennaio 2011; Corte d'Appello di Milano, sez. II, 25 gennaio 2012, Banca Italease S.p.A., in *questa Rivista*, 11 aprile 2012, con nota di SCOLETTA, *In tema di responsabilità dell'ente per reati societari e profitto confiscabile*, *contra* Cass., V sez., 28 novembre 2013 (dep. 4 marzo 2014), Banca Italease S.p.A., n. 10265: "Il profitto confiscabile, richiamato nell'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, è solo quello costituito da un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale dell'ente beneficiario ingenerato dal reato, attraverso la creazione, trasformazione o acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica". Cfr. da ultimo Cass., Sez. V, 3 aprile 2014 (dep. 13 giugno 2014), n. 25450, in *questa Rivista*, 27 giugno 2014, con [nota di Dova](#), il quale precisa che in questo caso il pubblico ministero fa rientrare nella nozione di profitto dell'ente derivante dal reato di manipolazione del mercato «la miglior valutazione da parte delle agenzie di rating e il consolidamento della propria posizione sul mercato», la Suprema Corte precisa che «la nozione di profitto dipendente dal reato di manipolazione del mercato e riferibile sia alla società che agli azionisti indagati, debba presentare i connotati della immediata derivazione e della concreta effettività, ma non coincide necessariamente, quanto alla posizione dell'ente collettivo, con il solo profitto conseguito dall'autore del reato, potendo consistere anche in altri vantaggi di tipo economico che l'ente abbia consolidato e che siano dimostrati». La Corte precisa, inoltre, che «per l'azionista, d'altra parte, valgono ovviamente gli stessi criteri, con la precisazione che il vantaggio può consistere nella acquisizione della plusvalenza delle azioni, come nella evitata perdita di valore, sempre che il vantaggio stesso possa individuarsi con le caratteristiche della effettiva realizzazione e non nella sola "attesa"».

⁵⁶ Cass., sez. III, 4 luglio 2012, n. 11836, in *De Jure*; Cass., sez. III, 23 ottobre 2012, n. 45849, C., in *Guida al diritto*, 2013, 1, p. 81; Cass., sez. III, 19 settembre 2012, n. 1256 e Cass., sez. V, 10 novembre 2011, Mazzieri, n. 1843, *Rv.* 253480.

⁵⁷ Cass., sez. III, 3 luglio 2012, n. 25677. Cfr. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 710 ss. e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata.

⁵⁸ In *questa Rivista*, 10 febbraio 2014.

la confisca del profitto disciplinata dal POCA 2002 diventi una misura draconiana in violazione del principio di proporzione, come è emerso in alcune sentenze particolarmente rigorose⁵⁹ in cui il profitto viene confiscato per intero nei confronti di ciascun concorrente, o in capo al concorrente che non ha ricevuto il profitto o che lo ha restituito al danneggiato⁶⁰; la giurisprudenza ha, quindi, cercato di delimitare l'applicazione della confisca del profitto nel rispetto del principio di proporzione, come emerge nel caso *R v del Basso* [2011] 1 Cr App R (S) e *Waya* [2012] UKSC 51. Nel primo caso la Suprema Corte ha evidenziato l'esigenza di applicare il principio di proporzione per evitare di trasformare la confisca del profitto in una mera pena pecuniaria e di violare l'art. 1 del I Protocollo CEDU, il cui rispetto è imposto dall'Human Rights Act 1998 (HRA); ciò implica che il sacrificio del diritto di proprietà deve essere proporzionato – in quanto deve sussistere un corretto bilanciamento tra i mezzi utilizzati da uno Stato e gli scopi perseguiti –, e, che la Corte non deve applicare la confisca quando non superi il test di proporzionalità. La Corte evidenzia che ai fini del rispetto del principio di proporzione non è rilevante l'afflizione del reo derivante dalla confisca o il danno cagionato dal reato, ma piuttosto il perseguimento degli scopi propri della confisca: «*to punish convicted offenders, to deter the commission of further offences and to reduce the profits available to fund further criminal enterprises and is proportionate to that aim, rather than simply amounting to an additional financial penalty*» (*R v Rezvi* [2002] UKHL 1, [2003] 1 AC 1099). A tal fine non basta utilizzare il s 10(6) POCA che consente di non applicare le presunzioni di uno «stile di vita criminale» del condannato per certi reati (e, quindi, di presumere che tutti i beni conseguiti nei sei anni precedenti sono di origine criminale) se l'imputato ha dimostrato che sono errate (al di sopra del bilancio delle probabilità) o sussiste un serio rischio di ingiustizia («*The combination of these provisions, and especially the latter, ought to mean that to the extent that a confiscation order in a lifestyle case is based on assumptions it ought not, except in very unusual circumstances, to court the danger of being disproportionate because those assumptions will only be applied if they can be made without risk of serious injustice*»), in quanto tale disposizione consente di evitare un uso improprio delle presunzioni, ma non di rispettare in sé il principio di proporzione, fermo restando che «*Proportionality arguments are unlikely to be successful in cases involving a finding of criminal lifestyle due to the safeguards inherent in the phrase "serious risk of injustice"*»⁶¹. Nel caso *Waya*, ancora, la UK Supreme Court ha stabilito che la severità della disciplina «*will have a deterrent effect on at least some would-be criminals. It does not, however, follow that its deterrent qualities represent the essence (or the 'grain' of the legislation. They are, no doubt, an incident of it, but they are not its essence. Its essence, and its frequently declared purpose, is to remove from criminals the pecuniary proceeds of their crime*»⁶²). Nel successivo caso *Harvey* in tale direzione si afferma che la confisca del profitto è sproporzionata se il reo ha già interamente risarcito il danneggiato e non sussiste alcun ulteriore profitto⁶³.

In alcuni ordinamenti europei, poi, si prevede la possibilità di mitigare la confisca laddove risulti eccessiva anche in considerazione della pena inflitta. Ai sensi della sez. 10 del Codice penale finlandese la confisca estesa può essere mitigata se risulta irragionevole in considerazione della tipologia di reato o dei beni coinvolti, della posizione economica del reo e di altre circostanze; anche il codice penale svedese contiene una norma simile nel cap. 36 sez. 1b(4) che esclude l'applicazione della confisca estesa in considerazione di altre conseguenze economiche derivanti dal reato, del fatto che il reo possiede quei beni da molto tempo e che li ha acquistati in buona fede⁶⁴.

⁵⁹ *Crown Prosecution Service (Nottinghamshire) v Rose* [2008] EWCA Crim 239; [2008] 1 W.L.R. 2113; [2008] Crim. L.R. 650; *Ascroft* [2003] EWCA Crim 2365; [2004] 1 Cr. App. R. (S) 56 (p. 326); [2003] Crim. L.R. 894; *Farquhar* [2008] EWCA Crim 806; [2008] 2 Cr. App. R. (S.) 104 (p. 601); [2008] Crim. L.R. 645; *Rowell* [20/1] EWCA Crim 1894.

⁶⁰ *R v May* [2008] UKHL 28, [2008] 1 AC 1028; cfr. BADGER, *R V Waya – Proportionality in confiscation proceedings*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial law* 2013, p. 47; ALLDRIDGE, *Proceeds of Crime Law since 2003 – Two Key Areas*, in *Crim. L. R.* 2014, p. 174; ULPH, *Confiscation orders, human rights, and penal measures*, in *Law Quarterly Rev.* 2010, v. 126, p. 251 ss.

⁶¹ BADGER, *op. cit.*, p. 48.

⁶² *Waya* [2012] UKSC 51; [2013] 1 A.c. 294 at [21].

⁶³ *Harvey*, [2013], EWCA Crim 1104 at [32]. Per ulteriori approfondimenti cfr. ALLDRIDGE, *op. cit.* p. 176 ss.

⁶⁴ BOUCHT, *op. cit.*, p. 158 ss.

3.

La confisca dei proventi nel caso di “confusione”.

La Direttiva, nel definire il concetto di provento del reato nel considerando n. 11, precisa che nel caso di commistione dei proventi del reato con beni di origine lecita, sarà possibile confiscare “fino al valore stimato dei proventi confusi”. Questa precisazione è molto importante contro le tentazioni della giurisprudenza italiana di applicare la confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 (dei beni di valore sproporzionato rispetto al reddito o all’attività economica) o la confisca misura di prevenzione (art. 2 *ter* l. 575/65 e 24 cod. mis. di prev.) nei confronti di interi compendi aziendali, laddove i proventi illeciti siano stati investiti in un’impresa, perché non sarebbe più possibile distinguere lecito dall’illecito, trasformando la confisca allargata in una forma di confisca generale dei beni, una sorta di pena patrimoniale sproporzionata *in palese violazione del principio di legalità e della tutela costituzionale della proprietà privata*, nonché dello stesso principio di proporzione⁶⁵.

Si afferma, infatti, in giurisprudenza: “Al riguardo, la soluzione della Corte di merito appare giuridicamente ineccepibile nel sostenere – sulla base di insegnamento di legittimità⁶⁶, al quale questo Collegio aderisce pienamente – che, nell’insieme aziendale non fosse possibile operare la reclamata distinzione, stante il carattere unitario dell’azienda, che è il risultato combinato e sinergico di capitali, beni strumentali, forza lavoro ed altre componenti, giuridicamente inglobati ed accomunati nel perseguimento del fine rappresentato dall’esercizio dell’impresa, secondo la definizione civilistica (art. 2555 c.c.). Nell’insieme unitario costituente autonoma realtà economico-sociale, proprio perché i vari fattori interagiscono finalisticamente e si integrano vicendevolmente, dando luogo ad un’entità autonoma, non è possibile discernere l’apporto di componenti lecite (riferibili a capacità ed iniziativa imprenditoriale) da quello imputabile ad illecite risorse, tanto più ove il consolidamento e l’espansiva espansione delle aziende del proposto siano stati, sin dall’inizio, agevolati dall’organizzazione mafiosa, in un circuito perverso di illecite cointeressenze (cfr., pure, in tema di sequestro, Sez. 3, n. 6444 del 7.11.2007, Donvito, rv. 238819)”⁶⁷.

Tale tendenza espansiva emerge talora anche nella prassi applicativa della confisca ex art. 416 bis c. 7 (che richiede da parte dell’accusa la dimostrazione o del rapporto di strumentalità rispetto all’attività del sodalizio criminale – le cose che servono o furono destinate –, o del nesso causale con tale attività – prodotto, prezzo, profitto o reimpiego –⁶⁸), nonché ex art. 3 *quinquies* l. 575/65 – oggi art. 34 del cod. antimafia –, nei confronti delle attività che agevolano l’attività del preposto (nei limiti “dei beni che si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego”), per cui si confiscano non i beni di origine illecita ma tutti i beni mezzo nella disponibilità diretta o indiretta del prevenuto. Si trasforma così la confisca antimafia, ex artt. 2 *ter* e 3 *quinquies* l. 575/65, o la confisca estesa ex art. 12 *sexies* o la confisca ex art. 416 bis, c. 7, in uno strumento di aggressione delle attività imprenditoriali in qualche modo contaminate, indipendentemente da quale sia l’origine del patrimonio o la porzione degli interessi di origine illecita.

Una simile interpretazione *viola il principio di legalità*, perché l’art. 2 *ter* e l’art. 3 *quinquies* consentono la confisca solo dei beni che siano frutto o reimpiego e nella misura in cui siano frutto o reimpiego, così come la confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 consente solo la confisca dei beni di valore sproporzionato o comunque dello scompensato tra redditi leciti e situazione

⁶⁵ MAUGERI, Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo, in MAZZA-VIGANO, Il “Pacchetto sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94), Torino 2009, p. 425; ID., Dall’ actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un’unica strategia politico criminale contro l’infiltrazione criminale nell’economia?, in VISCONTI-FIANDACA, Scenari attuali di mafia. Analisi e strategie di intervento, Torino 2010, pp. 297 ss.; ID., La confisca ex art. 3 *quinquies* l. 575/65: la nozione di agevolazione e l’oggetto della confisca, in questa Rivista, 29 giugno 2011; Trib. di Palermo, sez. misure di prev., 25 settembre 2013, S., inedita; [Cass., sez. V, 17 dicembre 2013 \(dep. 17 marzo 2014\), n. 12493, Cinà](#)

⁶⁶ Cass., Sez. 5, 30 gennaio 2009, Baratta, n. 17988, Rv. 244802; Cass., Sez. 2, 8 febbraio 2007, n. 5640, Schimmenti.

⁶⁷ Cass., 23 gennaio 2014, n.16311.

⁶⁸ Cass. sez. II, 4 marzo 2005, n. 9954, De Gregorio, in *Cass. pen.* 2006, 2, p. 607, Rv. 231029, la previsione di “obbligatorietà della confisca non comporta alcuna presunzione sotto il profilo della strumentalità delle cose che si intendono sequestrare”, ma si richiede l’accertamento di “una relazione specifica e stabile” tra il bene e l’illecito “che testimoni l’esistenza di rapporto strutturale e strumentale”; conformi Cass., Sez. Un., 26 ottobre 1985, Piromalli, in *Giur. it.* 1986, II, c. 209; Cass. 26 ottobre 1985, Avignone, in *Ced. Cass.* 00007, Rv. 171063; Cass. 6 giugno 1992, in *Ced. Cass.* n. 06784., Rv. 190545; TURONE, *Problematiche giuridiche attinenti alla dimensione economica delle associazioni mafiose*, in *Quad. del C.S.M.* 1998, I, p. 481 ss.; BARAZZETTA, *Art. 416 bis*, in *DOLCINI-MARINUCCI, Codice penale commentato*, cit., p. 4310; PICCIRILLO, *Art. 416 bis*, in *Codice delle confische e dei sequestri*, Roma 2012, p. 686; PISA, *Art. 416 bis*, in *CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ, CCBP Cedam* 2011, p. 1437.

patrimoniale del reo in un lasso di tempo determinato⁶⁹ e la confisca ex art. 416 bis, c. 7, come affermato dalla Suprema Corte, “non concerne tutti i beni comunque acquistati dai singoli associati in un determinato periodo, ma va riferita esclusivamente ai beni che servono ... o che ne costituiscono l'impiego”⁷⁰.

Contro una simile dilatazione dell'ambito di applicazione delle forme di confisca in questione la Suprema Corte si è, del resto, ripetutamente pronunciata affermando, anche recentemente, innanzitutto che «Le disposizioni che disciplinano il sequestro e la successiva confisca di prevenzione – in specie l'art. 2-ter legge n. 575 del 1965 – non consentono di colpire indiscriminatamente tutti i beni dei soggetti appartenenti alle categorie alle quali sono applicabili dette misure patrimoniali, bensì solo quelli di valore sproporzionato al reddito dichiarato o alla attività economica svolta ovvero che ... siano frutto di attività illecite o che ne costituiscano il reimpiego»⁷¹.

«Non si pongono problemi nei casi in cui il bene confiscato, per intero e nel suo complesso, ab origine risulti acquisito al patrimonio del soggetto per effetto diretto o mediato di provenienza da attività illecite; esiste invece la necessità di stabilire i limiti di operatività dell'effetto ablativo nelle ipotesi in cui il reimpiego del denaro, proveniente da fonte sospetta di illiceità penale, avvenga mediante addizioni, trasformazioni o miglioramenti di beni già nella lecita disponibilità (“già nella disponibilità del soggetto medesimo, in virtù di pregresso acquisto del tutto giustificato dal titolo dimostrato lecito”), esigenze di rispetto del principio di proporzione e del diritto di proprietà, ex art. 42 Cost., imporrebbero di restringere l'ambito di applicazione della confisca in esame alla quota ideale del bene, rapportata al maggiore valore assunto per effetto del reimpiego dei profitti illeciti, e valutata al momento della confisca»⁷². Il provvedimento ablativo deve essere rispettoso del generale principio di equità e, per non contrastare il principio costituzionale di cui all'art. 42 Cost., non può coinvolgere il bene nel suo complesso, ma, nell'indispensabile contemperamento delle generali esigenze di prevenzione e difesa sociale con quelle di garanzia della proprietà privata, deve essere limitato al valore del bene, proporzionato all'incremento patrimoniale ingiustificato per il reimpiego in esso effettuato di profitti illeciti: il che si realizza mediante la confisca della quota ideale del bene, ...”⁷³; “poiché il reimpiego avviene mediante addizioni, accrescimenti, trasformazioni o miglioramenti dei beni già nella legittima disponibilità del soggetto, l'effetto ablativo deve essere limitato al valore del bene acquisito in conseguenza del reimpiego e, cioè, all'incremento patrimoniale ingiustificato”⁷⁴.

La Suprema Corte sottolinea da ultimo, l'esigenza di “un'analisi selettiva, per differenziare quanta parte di redditività possa ragionevolmente imputarsi alla fruibilità (e conseguente utilità economica) di illeciti apporti finanziari e quanta parte possa, viceversa, ritenersi risultato economico di disponibilità finanziarie lecite e legittimamente investite”, con l'invito a compiere tale “attività di rivisitazione ... sulla base di dati economici-finanziari di sicuro affidamento”⁷⁵.

L'obbligo di interpretazione conforme scaturente dall'entrata in vigore della Direttiva impone, quindi, di accogliere tale orientamento garantista della Suprema Corte contro indebite interpretazioni estensive delle forme di confisca antimafia e, in particolare, “allargata” dell'ordinamento italiano che, sfruttando la confusione dei proventi illeciti con gli assetti patrimoniali leciti, tendono a trasformare la confisca dei proventi del reato in forme di confisca generale dei beni.

⁶⁹ MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., p. 425; Id., *Dall' actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., pp. 297 ss.; da ultimo Id., *La confisca ex art. 3 quinquies l. 575/65: la nozione di agevolazione e l'oggetto della confisca*, in questa Rivista, 29 giugno 2011.

⁷⁰ Cass., sez. I, 1 aprile 1992, Bruno e altro, in *Cass. pen.* 1993, p. 1987.

⁷¹ Cass. 22 febbraio (24 maggio) 2012, n. 19623, Spinelli; Cass., sez. I, 6 giugno 2012, n. 40254. N.d.r. corsivo aggiunto.

⁷² Cass., sez. VI, 24 febbraio 2011 (dep. 14 marzo 2011), n. 10219; Cass., sez. 6, 28 marzo 2007, n. 30131 Cc. (dep. 24 luglio 2007), Rv. 237327, Frangiamore; Cass., 2 marzo 1999, Morabito, Rv. 214781; Cass., 24 gennaio 1995, Laudani, in *Cass. pen.* 1996, n. 544, p. 922.

⁷³ Cass., 22 febbraio (24 maggio) 2012, n. 19623, Spinelli; Cass., sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 25341, Meluzio; Cass., 4 luglio 2007, n. 33479, Richichi; Cass., 24 gennaio 1995, Laudani, in *Cass. pen.* 1996, n. 544, p. 922.

⁷⁴ Cass., 28 marzo 2002, Ferrara, in *Cass. pen.* 2003, p. 611 s.; Cass., 13 marzo 1997 (dep. 12 giugno 1997), n. 1105, Mannolo, in *Cass. pen.* 1998, n. 1070, p. 1774; Cass., 23 marzo 2007, n. 18822; Cass., sez. I, 17 maggio 2012, n. 25464, G.N., in *Diritto & Giustizia* 2012, 2 luglio; sostanzialmente conforme Cass., sez. I, 22 aprile 2013 (dep. 9 luglio 2013), n. 29186.

⁷⁵ Cass., 25 gennaio 2012, sez. V, n. 17739, Richichi-Vadalà; cfr. Trib. Napoli, sez. app. mis. prev., 6 luglio 2011 (dep.), Pres. ed est. Menditto. Cfr. PIGNATONE, *Le recenti modifiche alle misure di prevenzione patrimoniale (l. 125/2008 e l. 94/2009) e il loro impatto applicativo*, in FIANDACA-VISCONTI, *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino 2010, p. 334 s.

4.

La confisca nei confronti dei terzi.

L'art. 6 della Direttiva (considerando n. 24) disciplina la confisca presso terzi dei profitti del reato o di beni di valore equivalente, nell'ipotesi in cui siano stati trasferiti o alienati a terzi per eludere la confisca, perlomeno se i terzi sapevano o avrebbero dovuto sapere che lo scopo del trasferimento o dell'acquisto era di impedire la confisca in base a fatti concreti e circostanze, inclusa la circostanza che il trasferimento o l'acquisto fosse gratuito o in cambio di un ammontare significativamente inferiore al valore di mercato; ferma restando la garanzia della tutela dei diritti dei terzi in buona fede⁷⁶.

La versione approvata dell'art. 6 ha opportunamente accolto molte delle proposte di emendamento della Commissione LIBE (emendamento n. 37) volte a semplificare la norma originaria inutilmente ridondante.

Nel considerando n. 24 si precisa, innanzitutto, la necessità di consentire la confisca presso i terzi, sia persone fisiche sia persone giuridiche, cui il profitto sia pervenuto, *ivi* compreso quando il reato è stato commesso per loro conto o a loro vantaggio; si riprende il *considerando* 13 *ter* introdotto con l'emendamento 14 della Commissione LIBE, esaminato in altra sede⁷⁷.

In tale direzione nell'ordinamento italiano il concetto di estraneità al reato (ai fini della confisca del profitto ex art. 240 c.p., 322 *ter*, 19 d.lgs. n. 231/2001) non è limitato all'assenza di concorso nella commissione del reato ma si estende anche all'assenza di benefici derivanti dallo stesso, sicché non può ritenersi "estraneo" il soggetto che ne abbia comunque tratto vantaggio⁷⁸. In tale direzione nel progetto Grosso è prevista la possibilità di applicare la confisca del profitto anche alla persona estranea al reato che ne abbia beneficiato (*art. 114, n. 5*) (nei limiti del disponibile) e una norma simile è prevista nel progetto Palazzo, sopra citato⁷⁹; una tale disposizione sembra fondamentale per consentire una maggiore efficienza delle misure in esame, salva la tutela dei diritti del terzo acquisiti in buona fede.

Non è stato correttamente accolto nella versione approvata dell'art. 6 l'emendamento 34, proposto dalla Commissione Libe, che aggiungeva gli "strumenti" del reato tra gli oggetti della confisca; tale emendamento sembrava poco opportuno in considerazione del carattere punitivo che finisce per assumere una tale forma di confisca, rappresentando gli *strumenti* beni legittimamente posseduti dal reo seppure utilizzati per uno scopo criminale, e quindi piuttosto discutibile la sua applicazione presso terzi, tranne nell'ipotesi in cui siano stati fraudolentemente trasferiti a terzi per sottrarli alla confisca o in cui si tratta di beni il cui possesso è vietato o sottoposto ad autorizzazioni amministrative, come previsto dall'art. 240 c.p., c. 2.

Si può valutare positivamente, invece, l'accoglimento di altri emendamenti proposti dalla Commissione LIBE e, innanzitutto, con l'emendamento n. 36 l'eliminazione della frase che prevedeva la confisca dei proventi presso terzi nell'ipotesi in cui i beni fossero suscettibili di restituzione ("La confisca dei proventi di reato o di beni di cui al paragrafo 1 è possibile qualora i beni siano suscettibili di restituzione, oppure laddove"); frase che avrebbe potuto ingenerare degli equivoci lasciando intendere che se i beni fossero stati suscettibili di restituzione si dovesse procedere sempre nei confronti dei terzi, anche in mancanza delle condizioni oggettive e soggettive richieste dai commi seguenti⁸⁰.

Nella versione emendata della proposta di Direttiva si richiedeva, nel consentire la confisca presso i terzi dei beni confiscabili in quanto di origine illecita e degli eventuali beni di origine lecita trasferiti a terzi per sottrarli alla confisca di valore, la soddisfazione *alternativamente*, e non cumulativamente come nella Proposta originale, di due condizioni: dal punto di vista oggettivo "i proventi di reato o i beni siano stati trasferiti a titolo gratuito o in cambio di un importo notevolmente inferiore al loro valore di mercato"; dal punto di vista soggettivo, il terzo fosse consapevole ("era al corrente") dell'origine illecita dei beni o, se si tratta di altri beni (di origine lecita), del fatto che siano stati trasferiti per sottrarli alla confisca per equivalente,

⁷⁶ Cfr. ampiamente MAUGERI, *op. cit.*, p. 201; ID., *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea"*, cit., p. 283 ss.

⁷⁷ Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea"*, cit., p. 284 ss. anche per la comparazione con l'ordinamento tedesco.

⁷⁸ Trib. del riesame di Milano, caso Unicredit, sfociato in Cass., 10 gennaio 2013, n. 1256; *contra* Cass., 19 settembre 2012, n. 1256, P.a. e altro, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 464, con nota di D'AVIRRO.

⁷⁹ In *questa Rivista*, 10 febbraio 2014.

⁸⁰ MAUGERI, *op. cit.*, p. 201.

oppure, in mancanza di tale consapevolezza, che si trovi in una situazione di *incauto affidamento* nel senso che “una persona ragionevole nella sua stessa posizione avrebbe sospettato, in base a circostanze e fatti concreti” dell’origine illecita dei beni oppure, nel caso di altri beni, del fatto che siano stati trasferiti al fine di evitare la confisca. Nella versione definitiva le due condizioni non risultano più alternative: *si è in tal modo eliminato il rischio, evidenziato in altra sede*⁸¹, *di ammettere delle presunzioni di colpevolezza in capo al terzo laddove si fossero verificate le circostanze oggettive, in mancanza di un accertamento dell’elemento soggettivo*; ferma restando comunque la tutela dei terzi in buona fede (art. 6, c. 2), si richiede la consapevolezza o la colpa (l’incauto affidamento) del terzo, rispetto al quale gli elementi oggettivi sono indicati solo come esempi di circostanze e fatti concreti (“sulla base di fatti e circostanze concreti, ivi compreso il fatto”) dai quali desumere, in base alle normali regole sulla prova dell’elemento soggettivo, la consapevolezza o la colpa del terzo.

Fermo restando che l’art. 6 recita anche in questo caso “almeno”, aprendo all’ammissibilità di meno garantistiche disposizioni nei confronti del terzo, come le presunzioni di conoscenza ammesse nell’ordinamento italiano: la presunzione semplice di disponibilità del bene da parte dell’indiziato se il terzo sia il coniuge, il figlio od il convivente nell’ultimo quinquennio in virtù del disposto sull’art. 2 *bis* l. 575/65 o art. 19, c. 3, cod. mis. di prev., o le presunzioni di fittizietà delle intestazioni previste dall’art. 2 *ter*, c. 13, e 26 cod. mis. di prev., in base alle quali si presume il carattere fittizio dei trasferimenti e delle intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione⁸². *Il legislatore europeo costruisce una norma compatibile con il rispetto del principio di colpevolezza e, quindi, la tutela della buona fede del terzo, ma apre a più drastiche scelte di politica criminale volte a fare prevalere l’efficienza sulle garanzie, tentando di assicurare l’applicazione della confisca contro i tentativi del reo di frustrarne l’applicazione.*

In ogni caso la seconda ipotesi – “una persona ragionevole nella sua stessa posizione avrebbe sospettato, in base a circostanze e fatti concreti” – deve essere interpretata come *un’ipotesi colposa*, in cui la persona ragionevole rappresenta il parametro di valutazione della colpa, l’agente modello soggettivizzato in considerazione del bagaglio di conoscenze ed esperienze del soggetto agente, e non come una mera presunzione di conoscenza in presenza di eventuali “circostanze e fatti concreti”.

La “Commissione LIBE” proponeva l’introduzione della fattispecie di *Attribuzione fittizia di beni a terzi*, accogliendo le sollecitazioni della Risoluzione del parlamento del 2011; la Commissione sembrava ispirata dalla disciplina italiana, richiamando con l’art. 6 *bis* la fattispecie di trasferimento fraudolento di valori prevista dall’art. 12 *quinqies* D.L. 306/1992 che incrimina autonomamente la condotta del reo volta al sottrarre i beni alla confisca. Il Legislatore europeo non ha ritenuto opportuno imporre l’introduzione di tale ulteriore fattispecie che è evidentemente ispirata ad esigenze di semplificazione probatoria e determina delle complesse situazioni di sovrapposizioni di provvedimenti di confisca a diverso titolo⁸³.

5. La confisca allargata (art. 5).

Per combattere l’accumulazione di patrimoni illeciti da parte della criminalità economica e/o organizzata la Direttiva all’art. 5 prevede una forma di confisca c.d. estesa “Member States shall adopt the necessary measures to enable the *confiscation*, either in whole or in part, of property belonging to a person convicted of a criminal offence *which is liable to give rise, directly or indirectly, to economic benefit, where a court, on the basis of the circumstances of the case, including the specific facts and available evidence, such as that the value of the property is disproportionate to the lawful income of the convicted person, is satisfied that the property in question is derived from criminal conduct*” (“Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter

⁸¹ MAUGERI, *L’actio in rem assurge a modello di “confisca europea”*, cit., p. 286.

⁸² Si presume, inoltre, la fittizietà dei trasferimenti e delle intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell’ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado. Cfr. Cass., sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 10153, C. e altro, in *www.dejure.it*.

⁸³ MAUGERI, *L’actio in rem assurge a modello di “confisca europea”*, cit., p. 288; per ulteriori approfondimenti sulla tutela dei terzi anche in ambito comparatistico sia consentito il rinvio a MAUGERI, *op. cit.*, p. 202 ss.

procedere alla confisca, totale o parziale, dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico, laddove l'autorità giudiziaria, in base alle circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, come il fatto che il valore dei beni è sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata, sia convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose"). Si tratta di una forma di confisca allargata, nel senso che non si richiede l'accertamento del nesso causale tra i beni da confiscare e specifici reati, ma il provvedimento di confisca si estende a tutti i beni che il giudice ritenga di origine criminale; la sua applicazione presuppone, innanzitutto, la condanna definitiva per uno dei reati ai quali si applica la direttiva.

Nel considerando n. 19 si precisa che tale forma di confisca viene concepita, innanzitutto, come strumento di lotta contro l'accumulazione di capitali illeciti da parte della criminalità organizzata: "I gruppi criminali si dedicano ad una vasta gamma di attività criminose. Allo scopo di contrastare efficacemente le attività della criminalità organizzata, vi possono essere situazioni in cui è opportuno che la condanna penale sia seguita dalla confisca non solo dei beni associati a un dato reato, ma anche di ulteriori beni che l'autorità giudiziaria stabilisca costituire proventi da altri reati". La Direttiva intende proporre, quindi, un unico modello di confisca "estesa", attraverso "un unico insieme di norme minime", per perseguire l'armonizzazione e il conseguente mutuo riconoscimento, rimediando alla mancata implementazione della decisione quadro n. 212/2005 che non è riuscita a favorire l'armonizzazione in materia in quanto ha previsto "tre diverse serie di condizioni minime tra cui gli Stati membri possono scegliere per applicare la confisca estesa. Conseguentemente, in sede di recepimento di tale decisione quadro, gli Stati membri hanno scelto opzioni diverse, da cui sono derivati concetti diversi di confisca estesa nelle giurisdizioni nazionali. Tale divergenza ostacola la cooperazione transfrontaliera nei casi di confisca" (considerando n. 19).

Lo stesso art. 5, al comma 2, stabilisce l'ambito di applicazione "minimo" e imprescindibile della "confisca estesa", nel senso che gli Stati non possono sottrarsi alla sua implementazione in relazione ai reati elencati senza risultare inadempienti rispetto agli obblighi derivanti dalla Direttiva; si tratta in realtà di un ambito piuttosto ampio perché ricomprende in conclusione non solo i reati espressamente indicati ma anche tutti quelli compresi nell'art. 3 della Direttiva, almeno laddove punibili "e) ai sensi del pertinente strumento di cui all'articolo 3 o, se lo strumento in questione non precisa una soglia di punibilità, ai sensi del diritto nazionale in materia, con una pena detentiva pari, nel massimo, ad almeno quattro anni". La norma risulta piuttosto ridondante laddove elenca dei reati già contemplati dall'art. 3, salvo a specificare le fattispecie previste nelle rispettive direttive e a non richiedere la punibilità nel massimo ad almeno quattro anni per i reati espressamente elencati.

Nonostante, quindi, la direttiva sottolinei, innanzitutto, l'opportunità, come evidenziato nel considerando n. 19, di applicare la confisca estesa nel settore della lotta alla criminalità organizzata, in realtà non limita la sua applicazione a tale settore sia perché comunque le disposizioni in essa previste si possono applicare a tutti i reati contemplati nelle direttive elencate all'art. 3, non necessariamente consumati in forma organizzata, sia perché si potrà applicare a tutti i reati che saranno soggetti all'armonizzazione in base all'art. 83, § 2 (come sancito nell'art. 3, ultimo comma). Si osservi, del resto, che, dopo avere precisato nel testo dell'art. 5 che la confisca estesa si applica a persone condannate "per un reato suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico" – precisazione piuttosto pleonastica –, nel considerando n. 20 si precisa che "Nel determinare se un reato possa produrre un vantaggio economico, gli Stati membri possono tener conto del *modus operandi*, ad esempio se il reato è caratterizzato dall'essere stato commesso nell'ambito della criminalità organizzata o con l'intento di generare profitti leciti da reati. Tuttavia, ciò non dovrebbe, in generale, pregiudicare la possibilità di fare ricorso alla confisca estesa". Non viene sostanzialmente accolta la scelta di politica criminale più garantista di delimitare l'ambito di applicazione della confisca al settore della lotta al crimine organizzato; si dovrebbe comunque trattare di una sorta di criminalità professionale, dedicata a reati capaci di produrre profitto e quindi quell'accumulazione patrimoniale, rispetto alla quale diventa complesso provare il nesso causale tra uno specifico bene e uno specifico reato, facendo emergere la necessità di utilizzare una forma di confisca allargata

(si parla di “habitually committed serious offenses aimed at creating gain”⁸⁴).

L’art. 5 della Direttiva non fa più esplicito riferimento allo standard della prova civilistico, come invece prevedeva l’originario art. 4 (“l’autorità giudiziaria ritenga molto più probabile che i beni in questione siano stati ottenuti dal condannato mediante attività criminali analoghe, piuttosto che da attività di altra natura”), ma si continua a fondare la confisca allargata su tale standard probatorio; nel considerando n. 21 si precisa, infatti, che, anche se “la confisca estesa dovrebbe essere possibile quando un’autorità giudiziaria è convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose”, non deve essere accertato che i beni siano derivati dall’attività criminale (“Ciò non significa che debba essere accertato che i beni in questione derivano da condotte criminose”) e si precisa che “Gli Stati membri possono disporre, ad esempio, che sia sufficiente che l’autorità giudiziaria ritenga, in base ad una ponderazione delle probabilità, o possa ragionevolmente presumere, che sia molto più probabile che i beni in questione siano il frutto di condotte criminose piuttosto che di altre attività”. Si accoglie espressamente lo standard civilistico: “in base ad una ponderazione delle probabilità” “che sia molto più probabile” o, comunque, si ritiene sufficiente il “ragionevolmente presumere”⁸⁵.

Nell’art. 5, inoltre, nella versione inglese si usa l’ambigua espressione “*where a court ... is satisfied*”, termine che esprime sicuramente un più basso standard probatorio rispetto al “*fully convinced*” (“*where a national court based on specific facts is fully convinced*”), utilizzato nella Decisione quadro n. 212/2005 all’art. 3 che prevede i poteri di confisca allargata; quest’ultimo con la nozione di piena convinzione richiama lo standard penalistico dei sistemi di *civil law* equiparabile allo standard penalistico dei sistemi di *common law*, “al di sopra di ogni ragionevole dubbio”⁸⁶. La traduzione italiana di tale espressione dell’art. 5 della Direttiva, “*where a court ... is satisfied*”, non rende tale profilo perché si usa l’espressione “laddove l’autorità giudiziaria, sia convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose”, espressione utilizzata anche per tradurre il ben più pregnante “*is ... convinced*”, utilizzato per esprimere lo standard penalistico nella decisione quadro n. 205/212 (anche se in quel caso si aggiunge “*fully*”). In ogni caso il considerando n. 21 con il suo contenuto esplicativo non consente dubbi laddove si accontenta della ponderazione delle probabilità in base alle quali si ritenga più probabile⁸⁷.

Rimangono, quindi, valide le perplessità relative all’adozione dello standard civilistico, espresse in relazione alla proposta di direttiva⁸⁸.

Si continua ad inserire nel considerando n. 21 e non nel testo della norma (art. 5), l’aggettivo “molto” (più probabile) che dovrebbe esprimere un rafforzamento delle garanzie, una sorta di standard civilistico rafforzato: qualcosa di più del 51%, che fa pensare allo standard della prova *intermedio* conosciuto negli ordinamenti di *common law*, “prova chiara ed evidente”. La versione inglese è più ambigua in realtà, non richiedendo che sia “molto più probabile” ma piuttosto semplicemente che sia “*substantially more probable*” (“*be sufficient for the court to consider on the balance of probabilities, or to reasonably presume that it is substantially more probable, that the property in question has been obtained from criminal conduct than from*

⁸⁴ Cfr. BOUCHT, *op. cit.*, p. 144, che parla di “*habitual criminality at national level*”; “it would be sensible to include into the sphere of extended confiscation at national level property belonging to individuals (or members of an unorganised group) leading a *criminal lifestyle*, at least concerning more serious offenses aimed at generating profit”.

⁸⁵ (21) “*Extended confiscation should be possible where a court is satisfied that the property in question is derived from criminal conduct. This does not mean that it must be established that the property in question is derived from criminal conduct. Member States may provide that it could, for example, be sufficient for the court to consider on the balance of probabilities, or to reasonably presume that it is substantially more probable, that the property in question has been obtained from criminal conduct than from other activities. In this context, the court has to consider the specific circumstances of the case, including the facts and available evidence based on which a decision on extended confiscation could be issued...*”.

⁸⁶ Cfr. MAUGERI, *La lotta contro l’accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 574 ss.. Da ultimo cfr. Cass., Sez. I, 12 giugno 2013 (c.c. 14 febbraio 2013), n. 25834 – D.F.A., in *Dir. pen. e proc.* 2014, p. 572, con nota di POLIDORI, *Prova indiziaria e giudizio di colpevolezza «oltre ogni ragionevole dubbio»*: “Il giudizio di colpevolezza, che superi ogni ragionevole dubbio, ben può essere sostenuto da un compendio probatorio di natura indiziaria, intendendosi per tale un complesso di prove esclusivamente indirette, purché queste possano essere significative al pari della prova rappresentativa, non essendo qualificativo dell’indizio né la fonte né l’oggetto della prova, ma il suo contenuto ed il suo grado di persuasività”.

⁸⁷ La traduzione italiana dell’art. 4 dell’originaria proposta di direttiva si prestava meglio allo standard civilistico laddove si limitava a richiedere che “l’autorità giudiziaria ritenga molto più probabile”: “1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per poter procedere alla confisca totale o parziale dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato laddove, sulla base di fatti specifici, l’autorità giudiziaria ritenga molto più probabile che i beni in questione siano stati ottenuti *dal condannato* mediante attività *criminali analoghe*, piuttosto che da attività di altra natura”.

⁸⁸ MAUGERI, *op. cit.*, p. 186 ss.

other activities”); la versione francese “*nettement plus probable*”⁸⁹ è più chiara nel richiedere che la probabilità a favore dell’origine illecita debba prevalere in maniera decisa sulle probabilità contrarie, si potrebbe dire in “maniera chiara ed evidente”. Fermo restando che non è possibile pretendere lo standard penalistico, allora, si potrebbe parlare di uno standard civilistico rafforzato: un “sicuro più probabile che no” in relazione all’origine criminale⁹⁰. Questa sembra l’interpretazione preferibile in chiave garantistica.

L’art. 8 in materia di garanzie non fa più riferimento allo standard civilistico perché non si afferma più “Nei procedimenti di cui all’articolo 4, l’indagato o l’imputato hanno l’effettiva possibilità di contestare la probabilità in base alla quale i beni in questione sono considerati proventi di reato”, come previsto nella Proposta di Direttiva, ma si stabilisce in maniera più neutra che “Nei procedimenti di cui all’articolo 5, l’interessato ha l’effettiva possibilità di impugnare le circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili in base ai quali i beni in questione sono considerati come derivanti da condotte criminose”. Questo cambiamento nel testo dell’art. 8 è coerente con il fatto che nel testo dell’art. 5 non si fa più esplicito riferimento al più probabile che no, come invece previsto nell’art. 4 della Proposta di Direttiva, e rimane compatibile con uno standard civilistico rinforzato o, meglio, con lo standard intermedio della prova “chiara ed evidente”.

L’art. 5 in esame stabilisce, poi, che l’accertamento deve essere fondato sulle “circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili”, il riferimento a “fatti specifici ed elementi di prova” sembrerebbe escludere la possibilità di fondare la confisca sulla base di meri sospetti (mera congettura ipotetica), che non assumono per lo meno la dignità di indizi⁹¹, se non di una vera e propria prova; l’uso del plurale, “fatti specifici ed elementi di prova”, indica che sono necessari una pluralità di indizi, e non un unico indizio per quanto significativo come la sproporzione, pur espressamente indicata come indizio significativo. In tale direzione la Corte europea dei diritti dell’uomo, pur ammettendo forme di confisca allargata, ha sancito che non possono essere fondate su “meri sospetti”⁹². Nella decisione quadro 212/2005 si richiedono in termini simili “fatti circostanziati”. Nella FRA Opinion si evidenzia che le presunzioni su cui si fondano i poteri estesi di confisca (che il reo ha realizzato altri reati, dai quali siano derivati altri proventi) devono essere corroborate da prove concrete, come emerge nella Proposta di Direttiva laddove richiede che la Corte fondi la sua decisione su “fatti specifici”⁹³.

Si consideri, in ogni caso, che laddove la forma di confisca allargata viene applicata nei confronti di un soggetto condannato per partecipazione in un’organizzazione criminale o per reati realizzati in forma professionale e fonte di illecito arricchimento, il più basso standard della prova, civilistico rinforzato, rispetto all’origine dell’illecito arricchimento è maggiormente giustificato⁹⁴; i problemi si accentuano quando la confisca allargata viene applicata in seguito alla condanna per un singolo reato non inserito in un contesto di crimine organizzato o professionale, come avviene ad esempio in relazione alla confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 che può essere applicata anche in base alla condanna per peculato mediante profitto dell’errore

⁸⁹ «Les États membres peuvent prévoir qu’il serait suffisant, par exemple, que la juridiction juge selon le critère de la plus grande probabilité ou suppose raisonnablement qu’il est nettement plus probable que les biens en question aient été obtenus par des activités criminelles plutôt que par d’autres activités».

⁹⁰ MAUGERI, *op. cit.*, p. 187; cfr. BOUCHT, *op. cit.*, p. 137.

⁹¹ Cfr. POLIDORI, *op. cit.*, p. 575: “se la prova diretta, per sua natura, rappresenta il thema probandum, mentre l’indizio è solo un fatto noto da cui desumere per abduzione quel fatto ignoto che integra il thema probandum, la capacità dimostrativa dell’indizio non è qualificabile come “maggiore” o “minore” aprioristicamente, in base ad un dato puramente formale. Solo in sede di valutazione finale del materiale probatorio si potrà verificare la maggiore o minore efficacia persuasiva della prova diretta rispetto alla prova per indizi o viceversa”; cfr. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, Torino, 1970, p. 526.

⁹² Commission Eur., 15 aprile 1991, Marandino, no. 12386/86, in *Decisions et Rapports* (DR) 70, p. 78; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 22 febbraio 1994, Raimondo v. Italy, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme* 1994, Série A vol. 281, p. 7; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 25 marzo 2003, Madonia c. Italia, n. 55927/00, in *www.coe.it*, p. 4; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 5 luglio 2001, Arcuri e tre altri c. Italia, n. 52024/99, *ivi*, p. 5; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 4 settembre 2001, Riela c. Italia, n. 52439/99, *ivi*, p. 6; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, n. 399/02 *ivi*, p. 8.

⁹³ FRA Opinion, 2.2.1. (26): “The underlying assumption is that a person, who has once committed an offence, may be suspected to have also committed other offences, on which basis assets in this person’s possession can be assumed to result from other offences. These combined assumptions require corroboration by real evidence. The text of the proposal admits this by highlighting the necessity that a court should base its decision “on specific facts”.

⁹⁴ Cfr. BOUCHT, *op. cit.*, p. 148.

altrui (art. 316 c.p.) o l'utilizzazione d'invenzioni o scoperte conosciute per ragione di ufficio (art. 325 c.p.).

Si legittima, poi, nel considerando n. 21 l'adozione di *presunzioni* purché ragionevoli o comunque si prevede che il giudice possa ragionevolmente presumere l'origine illecita, anche se si sottolinea che la Corte si deve fondare sulle "circostanze specifiche del caso, compresi i fatti e gli elementi di prova disponibili in base ai quali può essere adottata una decisione di confisca estesa"; quindi rimane l'esigenza di fondarsi su una pluralità di specifici fatti e prove, ma si richiamano le presunzioni su cui le confische allargate sono spesso fondate, ritenute dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo conformi all'art. 6 CEDU purché confutabili, nel senso che siano garantiti i diritti della difesa. In tale direzione del resto la Corte EDU non solo ha sempre riconosciuto l'ammissibilità di presunzioni di fatto e di diritto ai fini dell'applicazione di forme di confisca allargata, come la confisca misura di prevenzione italiana o il *confiscation* inglese, ma considera simili presunzioni conformi ai principi del giusto processo, come ricorda del resto la stessa relazione alla proposta di direttiva⁹⁵.

Basti pensare alle presunzioni di stile di vita criminale e, quindi, di origine illecita di tutti i beni ottenuti o, addirittura, regalati dal reo nei sei anni precedenti l'inizio del procedimento, previste dall'ordinamento inglese ai fini dell'applicazione del *confiscation* in seguito alla condanna per taluni reati ai sensi del *POCA 2002*⁹⁶; alla presunzione su cui si fonda nell'ordinamento italiano la confisca ex 12 *sexies* d.l. 306/92 che, come precisano le Sezioni Unite della Suprema Corte nella sentenza Montella, è basata su «una fondamentale scelta di politica criminale del legislatore, operata con l'individuare delitti particolarmente allarmanti, idonei a creare una accumulazione economica, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti, e quindi col trarne una presunzione, iuris tantum, di origine illecita del patrimonio "sproporzionato" a disposizione del condannato per tali delitti»⁹⁷ (anche la Corte Costituzionale ha precisato che il legislatore ha non irragionevolmente ritenuto di "presumere l'esistenza di un nesso pertinenziale tra alcune categorie di reati e i beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza"⁹⁸). In una più ampia prospettiva comparatistica si può ricordare che anche il *criminal forfeiture* nordamericano, sia ai sensi del *Comprehensive Drug Abuse Act 1970*⁹⁹ sia del *RICO*¹⁰⁰, è applicabile in base ad una presunzione confutabile, che ciascun bene dell'imputato condannato per uno dei reati elencati, è confiscabile se acquistato durante il periodo della consumazione del reato in quanto si considera proveniente dal reato. Le presunzioni in questione, quindi, si fondano sul sospetto che l'imputato non abbia commesso solo il delitto oggetto della condanna, ma ne abbia commessi anche altri, dai quali deriverebbero i beni posseduti.

In ogni caso, ferme restando le perplessità che simili presunzioni suscitano in termini di conformità ai principi penalistici soprattutto laddove fondate su reati non realizzati in forma organizzata o professionale, si dovrebbe escludere la possibilità di introdurre delle mere inversioni dell'onere della prova, perché, come evidenziato, la Corte deve essere convinta (*satisfied*) dell'origine illecita in base alle circostanze del caso, compresi fatti specifici e prove disponibili (*including the specific facts and available evidence*).

Nella versione definitiva della Direttiva è stata accolta la proposta di emendamento della Commissione LIBE circa l'esigenza di inserire il requisito del *carattere sproporzionato del valore di un bene rispetto al reddito legittimo della persona condannata* come esempio di "fatto specifico", su cui fondare la convinzione del giudice dell'origine criminale dei beni da confiscare. L'inserimento di questo requisito è stato suggerito anche nella FRA OPINION per fornire alle

⁹⁵ Si ricorda che "l'applicazione della normativa italiana è stata considerata una restrizione necessaria dei diritti fondamentali nella misura in cui costituisce un' "arma necessaria" nella lotta contro la mafia", citando Corte eur. dei dir. dell'uomo, 22 febbraio 1994, Raimondo v. Italy, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1994, Série A vol. 281, 7. Cfr. MAUGERI, *La conformità dell'actio in rem con il principio del mutuo riconoscimento*, in MAZZARESE-AIELLO, *La gestione dei beni confiscati alla criminalità organizzata (le questioni di diritto civile, penale e amministrativo)*, Giuffrè 2010, p. 187 ss.

⁹⁶ Cfr. ULPH, *op. cit.*, p. 271 ss.

⁹⁷ Cass., Sez. un., 17 dicembre 2003 (19 gennaio 2004), Montella, in *Cass. pen.* 2004, p. 1182.

⁹⁸ Corte Costituzionale, ordinanza 29 gennaio 1996, n. 18, Basco, in *Cass. pen.* 1996, p. 1385; conforme Cass., 15 aprile 1996, Berti, in *Cass. pen.* 1996, p. 3649.

⁹⁹ Sezione 21 U.S.C. § 853(d).

¹⁰⁰ § 18 U.S.C. 1963.

Corti dei parametri più chiari in relazione al livello di prova richiesto¹⁰¹, al fine di rendere la disciplina in questione più compatibile con la garanzia del diritto di proprietà prevista dall'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Anche nella decisione quadro n. 212/2005, si propone un modello di confisca allargata in cui la sproporzione non assurge a unico requisito su cui fondare la confisca¹⁰², ma ne viene richiesta la prova accanto all'accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare.

Sarebbe auspicabile che tale requisito venga interpretato non come indizio dell'origine illecita di tutto il patrimonio, giustificando la trasformazione della confisca estesa in una confisca generale dei beni, ma piuttosto nel rispetto del principio di proporzione si richieda il suo accertamento *rispetto al singolo bene al momento dell'acquisto*, come richiede la migliore giurisprudenza della Suprema Corte Italiana in relazione alla confisca estesa ex art. 12 *sexies* l. 356/92¹⁰³ e alla confisca di prevenzione ex art. 2 *ter* l. 575/65 (art. 24 del cod. antimafia), così imponendo all'accusa un pregnante onere probatorio che renderà la confisca estesa maggiormente conforme alla presunzione d'innocenza come regola dell'onere della prova (che dovrebbe incombere sull'accusa) e come regola della dignità della prova.

La direttiva, però, non esclude che gli Stati membri possano introdurre dei poteri più estesi, probabilmente con minori garanzie, anche in relazione al fondamento probatorio della confisca estesa, come emerge nel considerando n. 22 in cui si precisa "La presente direttiva stabilisce norme minime. Essa non impedisce agli Stati membri di attribuire poteri più estesi nel proprio diritto nazionale, anche, per esempio, in relazione alle norme sulle prove"; si ritorna, come nella decisione quadro 212/2005 all'approccio minimalista in base al quale la direttiva stabilisce gli strumenti minimi per garantire l'efficienza, salva la possibilità degli Stati di introdurre strumenti più efficaci, anche se meno garantistici. Ciò vuol dire che la confisca estesa ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 prevista nell'ordinamento italiano o il *comiso ampliado* ex art. 127 *Código Penal* non sono incompatibili con la Direttiva, laddove si basano esclusivamente sull'accertamento della sproporzione del valore dei beni e non su una più ampia prova dell'origine illecita dei proventi, rispetto alla quale la sproporzione è solo un elemento indiziario insieme ad altri, come previsto dall'art. 5 in esame; oppure l'*Erweiterter Verfall* ex § 73d StGB rimane compatibile anche se non richiede la prova della sproporzione, ma richiede, secondo la più garantistica giurisprudenza, che il giudice raggiunga il ragionevole convincimento dell'origine illecita¹⁰⁴, oppure, secondo un altro orientamento, la mera verosimiglianza o meri sospetti¹⁰⁵.

La direttiva richiede, in conformità all'art. 6 CEDU, che tale forma di confisca sia pronunciata *dall'autorità giudiziaria*; anche laddove si ammette, infatti, che i provvedimenti di confisca siano adottati, pur se in seguito a condanna, anche in un procedimento non penale o comunque non siano considerati "pene", o siano pronunciati in un procedimento successivo alla condanna (art. 9 della Proposta di Direttiva), in ogni caso solo l'autorità giudiziaria può disporre tali provvedimenti: nel considerando n. 10 si precisa che "Gli Stati membri sono liberi di portare le procedure di confisca collegate a una causa penale dinanzi a qualsiasi autorità giudiziaria competente", nel considerando n. 14 si parla di "confisca di beni strumentali e proventi da reato a seguito di una decisione definitiva dell'autorità giudiziaria"; si garantisce così la giurisdizionalità dei procedimenti, anche se non penali, volti all'applicazione di una forma di confisca come quella allargata, che può risultare particolarmente incisiva su diritti fondamentali, come il diritto di proprietà e la libertà d'iniziativa economica.

Sono state accolte ulteriori proposte di emendamento avanzate dalla Commissione

¹⁰¹ FRA Opinion, 2.2.1. (30) e 2.3 (36) "In addition, more detailed guidance for the courts in relation to the level of proof (that is, "substantially more probable") required by the proposal could be considered, such as the explicit requirement to establish a marked disparity between the lawful income of an offender and the property at his or her disposal before ordering a confiscation".

¹⁰² Cfr. per tutti MANGIONE, *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, a cura di CASSANO, NelDiritto Editore, 2009, p. 23.

¹⁰³ Cass., Sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, *cit.*, 1188. Cfr. Cass., 30 ottobre 2008, n. 44940; Cass., Sez. I, 5 giugno 2008, Rv. 240471; Cass. 13 maggio 2008, n. 21357, E.; Cass. Sez. II, 26 febbraio 2009, n. 10549; Cass. sez. I, 28 maggio 2013, Guarnieri Amelia.

¹⁰⁴ BGH, 22-11-1994, 4 StR 516/94 (LG Bochum), NStZ 1995, pp. 125 e 470, con commento di SCHMIDT, *Voraussetzungen der Anordnung des erweiterten Verfalls*, in *Jus* 1995, p. 463; conforme BGH, 14-1-2004, 2 BvR 564/95, *Lexetius.com*/2004, 579 [2004/5/13]; BGH, 10-2-1998 — 4 StR 4/98 (LG Bochum), NStZ 1998, 362; Urt. V. 17-6-1997 — StR 187/97; cfr. MÖHRENSCHLAGER, *Bericht über das Justizkommunikationsgesetz und über EU-Rahmenbeschlüsse betreffend Verfall und Einziehung sowie Computerkriminalität*, in *Wistra* 2005, p. 5, VI; BENSELER, *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Freiburg, 1996, p. 26.

¹⁰⁵ [BGH, 1-3-1995, 2 StR 691/94 \(LG Gießen\), in NJW 1995, p. 2235.](#)

LIBE¹⁰⁶, a partire dall'eliminazione della pretesa che il giudice accerti, oltre all'origine criminale dei beni, che essi provengano da "attività criminali analoghe, piuttosto che da attività di altra natura"; ci si limita correttamente a richiedere che "i beni in questione derivino da condotte criminose". Tale modifica appare assolutamente opportuna perché tale requisito del carattere analogo dell'attività criminale fonte, previsto in uno dei modelli di confisca allargata contemplato dalla decisione quadro n. 212/2005, ma sostanzialmente non previsto negli ordinamenti nazionali (prima della riforma del 2010 era previsto dal § 20, c. 2 öStGB, ma è stato abrogato nell'attuale versione di confisca estesa dell'ordinamento austriaco, § 20b öStGB¹⁰⁷), avrebbe comportato, come esaminato in altra sede, non pochi problemi di accertamento, a parte la difficoltà di stabilire che cosa si intenda con "medesima natura"¹⁰⁸.

La Proposta di direttiva contemplava, ancora, il *divieto* di applicare la confisca estesa ai profitti provenienti da reati che "non abbiano potuto essere oggetto di un processo penale a motivo della prescrizione ai sensi del diritto penale nazionale". È stato recepito l'emendamento della Commissione LIBE di abrogazione di tale disposizione; emendamento apprezzabile in termini di concretezza e di efficienza della confisca allargata in quanto normalmente nelle discipline nazionali non si pone tale divieto, presupponendo che, ferma la condanna presupposta per l'applicazione della confisca, l'accusa non riesca ad accertare quali siano gli specifici reati a monte dei singoli beni o cespiti patrimoniali, ma piuttosto che riuscirà a fornire solo una prova indiziaria dell'origine criminale dei beni da confiscare. Il divieto in questione avrebbe compromesso l'efficienza della confisca allargata, rendendo auspicabile che dalle indagini non emergesse la prova dell'origine criminale dei beni da reati ormai prescritti, perché ciò avrebbe impedito la confisca pur in presenza della prova circa l'origine criminale dei beni (del resto se i reati non fossero prescritti, si potrebbe procedere nei loro confronti).

La questione si atteggia diversamente, invece, laddove si pretende di applicare la confisca allargata quando manca la condanna presupposta per sopravvenuta prescrizione del reato; in realtà in quest'ipotesi si ricadrebbe nella diversa forma di confisca senza condanna, ammessa solo nell'ipotesi di fuga o di malattia. Si può ricordare a tal proposito, però, che la giurisprudenza ha ammesso l'applicazione della confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 in presenza di una declaratoria, in sede di giudizio di appello, di estinzione del reato per prescrizione, conseguente ad una sentenza di condanna in primo grado, in una situazione, quindi, in cui comunque il giudice ha accertato la commissione del reato presupposto in base alla considerazione che il codice di rito riconosce al giudice ampi poteri di accertamento del fatto – ad esempio, quando sia necessario decidere sull'azione civile – anche quando il reato sia prescritto¹⁰⁹ (e addirittura anche nell'ipotesi di morte del reo dopo la sentenza di condanna)¹¹⁰. Nel "*Rapporto della Commissione Garofoli per l'elaborazione di proposte in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità*", presentato nel 2014¹¹¹, è stata inserita una simile proposta di applicare la confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 in presenza di una sentenza di proscioglimento per prescrizione, che presupponga però "l'accertamento, in contraddittorio, del reato, ad esempio consentendola quando la prescrizione intervenga in grado di appello, dopo una sentenza di condanna di primo grado. In questo modo, nel pieno rispetto delle garanzie difensive, si eviterebbe che il decorso del tempo possa favorire l'imputato non solo sotto il profilo delle conseguenze sanzionatorie ma anche consentendogli di continuare a detenere un patrimonio di natura illecita". Questa proposta appare interessante ma problematica laddove, innanzitutto, verrebbe meno il fondamentale requisito della condanna su cui si fonda la presunzione, pur sempre discutibile, di illecita accumulazione patrimoniale. Sia chiaro che si ritiene auspicabile che laddove la prescrizione sopravvenga in seguito ad un accertamento del fatto tipico, fonte del profitto illecito, si possa procedere alla sottrazione di tale profitto in quanto il reato, come ricordato, non rappresenta comunque una fonte legittima di arricchimento, ma ciò nei limiti del profitto diretto del reato

¹⁰⁶ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, p. 188 ss.

¹⁰⁷ EDER, *Schule des österreichischen Rechts, Wroclaw/Salzburg Strafrecht und Strafverfahrensrecht*, WS 2010/11, in <http://prawo.uni.wroc.pl/pliki/8538>.

¹⁰⁸ MAUGERI, *op. cit.*, p. 188.

¹⁰⁹ Cass., sez. II, 25 maggio 2010, Pastore.

¹¹⁰ Cass., sez. V, 25 gennaio 2008, Doldo, che, ritenendo analogicamente applicabili le recenti disposizioni previste in materia di misure di prevenzione patrimoniale, ha ritenuto che, qualora la morte dell'imputato sia avvenuta dopo la sentenza di condanna, sia possibile disporre in sede esecutiva, e sempre che la questione non sia stata affrontata in fase di cognizione, la confisca per sproporzione, attivando il contraddittorio con gli eredi.

¹¹¹ Nominata con decreto del 7 giugno 2013 dal Presidente del Consiglio dei Ministri Enrico Letta, in *questa Rivista*, 20 Febbraio 2014.

che presuppone la prova del nesso causale con il fatto tipico e nella misura in cui tale nesso sia stato già accertato, nel rispetto dei diritti della difesa; sembra più problematico estendere tale disciplina alla ben diversa ipotesi della confisca estesa che proprio in quanto non presuppone la prova del nesso causale con i reati fonte, rischia di assumere natura punitiva (*chiaramente tanto più cogente sarà la verifica da parte dell'accusa dell'origine illecita dei beni da confiscare, perlomeno attraverso la prova del carattere sproporzionato del singolo bene al momento dell'acquisto, tanto più la confisca in esame assumerà natura compensativa e non punitiva*).

La Proposta di Direttiva, anche nella versione emendata dalla Commissione LIBE, escludeva espressamente, inoltre, la confiscabilità dei proventi di attività che siano state oggetto di un procedimento penale “il cui esito è stata l'assoluzione definitiva della persona interessata o in altri casi in cui si applichi il principio del *ne bis in idem*”; la norma non aveva molto senso se, premessa la condanna per applicare la confisca estesa ex art. 5, si faceva riferimento ai reati fonte dei proventi di sospetta origine illecita nella misura in cui l'accusa normalmente non prova il nesso causale con specifici reati, oggetto di assoluzione definitiva, ma si limita a fornire indizi dell'origine illecita e della mancanza di fonti lecite di arricchimento che possano giustificare gli assetti patrimoniali del condannato. Se si faceva riferimento al reato presupposto per l'applicazione della confisca, si ricadeva nell'ipotesi di confisca senza condanna e la norma, sicuramente garantistica, prendeva posizione contro quella prassi per cui anche in seguito all'assoluzione è possibile procedere all'applicazione delle misure di prevenzione antimafia¹¹² o di altre forme di confisca allargata previste in alcuni ordinamenti stranieri (come quello svizzero o inglese), prassi già messa in discussione dalla Corte europea nella sentenza *Geerings* (relativa ad una forma di confisca allargata prevista dall'art. 36e § 2 del codice penale olandese)¹¹³, fermo restando, come osservato in altra sede, che “pur rimanendo valido il principio di base per cui una piena assoluzione nel merito dovrebbe impedire un successivo procedimento patrimoniale per confiscare i profitti derivanti dalle medesime condotte “assolte”, bisognerebbe distinguere il tipo di sentenza che conclude il procedimento, consentendo in ipotesi limitate il procedimento *in rem*”¹¹⁴ come si esaminerà nel prosieguo¹¹⁵ (e come sopra evidenziato in relazione all'ipotesi della prescrizione).

5.1.

La delimitazione temporale della presunzione di origine illecita.

Nel considerando n. 21 si indica l'opportunità di richiedere l'inserimento di un elemento di delimitazione temporale della presunzione di origine illecita dei beni da confiscare: “*Member States could also determine a requirement for a certain period of time during which the property could be deemed to have originated from criminal conduct*” (Gli Stati membri possono inoltre fissare un periodo di tempo entro il quale si può ritenere che i beni siano derivati da condotte criminose).

In tale direzione in alcuni ordinamenti stranieri la presunzione dell'origine illecita dei profitti – alla base delle forme di confisca allargata – viene *temporalmente delimitata*, considerando di origine illecita tutto ciò che è stato ottenuto dal reo in un determinato lasso di tempo precedente la commissione del reato o l'inizio del procedimento volto all'applicazione della confisca. Tale delimitazione rende la presunzione di origine illecita dei beni maggiormente conforme ai principi di proporzione e di tassatività, rendendo non eccessivamente onerosa per il proprietario la prova dell'origine lecita del suo patrimonio¹¹⁶. Ad esempio il *confiscation* inglese (o irlandese in relazione al traffico di stupefacenti) colpisce tutti i beni ottenuti o, addirittura, regalati dal reo nei sei anni precedenti l'inizio del procedimento in quanto si presume

¹¹² Da ultimo Cass., sez. V, 15 gennaio 2013, n. 11979, G.P., in *www.dejure.it*; interessante Cass., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 6588, F. Cfr. Cass., sez. VI, 6 dicembre 2012, (29 aprile 2013), n. 18799.

¹¹³ CEDU, 1 marzo 2007, *Geerings v. the Netherlands*, n. 30810/03, § 48: “Secondly, unlike in the Phillips and Van Offeren cases, the impugned order related to the very crimes of which the applicant had in fact been acquitted. 49. In the *Asan Rushiti* judgment (cited above, § 31), the Court emphasised that Article 6 § 2 embodies a general rule that, following a final acquittal, even the voicing of suspicions regarding an accused's innocence is no longer admissible.” Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, p. 193; BALSAMO, *Il rapporto tra forme “moderne” di confisca e presunzione d'innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.* 2007, p. 3936.

¹¹⁴ MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di “confisca europea”*, cit., p. 269; PANZARASA, *op. cit.*, 1702 ss..

¹¹⁵ Si veda *infra* § 7.

¹¹⁶ Cfr. sul punto DI LENA, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *Ind. Pen.* 1999, p. 1222.

uno stile di vita criminale.

Anche la decisione quadro n. 212/2005 prevede (o meglio prevedeva) l'esigenza di delimitare temporalmente la presunzione di origine illecita dei beni da confiscare precisando che la confisca estesa può attingere beni che derivano da attività criminose commesse in un periodo anteriore alla condanna ritenuto ragionevole da parte del giudice; l'art. 3, infatti, disciplina, tra i modelli alternativi di confisca estesa, la confisca dei beni di accertata origine illecita (in base alla piena convinzione del giudice "sulla base di fatti circostanziati") se acquistati in un periodo anteriore alla condanna ritenuto ragionevole (il "bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie"), sottolineando l'importanza probatoria di tale requisito della delimitazione temporale e la sua rilevanza per configurare un modello di confisca equilibrato nel rispetto delle garanzie fondamentali della materia penale¹¹⁷.

In maniera non numericamente definita, ma con la stessa finalità di delimitare le presunzioni di origine illecita alla base delle forme di confisca estesa, la precedente disciplina della restituzione dei profitti estesa (art. 20, c. 2 *StGB*) dell'ordinamento austriaco¹¹⁸ richiedeva di delimitare la confisca ai beni acquisiti in un periodo ragionevolmente connesso temporalmente al reato consumato, qualora il reo avesse intenzionalmente commesso un crimine (*Verbrechen*) in maniera ripetuta o continuativa punito con una pena detentiva superiore ai tre anni (§ 17 *öStGB*)¹¹⁹; la più recente versione dell'*erweiterter Verfall* – § 20b *StGB* – richiede al secondo comma la connessione temporale tra l'acquisto dei beni e l'attività criminale valutata in giudizio¹²⁰.

In tal guisa ai fini dell'applicazione della confisca misura di prevenzione patrimoniale la giurisprudenza più garantista richiede la correlazione temporale tra il momento dell'acquisto dei beni da confiscare e gli indizi di appartenenza all'associazione criminale o di svolgimento delle attività criminali presupposte (tra la pericolosità sociale e l'acquisizione dei beni confiscati¹²¹); anche in seguito alle riforme del 2008 e del 2009 delle misure di prevenzione patrimoniali, la Suprema Corte e e da ultimo le Sezioni Unite¹²² hanno ribadito la necessità della correlazione

¹¹⁷ L'art. 3 prevede che la confisca deve essere pronunciata perlomeno "a) quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie; oppure b) quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di analoghe attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuto ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie.

¹¹⁸ Tale disciplina era stata riformata nel 1996 (*StRÄG 1996*) prevedendo la "*Abschöpfung der Bereicherung*", art. 20 *öStGB*, come "conseguenza giuridica di tipo particolare"; cfr. FORRENGER, § 20 *StGB, Abschöpfung der Bereicherung*, in FOREGGER-FABRIZY, *StGB samt ausgewählte Nebengesetze. Manzsche Kurzkomentar*, 10 ed., Wien 2010, 99 ss.

¹¹⁹ Tale disciplina è stata modificata dal BGBl. I Nr. 108/2010: *Strafrechtliches Kompetenzpaket (sKp)*. Oggi si consente la confisca estesa, *Erweiterter Verfall* (dall'art. 20 b *öStGB*), solo in relazione alle organizzazioni criminali o terroristiche nella forma già prevista nella precedente versione dell'art. 20 b *öStGB*, nonché in seguito alla consumazione di alcuni specifici delitti – §§ 165 (riciclaggio), 278 (associazione a delinquere), 278c (delitti con finalità di terrorismo) –; vengono sottratti i profitti conseguiti in connessione temporale con la consumazione di tali delitti, laddove sussista il sospetto della loro origine illecita e non è credibile l'origine legale ("*sind auch jene Vermögenswerte für verfallen zu erklären, die in einem zeitlichen Zusammenhang mit dieser Tat erlangt wurden, sofern die Annahme naheliegt, dass sie aus einer rechtswidrigen Tat stammen und ihre rechtmäßige Herkunft nicht glaubhaft gemacht werden kann*"). La legge di riforma ha abrogato l'*Abschöpfung der Bereicherung*, ha introdotto la nuova *Konfiskation* § 19a *StGB (instrumenta et producta sceleris)* e ha modificato i paragrafi da 20 a 20c *StGB*, riformando la disciplina del *Verfall* e introducendo l'*Erweiterten Verfall*. Cfr. EDER, *Schule des österreichischen Rechts, Wroclaw/Salzburg Strafrecht und Strafrechtsverfahrensrecht*, WS 2010/11, in <http://prawo.uni.wroc.pl/pliki/8538>.

¹²⁰ (2) Ist eine rechtswidrige Tat nach den §§ 165, 278, 278c, für deren Begehung oder durch die Vermögenswerte erlangt wurden, oder ein solches Verbrechen begangen worden, sind auch jene Vermögenswerte für verfallen zu erklären, die in einem zeitlichen Zusammenhang mit dieser Tat erlangt wurden, sofern die Annahme naheliegt, dass sie aus einer rechtswidrigen Tat stammen und ihre rechtmäßige Herkunft nicht glaubhaft gemacht werden kann.

¹²¹ Cass. 13 maggio 2008, n. 21357, E.; Cass., 12 dicembre 2007 (22 gennaio 2008), Giammanco N. e Mineo V., n. 3413; Cass. 16 aprile 2007, n. 21048; Cass. 23 marzo 2007, Cangialosi e altro, n. 18822, Rv. 236920; Cass. 16 gennaio 2007, n. 5234, L.e altro, in *Guida al dir.* 2007, p. 1067; in tale direzione, almeno in parte, la Suprema Corte – Cass., 11 dicembre 2008, n. 47798, C. e altro; Cass., 3 febbraio 1998, Damiani, in Cass. pen., 1999, p. 1599, con nota di GRILLO, *Fra misura di prevenzione personale e misura di prevenzione patrimoniale nella legislazione antimafia*; Cass. 2 maggio 1995, n. 2654, Genovese, Rv. 202142. Cfr. MAUGERI, *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/2008): la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte*, in (a cura di) CASSANO, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, NelDiritto Editore, Bari, 2009, p. 39 ss.; Id., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., p. 425; GIALANELLA, *Un problematico punto di vista sui presupposti applicativi del sequestro e della confisca di prevenzione dopo le ultime riforme legislative e alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in FIANDACA-VISCONTI, *Scenari di mafia*, cit., p. 368.

¹²² Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880, Spinelli,

temporale¹²³ che fonda la presunzione di origine illecita dei beni da confiscare. Anche la giurisprudenza della Suprema Corte che pretende la *correlazione* solo in relazione alla confisca del frutto o reimpiego¹²⁴, precisa che anche nell'ipotesi di confisca dei beni di valore *sproporzionato* non si considera «il dato temporale del tutto neutro agli effetti dello scrutinio che il giudice della prevenzione deve condurre», ma lo si considera rilevante sotto il profilo probatorio, richiedendo non «un accertamento positivo» della correlazione, ma perlomeno la *manca di un eccessivo iato temporale tale da scardinare la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale fondata sui due elementi della pericolosità sociale, anche se risalente, e della sproporzione*¹²⁵.

Anche in relazione alla confisca estesa ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 la Suprema Corte sottolinea l'impegno dell'accusa di provare la *sproporzione* in relazione alla situazione economica e patrimoniale al momento dell'acquisto del bene, con relativa delimitazione *temporale* anche per l'onere di allegazione della difesa che, come recentemente ribadito dalla Suprema Corte, potrà limitare «le sue allegazioni al periodo preso in considerazione dal pubblico ministero» senza dover assolvere alla *probatio diabolica* di dimostrare la legittimità dell'intero suo patrimonio¹²⁶ e, allora, «attraverso una corretta distribuzione dell'onere probatorio è possibile, indirettamente, ristabilire quel minimo di legame tra il reato ed il bene, cui si riferisce anche la giurisprudenza costituzionale»¹²⁷. Anche se le Sezioni Unite, allora, non richiedono espressamente la correlazione temporale tra l'attività criminosa oggetto della condanna e l'acquisto dei beni da confiscare di valore sproporzionato, impongono, comunque, la prova della sproporzione *temporalmente delimitata* con conseguente *delimitazione temporale* della controprova del condannato.

La delimitazione temporale delle presunzioni o la prova della correlazione temporale rende il modello di confisca allargata previsto dall'art. 5 della Direttiva maggiormente conforme al principio di proporzione e alla presunzione d'innocenza, rendendo meno onerosa per il proprietario la contro-prova dell'origine lecita del suo patrimonio¹²⁸ e circoscrivendo gli effetti della conseguente confisca¹²⁹. L'accertamento della correlazione temporale rende, inoltre, la confisca estesa maggiormente conforme alla presunzione d'innocenza, anche laddove richiede l'esclusività dell'accertamento della colpevolezza in sede processuale, nel senso che il condannato può subire solo le conseguenze di fatti provati in giudizio nell'ambito di un regolare processo¹³⁰; il fatto di colpire solo gli ingiustificati arricchimenti temporalmente connessi con l'attività criminale accertata consente di alleggerire il rischio che si debbano subire le conseguenze di fatti non accertati.

Soprattutto in un sistema in cui ci si accontenta della prova civilistica dell'origine illecita dei beni da confiscare, la delimitazione temporale o, ancora meglio, la «correlazione temporale» rappresenta un importante indizio dell'origine illecita del bene.

6. La confisca senza condanna (art. 4, c. 2).

Nell'art. 5 della Proposta di Direttiva, poi, si proponeva una forma di confisca senza condanna che può essere pronunciata solo in limitate situazioni in cui non sia possibile procedere *in personam* perché il reo è deceduto, è affetto da malattia permanente o quando la fuga o

¹²³ Cass., sez. II, 15 gennaio 2013, Castello e altri, n. 3809, Rv. 254512, p. 9; Cass., sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 10153, C. e altro, in *Cass. pen.* 2014, p. 255 con nota di MAUGERI; Cass., sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2634, C. e altro; Trib. Napoli, sez. mis. prev., 6 luglio 2011 (dep.), Pres. ed est. Menditto; Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 25341, Meluzio; Cass., 4 febbraio 2010, Quartararo, Rv. 246084; Trib. di Brindisi, 16 aprile 2013, Rossini, est. Biondi. Cfr. MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?*, ivi 9 marzo 2014; MENDITTO, *Le sezioni unite verso lo "statuto" della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, ivi 26 maggio 2014.

¹²⁴ Cass., sez. II, 15 gennaio 2013, Castello e altri, n. 3809, Rv. 254512, p. 9.

¹²⁵ «È pur sempre necessario postulare che tra l'acquisizione dei beni e la condizione di "appartenenza" non sia ravvisabile uno iato temporale di dimensioni tali da "scardinare" la correlabilità tra la condizione soggettiva di indiziato di "mafiosità" con l'intima ragion d'essere di quella presunzione di illecita accumulazione di beni di cui si è detto, giacché, altrimenti, i due parametri di "sospetto" (quello della condizione soggettiva, e quello riguardante l'origine dei beni) cesserebbero di essere requisiti "concorrenti" ai fini della applicazione della misura, per diventare condizioni indipendenti e logicamente sordinate fra loro».

¹²⁶ FIDELBO, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in *Cass. pen.* 2004, p. 1189.

¹²⁷ Cass. Sez. VI, 12 gennaio 2010, n. 246083, Mancin, in *Cass. pen.* 2011, p. 610, con nota di VERGINE.

¹²⁸ Cfr. sul punto DI LENA, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *Ind. Pen.* 1999, p. 1222.

¹²⁹ Si veda MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., pp. 625-695.

¹³⁰ Cfr. SCHULTEHINRICH, *op. cit.*, p. 165.

la malattia non consente di agire in tempi ragionevoli; non si trattava quindi di una vera e propria *actio in rem* che consente di aggredire il patrimonio di origine sospetta indipendentemente dal processo penale *in personam*, come avviene ai fini dell'applicazione del *civil forfeiture* e sostanzialmente in relazione alle misure di prevenzione patrimoniali antimafia (fermo restando che il proprietario deve essere indiziato), ma si trattava piuttosto di un procedimento "autonomo" che consente di aggredire i profitti illeciti solo in specifiche situazioni in cui non sia possibile procedere *in personam*, un modello in parte recepito anche in ordinamenti fondamentalmente garantisti come quello tedesco, che non conoscono l'*actio in rem*¹³¹. Si richiede, come evidenziato anche nella FRA OPINION, che il proprietario sia sospettato o accusato, escludendo i casi in cui il sospettato non sia identificato, e la Corte deve ritenere che, se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato, il procedimento si sarebbe potuto concludere con una condanna penale¹³².

Questo è in parte il modello di confisca senza condanna accolto nella Direttiva approvata dal Parlamento e dal Consiglio all'art. 4, che, però, limita ulteriormente l'applicazione di tale forma di confisca senza condanna non prevedendo l'ipotesi di morte del reo, ma solo l'ipotesi in cui il sospettato o imputato sia malato o nascosto, e, comunque, solo in relazione alla confisca degli strumenti del reato o dei profitti accertati, perché non si prevede tale possibilità in relazione alla confisca estesa ex art. 5¹³³; si richiede, inoltre, che un procedimento *in personam* sia stato iniziato: "laddove sia stato avviato un procedimento penale per un reato che può produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico e detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato".

Si precisa che in ogni caso occorre garantire che il sospettato o imputato contumace sia informato e convocato e che si garantisca il diritto di difesa dell'ammalato attraverso un avvocato (considerando n. 15). Il considerando n. 16 intende per malattia l'impedimento dell'indagato o dell'imputato a comparire nel procedimento penale per un periodo prolungato e, di conseguenza, il procedimento non può proseguire in condizioni normali.

Anche la possibilità di confiscare i profitti di accertata origine illecita nel caso di morte del reo, originariamente prevista nella Proposta di Direttiva, risponde in realtà ad esigenze di efficienza del sistema emerse nella prassi applicativa della lotta contro il crimine organizzato, in particolare in Italia, e che meriterebbero di essere considerate, perlomeno nell'ipotesi in cui la morte sopravvenga nel corso del procedimento in seguito all'accertamento, ancorché non definitivo, dell'origine criminale dei beni da confiscare, come previsto dalla Suprema Corte¹³⁴ prima delle recenti riforme, impedendo di restituire i beni di origine illecita all'organizzazione criminale.

La Direttiva non contempla, quindi, l'*actio in rem* quale procedimento direttamente contro la proprietà contaminata (*tainted*), in quanto provento o strumento di reati, come previsto ai

¹³¹ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, p. 198 (p. 196 ss.).

¹³² Cfr. MANGIARACINA, *op. cit.*, p. 376, la quale evidenzia i problemi che tale normativa pone anche in relazione alla garanzia del diritto di difesa personale dell'imputato, sub specie del diritto di partecipare al processo.

¹³³ Art. 4. "Where confiscation on the basis of paragraph 1 is not possible, at least where such impossibility is the result of illness or absconding of the suspected or accused person, Member States shall take the necessary measures to enable the confiscation of instrumentalities and proceeds in cases where criminal proceedings have been initiated regarding a criminal offence which is liable to give rise, directly or indirectly, to economic benefit, and such proceedings could have led to a criminal conviction if the suspected or accused person had been able to stand trial".

¹³⁴ Si prevedeva la non caducazione della misura già disposta per effetto del decesso del soggetto prima della definitività del relativo provvedimento, sempre che i presupposti di indimostrata legittima provenienza dei beni oggetto di confisca, da un lato, e di pericolosità del soggetto, dall'altro, siano già stati accertati, Cass., 17 luglio 1995, D'Antoni, in *Riv. pen.* 1996, 526; conformi Cass. 11 giugno 2008, n. 25676; Cass. 4 luglio (28 agosto) 2007, Richichi M.A. ed altri, n. 33479; Cass. 18 aprile 2007, n. 19761; Cass. 15 giugno (22 luglio) 2005, n. 27433, Libri, Rv. 231755; Cass. 9 marzo (16 maggio) 2006, David ed altri, n. 16721; Cass. 10 marzo (4 aprile) 2005, Bellino ed altri, n. 12529; Cass. 14 gennaio (17 febbraio) 2005, Andronico ed altri, n. 6160, Rv. 231775 e in *Cass. pen.* 2006, p. 1909; Cass. 31 gennaio 2005, Bruno, 231873, in *Guida al dir.* 2005, n. 25, p. 55, con nota di GIORDANO; Cass. 16 gennaio 2002, Di Marco, m. 221556; Cass. 22 settembre 1999, Calamia, in *Cass. pen.* 2000, p. 1410; Cass. 14 aprile 1999, Fici, *ivi* 2000, p. 1411, con nota di MOLINARI, *Confisca antimafia: si estende il dialogo col morto*; Cass. 3 febbraio 1999, Cianchetta, in *Cass. pen.* 2000, p. 1408; Cass. 24 novembre 1998, Marchese, *ivi* 1999, p. 3558, con nota critica di MOLINARI, *Confisca antimafia e dialogo col morto*; Cass. 14 febbraio 1997, Nobile ed altri, *ivi* 1997, p. 3170, con nota critica di MOLINARI, *Si estende l'applicazione contra legem della confisca antimafia*; Cass. sez. un., 3 luglio 1996, Simonelli ed altri, *ivi* 1996, p. 3609, – in cui si evidenzia che "il decesso ... potrebbe essere deliberatamente perseguito da terzi proprio al fine di riciclare i beni" –, con nota critica di MOLINARI, *Ancora sulla confisca antimafia: un caso di pretesa giustizia sostanziale contra legem*; critico nei confronti di quest'ultima sentenza cfr. GIALANELLA, *I patrimoni di mafia – La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli 1998, pp. 159 ss.-171; in tale direzione Cass. 13 novembre 1997, n. 6379, Di Martino, in *Cass. pen.* 1998, n. 1830, p. 3404. Da ultimo, in un caso di morte presunta, Cass., 10 aprile 2008, n. 17632.

fini del *civil forfeiture*¹³⁵, ma piuttosto l'art. 4, c. 2 della Direttiva consente di applicare il provvedimento di confisca diretta in quelle ipotesi in cui, pur in presenza dell'accertamento del fatto tipico e dell'origine illecita dei proventi o dell'utilizzo dei beni come strumento del reato, non si possa pervenire ad una condanna, perlomeno nell'ipotesi di fuga o malattia.

A parte il rifiuto tout court dell'*actio in rem*, tale disposizione sembra discutibile sotto un duplice ed opposto profilo. Sembra criticabile in quanto *non garantista* laddove consente la confisca degli strumenti del reato anche in mancanza di una condanna, perché, tranne che si tratti di beni pericolosi la cui detenzione è vietata o regolamentata dalla legge, tale forma di confisca, come esaminato, assume anche un'indubbia natura punitiva, rappresentando un sacrificio del diritto di proprietà che non si giustifica in mancanza di una condanna.

In tale direzione si può ricordare, del resto, che la Corte EDU ha ritenuto nel caso *Varvara c. Italia* che l'applicazione della confisca contro la lottizzazione urbanistica prevista nell'ordinamento italiano nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato, "senza alcun grado di responsabilità penale registrato in una condanna", costituisce una violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7, nonché del principio di responsabilità personale insito negli artt. 7 e 6, c. 2 CEDU¹³⁶; nel caso di specie si tratta di una forma di confisca che assume una natura punitiva, considerata dalla Corte europea nel caso *Sud Fondi* un'ingerenza arbitraria nel godimento del diritto di proprietà ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, in quanto priva di base legale e sproporzionata, in violazione del principio di colpevolezza ex art. 7 CEDU¹³⁷.

Dal caso *Sud Fondi* e dal caso *Varvara* emergono due importanti principi: da una parte l'inderogabilità del rispetto del principio di colpevolezza, fondato sul principio di legalità ex art. 7 e sulla presunzione d'innocenza ex art. 6, c. 2, nell'applicazione della confisca-pena che impone un sacrificio del diritto di proprietà con finalità di prevenzione generale e speciale; dall'altra parte, la necessità che l'applicazione della pena avvenga con una condanna (in cui è stata riconosciuta la colpevolezza)¹³⁸.

Sempre la Corte EDU, inoltre, nella sentenza *Paraponiaris c. Grecia* afferma l'illegittimità ai sensi dell'art. 6 CEDU e, quindi, dei principi del giusto processo e della presunzione d'innocenza (art. 6, c. 2), delle confische, nel caso di specie la confisca per equivalente, inflitte con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione e in fasi processuali che non consentano un adeguato esercizio del diritto di difesa; il caso, ad esempio, della confisca disposta in sede di archiviazione, ovvero in sede di udienza preliminare, o ancora in occasione del proscioglimento anticipato ai sensi degli artt. 129 c.p.p. e 469 c.p.p.¹³⁹.

Per contro la disposizione in esame, art. 4, c. 2, sembra troppo garantista laddove presuppone non solo l'avvio di un procedimento penale *in personam* ma anche che "detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato"; in tal modo si ammette l'applicazione della confisca solo in quelle limitatissime ipotesi in cui non sia stato possibile svolgere fisicamente il processo per l'assenza fisica dell'imputato, ma non si fa riferimento ad altre ipotesi in cui, pur non potendo pervenire ad una sentenza di condanna, si accerti la consumazione di un fatto *tipico* e *antigiuridico*, fonte

¹³⁵ Cfr. da ultimo RYDER, *To Confiscate or not to Confiscate? A Comparative Analysis of the Confiscation of the Proceeds of Crime Legislation in the United States and the United Kingdom*, in *Journ. of Business Law* 2013, p. 767.

¹³⁶ Cfr. Corte eur. dir. uomo, II sez., 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, §§ 71 e 64 ss.; CRIMINAL RICO: 18 U.S.C. §§ 1961-1968 *A Manual for Federal Prosecutors*, V ed. riv., ottobre 2009, Prepared by the Staff of the Organized Crime and Racketeering Section U.S. Department of Justice, Washington, D.C. 20005 (202) 514-1214.

¹³⁷ La sanzione è sproporzionata rispetto all'interesse generale della comunità in quanto "la buona fede e l'assenza di responsabilità delle ricorrenti non hanno potuto svolgere alcun ruolo" (§§ 138-139). «La Corte ritiene poi che la portata della confisca (85% di terreni non edificati), in assenza di un qualsiasi indennizzo, non si giustifica rispetto allo scopo dichiarato, ossia mettere i lotti interessati in una situazione di conformità rispetto alle disposizioni urbanistiche. Sarebbe stato ampiamente sufficiente prevedere la demolizione delle opere incompatibili con le disposizioni pertinenti e dichiarare inefficace il progetto di lottizzazione. Infine, la Corte osserva che il comune di Bari – responsabile di avere accordato dei permessi illegali per costruire – è l'ente che è divenuto proprietario dei beni confiscati, il che è paradossale. Tenuto conto di questi elementi, vi è stata rottura del giusto equilibrio e violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1» §§ 140-141-142. Cfr. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte Europea*, in *Cass. pen.* 2008, p. 3504 ss.

¹³⁸ La Suprema Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 co. 2 d.P.R. 380/2001, così come interpretato dalla Corte EDU nella sentenza *Varvara*, perché l'interpretazione della Corte europea si porrebbe in contrasto con la Costituzione, in quanto – impedendo l'applicazione della confisca – riconoscerebbe impropriamente prevalenza al diritto di proprietà, valore che sarebbe invece da considerare soccombente rispetto ad altri valori fondamentali, quali il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute, tutelati dagli artt. 2, 9, 32, 41, 42, 117 Cost., Cass. Sez. III, ord. 30 aprile 2014, n. 20636, Alessandrini e altro, in *questa Rivista*, 22 maggio 2014.

¹³⁹ Corte eur. dir. uomo, I sezione, 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*, ric. n. 42132/06; PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, 1672, p. 1701.

di proventi illeciti che andrebbero sottratti in quanto il crimine non può essere una legittima fonte di arricchimento. Si fa riferimento, ad esempio, all'ipotesi di mancanza di imputabilità che non rappresenta necessariamente, come stabilito nel considerando n. 16, un impedimento a partecipare al processo, e che impedirebbe, comunque, una sentenza di condanna anche se "l'indagato o imputato avesse potuto essere processato" o nell'ipotesi in cui la sopravvenuta prescrizione comporti una *sentenza di non luogo a procedere* quando nel corso del procedimento, svolto prima della prescrizione, sia stata accertata – ancorché non definitivamente – l'origine illecita dei profitti, o nell'ipotesi di proscioglimento dovuto ad amnistia. Chiaramente tali considerazioni valgono sicuramente con riferimento alla confisca diretta del profitto accertato, che non assume carattere punitivo ma di mero *riequilibrio economico*, e non nell'ipotesi della confisca degli strumenti del reato o della confisca allargata che assumono anche natura punitiva – fermo restando che tanto più ai fini della confisca estesa si pretende la prova indiziaria dell'origine illecita tanto più se ne potrebbe ammettere l'applicazione nelle ipotesi considerate –.

In tale direzione, in Italia la l. n. 34/2008, legge comunitaria non attuata, prevedeva, per adeguare la disciplina interna alle indicazioni dell'art. 2 della decisione quadro 212/2005, la confisca obbligatoria del prodotto, del prezzo del reato, nonché del profitto, nella parte in cui non debbano essere restituiti al danneggiato, nel caso di proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione di un reato, la cui esistenza sia accertata con la sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato¹⁴⁰.

La disposizione in esame, inoltre, come accennato, esprime un chiaro rifiuto dell'*actio in rem*, opzione che esprime chiaramente l'intento di fare prevalere le esigenze di rispetto delle garanzie di uno Stato di diritto sulle esigenze dell'efficienza della lotta alla criminalità del profitto.

Si deve evidenziare, però, che sia l'art. 4, c. 2, sia il considerando n. 15 non esclude la possibilità che uno Stato membro possa introdurre forme di confisca senza condanna anche in altre situazioni; si precisa, infatti, che la confisca senza condanna, deve essere garantita "almeno" nel caso della malattia o contumacia e, come accennato, nel considerando n. 22 si precisa che "La ... direttiva stabilisce norme minime" e "non impedisce agli Stati membri di attribuire poteri più estesi nel proprio diritto nazionale, anche, per esempio, in relazione alle norme sulle prove": si ritorna anche in questo caso all'approccio minimalista in base al quale la direttiva non prende posizione sulle garanzie imprescindibili che devono accompagnare la disciplina della confisca.

La confisca misura di prevenzione dell'ordinamento italiano e il *civil forfeiture* dell'ordinamento inglese¹⁴¹ o irlandese non sono incompatibili con la Direttiva, non rientrano piuttosto nell'obbligo del mutuo riconoscimento.

Del resto, come esaminato, la Direttiva lascia liberi gli Stati membri di stabilire la natura dei provvedimenti di confisca e dei relativi procedimenti come emerge dal considerando n. 13), – Il congelamento e la confisca ai sensi della presente direttiva sono concetti autonomi, che non dovrebbero impedire agli Stati membri di attuare la presente direttiva utilizzando strumenti che, in base al diritto nazionale, sarebbero considerati sanzioni o altri tipi di misure –, e n. 10), – Gli Stati membri sono liberi di portare le procedure di confisca collegate a una causa penale dinanzi a qualsiasi autorità giudiziaria competente –.

In tale direzione, inoltre, la questione rimane aperta come emerge dal processo verbale dell'approvazione della direttiva in esame, in cui si può leggere l'invito rivolto alla Commissio-

¹⁴⁰ Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *op. cit.*, p. 194 per ulteriori considerazioni su tale profilo; cfr. PANZARASA, *op. cit.*, p. 1710, il quale, partendo dall'idea che venga in considerazione una forma di confisca avente natura punitiva, valuta positivamente la disposizione in questione osservando che essa consentirebbe la confisca nei soli casi di proscioglimento "per difetto di imputabilità" e "per estinzione del reato", mentre non allude al proscioglimento per carenza dell'elemento soggettivo, e solo se la confisca fosse pronunciata con una "sentenza" la quale "concluda" il giudizio ordinario ovvero il giudizio abbreviato (non potrebbe essere ordinata dal giudice per le indagini preliminari in sede di archiviazione, né dal giudice dell'udienza preliminare, non avendo nessuno di tali provvedimenti natura di sentenza conclusiva del giudizio dibattimentale o abbreviato), *richiedendo sostanzialmente che detta sentenza contenga un accertamento completo del reato*. Cfr. Cass., sez. II, 25 maggio 2010, n. 32273, che ha consentito addirittura l'applicazione della confisca allargata ex art. 12 *sexies* l. 356/92 in mancanza di condanna in palese violazione del principio di legalità; Cass., sez. II, 25 maggio 2010, n. 32272: "i limiti di persuasività dello sforzo ermeneutico riproposto ancora una volta dalle S.U., non possono offuscare l'intensità e la concretezza delle ragioni di politica criminale che militano a favore di una maggiore effettività delle pretese ablativo dello Stato correlate alla commissione di illeciti penali e, dunque, specificamente, anche della sopravvivenza delle medesime alla vicenda dell'estinzione del reato".

¹⁴¹ Da ultimo cfr. ALLDRIDGE, *op. cit.*, p. 171 ss.

ne dal Parlamento Europeo e dal Consiglio a un ulteriore sforzo di analisi per individuare un modello di *actio in rem* condiviso nel rispetto delle tradizioni comuni: “The European Parliament and the Council call on the Commission to analyse, at the earliest possible opportunity and taking into account the differences between the legal traditions and the systems of the Member States, the feasibility and possible benefits of introducing further common rules on the confiscation of property deriving from activities of a criminal nature, also in the absence of a conviction of a specific person or persons for these activities”. Il legislatore europeo è consapevole della necessità di un ulteriore riflessione sull’opportunità di valorizzare l’*actio in rem*.

La “Commissione LIBE”, in realtà, come ampiamente esaminato in altra sede¹⁴², aveva proposto una scelta di politica criminale fondamentale e radicalmente diversa rispetto a quella recepita nella versione finale della Direttiva, attraverso l’adozione dell’*actio in rem* pura come modello fondamentale della confisca europea sul quale promuovere il mutuo riconoscimento¹⁴³. Tale proposta accoglieva le sollecitazioni della Raccomandazione del 2011 del Parlamento Europeo ed era in linea con le Raccomandazioni del GAFI¹⁴⁴ e con la realtà di diversi ordinamenti europei.

La Commissione proponeva, però, un modello giurisdizionalizzato e garantistico, qualificando la confisca senza condanna come “*sanzione penale*” da sottoporre alle garanzie previste dalla CEDU (in particolare artt. 6 e 7); una scelta assolutamente corretta, seppure stridente con talune opzioni legislative nazionali volte a ricomprendere le forme di confisca senza condanna nell’ambito delle misure amministrative e civili proprio per sottrarle alle garanzie penalistiche¹⁴⁵. In accoglimento alle sollecitazioni espresse nella FRA OPINION si pretendeva, in particolare, un alto *standard* della prova dell’origine illecita dei beni da confiscare¹⁴⁶, richiedendo che “l’autorità giudiziaria, sulla base di fatti specifici e dopo aver esperito tutti i mezzi di prova disponibili, sia convinta che tali beni derivano da attività di natura criminale rispettando, al contempo, pienamente le disposizioni dell’articolo 6 della CEDU e della Carta europea dei diritti fondamentali” (art. 48). Non ci si accontentava dello standard civilistico, seppur rafforzato, previsto per la confisca estesa in seguito a condanna (art. 4 della Proposta, 5 Direttiva), ma piuttosto si pretendeva correttamente che l’autorità giudiziaria fosse “convinta” dell’origine criminale¹⁴⁷.

Il legislatore europeo sembra non aver creduto nella possibilità di realizzare questa sorta di magica quadratura del cerchio cui aspirava la Commissione LIBE, consistente nella previsione di una vera e propria *actio in rem*, capace di conciliare le esigenze dell’efficienza con le garanzie della materia penale.

Forse si poteva credere di più nella magia di tale proposta, da una parte inducendo gli Stati membri all’adozione dell’*actio in rem* quale efficace modello di confisca degli assetti patrimoniali accumulati nel tempo, anche in mancanza di una condanna, imponendone il mutuo riconoscimento, dall’altra richiedendo le garanzie della materia penale, e innanzitutto un più pregnante standard probatorio dell’origine illecita dei proventi, agli Stati membri che già conoscono l’*actio in rem*.

¹⁴² MAUGERI, *op. cit.*, p. 270.

¹⁴³ Cfr. ECBA, *op. cit.*, 5 fortemente critica nei confronti della confisca senza condanna, che viola i principi di presunzione d’innocenza, *ne bis in idem* e il diritto al pacifico godimento del diritto di proprietà.

¹⁴⁴ Art. 4, § 3 FATF, *International Standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation*, febbraio 2012.

¹⁴⁵ Per un quadro di tale modello di confisca MAUGERI, *Relazione introduttiva. I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, in (a cura di) ID., *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano 2008, p. 90 ss.; ID., *The criminal sanctions against the Illicit Proceeds of Criminal Organisations*, in *NJECL* 2012, p. 272 ss. Sulle future questioni che si potranno prospettare in relazione all’eventuale lesione dei diritti fondamentali da parte della legislazione in esame cfr. Mo EGAN, *Non-conviction Based Sanctions: The Court of Justice v. the European Court of Human Rights, Who Decides?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2011, 19, p. 167 ss.

¹⁴⁶ Cfr. FRA OPINION, cit., § 2.2.2 (35).

¹⁴⁷ Il termine *convinto* richiama, infatti, il principio del libero convincimento del giudice di stampo continentale, ormai interpretato in base allo standard di *common law* dell’oltre ogni ragionevole dubbio; anche se, come esaminato, si esprime in maniera sicuramente più chiara in tale direzione la decisione quadro GAI n. 212/2005 – che non solo non prevede l’inversione dell’onere della prova, ma pretende che il giudice sia “*pienamente convinto*” sulla base di *fatti circostanziati* dell’origine illecita del bene; la Proposta di Direttiva emendata dalla Commissione LIBE si limitava a richiedere che il giudice fosse “convinto” quasi a voler aprire a uno standard più basso di quello penalistico, oltre ogni ragionevole dubbio, come quello intermedio di *common law*, la prova “chiara ed evidente”.

7.

La disciplina del congelamento dei beni: un anomalo passo indietro in termini di garanzie.

L'art. 7 disciplina il "congelamento" come provvedimento provvisorio da assumere in vista dell'eventuale successiva confisca; si afferma, infatti, che "1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per consentire il congelamento dei beni in vista di un'eventuale conseguente confisca". Nel considerando n. 27 si evidenzia lo stretto legame tra congelamento e confisca ("Poiché i beni sono spesso custoditi a fini di confisca, il congelamento e la confisca sono strettamente connessi") e come in "taluni sistemi giuridici, il congelamento a fini di confisca è considerato un provvedimento procedurale separato di natura provvisoria, al quale può seguire un ordine di confisca. Fatti salvi i diversi sistemi giuridici nazionali e la decisione quadro 2003/577/GAI, la presente direttiva dovrebbe ravvicinare taluni aspetti dei sistemi nazionali di congelamento a fini di confisca".

Il congelamento, come già evidenziato in altra sede, rappresenta un *termine non usato nel linguaggio giuridico italiano, che deve farsi rientrare nella nozione di sequestro*.

Si fa riferimento nello stesso art. 7 alla necessità di introdurre una specifica normativa per la corretta gestione dei beni "congelati" al fine di garantire la loro conservazione: "Tali misure, disposte da un'autorità competente, includono azioni urgenti da intraprendere, se necessario, al fine di conservare i beni". In tale direzione si dovrebbe auspicare che le specifiche normative consentano la prosecuzione manageriale di eventuali attività aziendali sottoposte a congelamento per garantirne la sopravvivenza nel mercato e addirittura, se possibile, l'incremento della redditività, come previsto nell'art. 2 *sexies*, c. 8, l. 575/65; il destino delle aziende sequestrate rappresenta uno dei profili più delicati della disciplina delle misure di prevenzione patrimoniali in considerazione dei plurimi interessi coinvolti, a partire da quelli dei lavoratori sino a quelli delle attività economiche connesse (fornitori di beni e servizi, subappaltatori) o degli equilibri economici di interi territori.

Nel secondo comma si ammette il congelamento anche nei confronti dei beni dei terzi confiscabili ai sensi dell'art. 6¹⁴⁸, nei limiti si dovrebbe ritenere in cui sarà consentita la confisca nei loro confronti in quanto ai sensi dell'art. 6 si ritenga che i terzi abbiano percepito il profitto dei reati dell'indagato o imputato, oppure che si tratti di beni loro fittiziamente intestati ma in realtà nella disponibilità dell'indagato/imputato.

Non sono state accolte le interessanti proposte di riforma, in chiave garantistica, della disciplina del congelamento avanzate dalla Commissione LIBE e addirittura *si è fatto un passo indietro in termini di garanzie*, perché mentre nella proposta di direttiva si precisa che spetta *all'autorità giudiziaria* l'adozione del congelamento, salva la possibilità delle autorità competenti di pronunciare tale provvedimento in una situazione di urgenza ("quando vi sia un rischio elevato che detti beni siano dispersi, occultati o trasferiti prima della decisione dell'autorità giudiziaria"), fermo restando l'obbligo di conferma da parte dell'autorità giudiziaria, nella versione definitiva della Direttiva, invece, si consente sempre alle "autorità competenti" l'adozione del congelamento *senza pretendere né che sia pronunciato dall'autorità giudiziaria né la conferma dei provvedimenti delle autorità competenti da parte della stessa autorità giudiziaria*. La Direttiva si accontenta in sede di garanzie di contemplare *la mera possibilità della conferma da parte dell'autorità giudiziaria, ma non l'obbligo*: art. 8, n. 4 "Tali procedure possono prevedere che il provvedimento iniziale di congelamento emesso da un'autorità competente diversa da un'autorità giudiziaria sia sottoposto alla convalida o al riesame da parte di un'autorità giudiziaria prima di poter essere impugnato dinanzi a un organo giudiziario".

Si tratta di un passo indietro in contrasto con i principi fondamentali e le garanzie della materia penale perché non si impone quella fondamentale garanzia rappresentata dal riservare all'autorità giudiziaria l'emanazione di un provvedimento fortemente limitativo del diritto di proprietà e della libertà di iniziativa economica, come il "congelamento" e cioè il sequestro dei beni; anche il codice antimafia continua a prevedere dei provvedimenti di urgenza, come il sequestro anticipato e il sequestro d'urgenza (Art. 22), che possono essere richiesti dalle autorità competenti a richiedere le misure di prevenzione, ma che comunque sono disposti dal

¹⁴⁸ "2. I beni in possesso di terzi, ai sensi dell'articolo 6, possono essere sottoposti a provvedimenti di congelamento ai fini di un'eventuale conseguente confisca".

presidente del Tribunale, salva la convalida del Tribunale.

La Commissione LIBE, al contrario, *pretendeva che anche il provvedimento urgente fosse emanato dall'autorità giudiziaria* non prevedendo la possibilità che delle "autorità competenti" emanassero tali provvedimenti, anche se in attesa della conferma dell'autorità giudiziaria. Tale proposta era assolutamente coerente con la chiara volontà espressa dalla "Commissione LIBE" di conformare la disciplina della confisca europea alle garanzie della CEDU, a partire dalla giurisdizionalità del procedimento, in conformità ai principi dell'art. 6 CEDU e della sua giurisprudenza che, pur ritenendo conformi alle garanzie della "materia penale" dei modelli *estesi* di confisca e anche di *actio in rem*, impone perlomeno il rispetto delle garanzie della "giurisdizione" e dei diritti della difesa.

E' stato correttamente recepito, invece, l'emendamento n. 15 al *considerando* 15 della Proposta, divenuto *considerando* n. 31 che sollecita una continua verifica delle esigenze che giustificano il congelamento (sequestro), oltreché la delimitazione della sua durata: "Considerata la limitazione al diritto di proprietà che i provvedimenti di congelamento comportano, non è opportuno che tali misure provvisorie siano mantenute più di quanto sia necessario a conservare la disponibilità del bene in vista di un'eventuale conseguente confisca. Ne può discendere l'obbligo per l'autorità giudiziaria di verificare che lo scopo di prevenire la dispersione dei beni sia sempre attuale". Disposizione che nonostante il tono non vincolante del *considerando* n. 31 (Ne può discendere l'obbligo per l'autorità) diviene correttamente *vincolante* nell'art. 8, n. 3, che stabilisce che "Il provvedimento di congelamento dei beni resta in vigore solo per il tempo necessario a conservare i beni in vista di un'eventuale successiva confisca" (e poi nel n. 5 si precisa che "I beni sottoposti a congelamento che non sono successivamente confiscati sono restituiti immediatamente"). Si tratta di un'importante previsione in termini di garanzie che esprime una ragionevole opzione di politica criminale consentendo di "bilanciare correttamente l'esigenza, sottesa ai provvedimenti di congelamento, di garantire l'effettività della confisca e l'esigenza di garantire i diritti dei titolari dei beni di esercitare il loro diritto di proprietà *convenzionalmente riconosciuto* (art. 1 del I Protocollo CEDU) e, laddove si tratti di beni aziendali, di esercitare la loro libertà di iniziativa economica; il congelamento dei beni comunque comporta un notevole sacrificio economico e, talora, finisce per compromettere la capacità e la tenuta economica di un'azienda, a parte la considerazione che anche la gestione dei beni comporta dei costi per lo Stato"¹⁴⁹. Il problema che rimane è che al di là delle affermazioni di principio le indagini patrimoniali sono spesso complesse e lente e i tempi dei procedimenti piuttosto lunghi, con la conseguenza che un prolungato congelamento rischia di compromettere la tenuta economica di aziende, che poi magari non saranno sottoposte a confisca all'esito del procedimento.

8.

Il diritto di difesa e a un ricorso effettivo.

L'art. 8, c. 1 stabilisce l'obbligo degli Stati di adottare "le misure necessarie a garantire che, al fine di salvaguardare i propri diritti, le persone colpite dai provvedimenti godano del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale"¹⁵⁰.

Il diritto al ricorso effettivo è imposto dall'art. 6 CEDU nell'ambito del diritto a processo equo e ricomprende il diritto all'indipendenza e imparzialità del giudice, che impone che il giudizio offra delle garanzie sufficienti ad evitare che il giudice possa essere considerato prevenuto¹⁵¹. Si osserva a tal proposito che il diritto a un'equa amministrazione della giustizia

¹⁴⁹ MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea"*, cit., p. 255.

¹⁵⁰ Non è stata accolta la proposta di emendamento della Commissione LIBE all'art. 8, c. 1 che prevedeva, nel riconoscere il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale nell'ambito dei procedimenti volti all'applicazione della confisca, che tale diritto fosse riconosciuto "a prescindere dalla proprietà al momento della confisca" alle persone i cui strumenti e proventi di reato siano confiscati ai sensi della presente direttiva, precisando nella Motivazione che "l'emendamento chiarisce che le persone che hanno diritto a un ricorso e ad un processo equo per determinare la legalità della confisca sono quelle che hanno utilizzato strumenti e/o ottenuto proventi di reato a prescindere dalla proprietà di tali beni al momento della confisca". Tale emendamento avrebbe potuto indurre a ritenere che il diritto di difesa fosse garantito solo a coloro che avessero utilizzato i beni e conseguito i profitti, ma non si garantissero i diritti di difesa di coloro che avessero successivamente acquistato i beni; tale timore, in realtà, era subito confutato dal successivo emendamento n. 47 che introduceva un nuovo comma 1 bis dell'art. 8, che stabiliva il diritto al ricorso effettivo di tutte le "persone colpite dai provvedimenti" come oggi sancito dal comma 1.

¹⁵¹ Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, 25 giugno 1992, n. 13778/88.

attraverso le garanzie del giusto processo, e quindi anche all'indipendenza e imparzialità del giudice, rappresenta un obbligo di risultato per gli Stati membri – ai sensi dell'art. 1 della Convenzione EDU – che si traduce nella necessità di adottare le misure positive in grado di garantire adeguatamente e in maniera effettiva i diritti protetti dall'art. 6¹⁵².

Si ribadisce nella Direttiva la necessità di garantire la giurisdizionalità del procedimento volto all'applicazione della confisca anche in sede di impugnazione, precisando al c. 4 dell'art. 8, con evidente riferimento ai provvedimenti di congelamento non emessi dall'autorità giudiziaria, che si deve garantire "l'effettiva possibilità di contestare il provvedimento di congelamento in sede giurisdizionale da parte delle persone i cui beni ne sono l'oggetto", eventualmente, come esaminato, previa convalida o riesame dell'autorità giudiziaria. Si precisa, poi, nel n. 6 che gli Stati membri devono garantire il diritto ad impugnare il provvedimento di confisca "dinanzi a un organo giudiziario".

L'art. 8, n. 2, prevede, poi, l'obbligo dello Stato di comunicare "quanto prima" e motivare, almeno sommariamente, il provvedimento di congelamento "dopo la sua esecuzione" con connesso, quindi, diritto del proprietario dei beni a essere informato. "La comunicazione indica, almeno sommariamente, il motivo o i motivi del provvedimento", fermo restando che "Se necessario per evitare di pregiudicare un'indagine penale, le autorità competenti possono ritardare la comunicazione del provvedimento di congelamento dei beni all'interessato". Nel comma 6 si ripete tale obbligo di comunicazione e si introduce un obbligo di *piena motivazione* in relazione al provvedimento di confisca ("6. Gli Stati membri adottano le misure necessarie a garantire che ciascun provvedimento di confisca sia motivato e comunicato all'interessato"; considerando n. 39)¹⁵³.

Tali disposizioni sono conformi all'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, che prevede al c. 1 – riconosciuto dalla Corte Edu anche ai procedimenti di *civil forfeiture* – il diritto al giusto processo e al contraddittorio e all'art. 6, c. 3, in relazione ai processi di carattere penale il diritto "(a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico"; la Corte EDU ha chiarito che le disposizioni dell'art. 6, c. 3 rappresentano un'esemplificazione del più generale principio del giusto processo e che i requisiti del par. 3 dell'art. 6 Conv. Eur., costituiscono "aspetti particolari" del più generale diritto ad un "processo equo garantito dal par. 1 della stessa disposizione"¹⁵⁴. Ne deriva che tali garanzie non valgono solo per la confisca considerata *pena* negli Stati membri ma anche per i provvedimenti di confisca, anche allargata, qualificati come sanzioni civili anche se applicati in seguito a condanna, basti pensare al *confiscation* britannico (o alla confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 definita misura di sicurezza), nonché per le forme di *civil forfeiture* e per la confisca misura di prevenzione perché, come già evidenziato, il diritto al giusto processo e al contraddittorio ex art. 6, c. 1, in cui rientrano anche le garanzie dell'art. 6, c. 3, è pacificamente riconosciuto dalla Corte EDU anche in materia civile¹⁵⁵.

Anche nella recente "[Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata](#)", presieduta dal Professore Fiandaca¹⁵⁶, si prevede all'art. 7, c. 2, *la necessità di notificare all'interessato anche la proposta di misura di prevenzione personale, e lo stesso vale per le patrimoniali ai sensi dell'art. 22 che rinvia all'art. 7; la proposta deve contenere ai sensi dell'art. 5, c. 1, "una indicazione anche concisa degli*

¹⁵² TAMIETTI-GAMBINI, *Art. 6 Diritto a un equo processo*, in *Commentario Breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo*, Padova 2012, p. 174; cfr. Corte eur. dir. uomo, 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, in Serie A, n. 89.

¹⁵³ Cfr. Cour de cassation (2 ch., E), 11 settembre 2013, P.13.0505.F., in *Rev. Dr. Pén. Crim.* 2014, p. 131.

¹⁵⁴ Corte eur. dei dir. dell'uomo, 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, serie A, 1996, n. 937, § 30; Corte eur. dei dir. dell'uomo, sez. I, 15 novembre 2001, Rezzonico c. Italia, n. 43490/98; Corte eur. dei dir. dell'uomo, sez. II, 8 marzo 2001, P.M. c. Italia, n. 43625/98; Corte eur. dei dir. dell'uomo, sez. II, 11 gennaio 2001, R.M. c. Italia, n. 61692/00.

¹⁵⁵ Corte eur. dir. dell'uomo, Drassich c. Italia, 11 dicembre 2007, n. 25575/04, § 33; Corte eur. dir. dell'uomo. Prikyan e Angelova c. Bulgaria, 16 febbraio 2006, n. 44624/98, § 52; Corte eur. dir. dell'uomo, Clinique de Acacias e Altri c. Francia, 13 ottobre 2005, nn. 65399/01, 65406/01, 65405/01 e 65407/01, § 38, più in generale qualora le doglianze ex art. 6, c. 3 siano invocate isolatamente, la Corte decide, di norma, di esaminare le doglianze del ricorrente dal punto di vista dei due testi letti unitariamente – ex pluribus Corte eur. dir. dell'uomo, GC, Sakhnovskiy c. Russia, 2 novembre 2010, n. 21272/03, § 94; Corte eur. dir. dell'uomo, Zaicevs c. Lettonia, 31 luglio 2007, n. 65022/01, § 42; Corte eur. dir. dell'uomo, GC, Van Geyselhem c. Belgio, 21 gennaio 1999, n. 26103/95, § 27; le garanzie di cui al terzo paragrafo devono essere interpretate alla luce della nozione generale di processo equo contenuta nel primo paragrafo; per sapere se una procedura si è svolta conformemente alle esigenze da essa imposta occorre procedere ad una valutazione basata su un apprezzamento della procedura considerata nella sua interezza Corte eur. dei dir. dell'uomo, Hermida Paz c. Spagna, 28 gennaio 2003, n. 4160/02.

¹⁵⁶ D.M. 10 giugno 2013, in *questa Rivista*, 12 febbraio 2014.

elementi di fatto su cui si fonda". In tal modo si precisa nella nota esplicativa si vuole *assicurare l'effettiva realizzazione di una contestazione analoga a quella prevista per il processo ordinario ed il principio di correlazione tra accusa e pronunzia giurisdizionale, senza provocare la benché minima complicazione delle forme processuali*.

In tale direzione, inoltre, la giurisprudenza di Strasburgo riconosce quale corollario dei principi del contraddittorio e della parità delle armi anche il diritto alla *discovery*, e cioè il diritto dell'imputato di prendere conoscenza delle osservazioni e degli elementi di prova prodotti dalle altre parti¹⁵⁷. Fermo restando che il diritto alla *discovery* non è assoluto ed è possibile ammettere delle restrizioni per salvaguardare diritti fondamentali di altri individui o un interesse pubblico essenziale – come l'interesse alla salvaguardia di un'indagine penale, previsto dalla norma in esame (art. 8, n. 2, della Direttiva) per giustificare il ritardo nella comunicazione del provvedimento di congelamento –, la giurisprudenza della Corte EDU precisa che alla luce del test della necessità assoluta le restrizioni ai diritti della difesa si devono presentare come indispensabili nelle circostanze del caso concreto e suscettibili di arrecare il minimo danno all'imputato¹⁵⁸. Lo Stato, precisa sempre la Corte di Strasburgo, deve prendere atto delle difficoltà della difesa e tentare di compensarle attraverso idonee garanzie procedurali¹⁵⁹; regola che dovrebbe valere proprio in relazione all'esplicazione di quell'onere di allegazione – se non di una vera e propria inversione dell'onere della prova –, imposto alla difesa in relazione alle forme di confisca allargata laddove si applicano, come esaminato e come previsto dal considerando n. 21 della Direttiva, delle presunzioni di origine illecita dei beni nella disponibilità dell'imputato.

Rimane il fatto che un provvedimento di congelamento può essere assunto da un organo non giudiziario e possa essere applicato *inaudita altera parte*, poiché l'art. 8, n. 2, impone il dovere di informare l'interessato successivamente all'esecuzione del provvedimento ("dopo la sua esecuzione"), in considerazione dell'evidente esigenza di prevenire eventuali tentativi dell'interessato di nascondere o comunque fare perdere le tracce dei beni confiscabili¹⁶⁰.

Si precisa, poi, nell'art. 8, n. 8, con riferimento alla confisca "estesa" il diritto (l'effettiva possibilità) di impugnare "le circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili in base ai quali i beni in questione sono considerati come derivanti da condotte criminose". Tale disposizione è conforme alla giurisprudenza della Corte EDU che fa rientrare nell'art. 6, c. 1, il diritto di impugnare gli elementi a carico ("le circostanze del caso, compresi i fatti specifici...") e, quindi, di confutare quelle presunzioni di fatto e di diritto, sulle quali spesso si fondono le forme di confisca "estesa" – previste anche nel considerando n. 21 della Direttiva –, riconosciute dalla Corte compatibili con l'art. 6 purché, appunto, confutabili¹⁶¹. Si applica, così, il diritto al contraddittorio, in cui rientra il diritto a contro esaminare i testimoni a carico¹⁶², in particolare laddove il provvedimento di confisca, come avviene nella prassi delle misure di prevenzione, si basi in misura determinante su testimonianze dei collaboratori di giustizia; nell'ipotesi in cui non sia garantito il diritto al contraddittorio si integra

¹⁵⁷ Corte eur. dei dir. dell'uomo, Brandstetter c. Austria, 28 agosto 1991, Serie A n. 211, §§ 66-67; ALLEGREZZA, *La conoscenza degli atti nel processo penale fra ordinamento interno e convenzione europea*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, 2008, p. 142; CASIRAGHI, *Il necessario bilanciamento tra i diritti alla conoscenza dell'accusa, alla pubblicità processuale e alla riservatezza*, *ivi*, p. 194. Il pubblico ministero deve dunque comunicare alla difesa tutte le prove in suo possesso, a carico o a discarico, cfr. Corte eur. dei dir. dell'uomo, Papageorgiou c. Grecia, 9 maggio 2003, n. 59506/00, in *Reports of Judgement and decisions* 2003, VI, p. 243, § 36; Corte eur. dei dir. dell'uomo, GC, Fitt c. Regno Unito, 16 febbraio 2000, n. 29777/96, *ivi* 2000, II, p. 367, § 44; Corte eur. dei dir. dell'uomo, Edwards c. Regno Unito, 16 dicembre 1992, n. 13071/87, Serie A n. 247-B, § 36.

¹⁵⁸ Corte eur. dei dir. dell'uomo, Van Mechelen e Altri c. Paesi Bassi, 23 aprile 1997, n. 21363/93; 21364/93; 21427/93; 22056/93, in *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III, § 58.

¹⁵⁹ Corte eur. dei dir. dell'uomo, I sez., Bannikova c. Russia, 4 novembre 2010, n. 18757/06, § 62; Corte eur. dei dir. dell'uomo, G.C., A e Altri c. Regno Unito, 19 febbraio 2009, n. 3455/05, §§ 205 ss..

¹⁶⁰ Sulla difficoltà della notificazione dei provvedimenti di congelamento cfr. FARALDO CABANA, *Improving the Recovery of Assets Resulting from Organised Crime*, in *Eur. J. Of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 22, 2014, p. 13-32; emerge la necessità di strumenti alternativi di notificazione quando l'interessato tenta di impedirla rendendosi irreperibile, ad esempio con la notifica presso gli avvocati che lo rappresentano in altre cause o con la pubblicazione della notifica sulla stampa dei paesi in cui si trovano i beni cfr. DANIEL-MATON, *La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles*, in JORGE, (ed.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires 2008, p. 138.

¹⁶¹ Corte eur. dir. dell'uomo, 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; Corte eur. dir. dell'uomo, *Salabiaku v. France*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1988, Série A, vol. 141, 10-15-17; Corte eur. dir. dell'uomo, 25 settembre 1992, *Pham Hoang v. France*, *ivi* 1992, vol. 243, 21-22; Corte eur. dir. dell'uomo, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, n. 399/02, 6.

¹⁶² Corte eur. dir. uomo, GC, 15 dicembre 2011, Al.Khawaja e Tahery c. Regno Unito, n. 26766/05 e 22228/06.

una violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3 d) Conv. se il pregiudizio così arrecato alla difesa non sia stato controbilanciato da elementi sufficienti, ovvero da solide garanzie procedurali in grado di assicurare l'equità della procedura nel suo insieme¹⁶³. La Corte di Strasburgo ha osservato come l'art. 6 della Convenzione, c. 3 lett. d) riconosca il diritto per ogni accusato di poter esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico¹⁶⁴.

Emerge, poi, un ulteriore profilo del diritto di difesa, riconosciuto dalla Corte di Strasburgo, il diritto di difendersi provando che include il diritto a che le prove a discarico siano *valutate* dall'autorità giudiziaria e si tenga, quindi, conto delle prove determinanti fornite dalla difesa, altrimenti si concretizzerebbe un diniego di giustizia¹⁶⁵ e la violazione del principio della parità delle armi nel senso di un giusto equilibrio tra le parti che "vale di regola in civile come in penale"¹⁶⁶ e si traduce nell'esigenza di garantire a ciascuna parte una possibilità ragionevole di presentare le proprie prove in condizioni di eguaglianza, nonché l'obbligo per il giudicante di procedere all'esame effettivo dei mezzi, degli argomenti e delle offerte di prova delle parti, salvo verificarne la pertinenza ai fini della decisione¹⁶⁷.

La Corte EDU, inoltre, impone ancora ai giudici nazionali che, in applicazione dell'art. 6, 1 c., nell'applicare il provvedimento di confisca non possono fondarsi su semplici sospetti, ma, devono sviluppare e valutare oggettivamente i fatti presentati dalle parti e non valutare in maniera arbitraria gli elementi che sono stati presentati¹⁶⁸. Principio ancor più recentemente ribadito anche in considerazione della «posta in gioco delle procedure di prevenzione e [de] gli effetti che sono suscettibili di produrre sulla situazione personale delle persone coinvolte. La Corte osserva che questo tipo di procedura riguarda l'applicazione della confisca di beni e capitali, cosa che direttamente e sostanzialmente coinvolge la situazione patrimoniale della persona soggetta a giurisdizione. Davanti a tale posta in gioco, non si può affermare ... (vedere *Martinie*, prima citata, § 43 e, *à contrario*, *Jussila c. Finlandia* [GC], n° 73053/01, § 48, CEDH 2006...)»¹⁶⁹; considerazioni espresse per la confisca di prevenzione ma che si possono estendere a tutti i procedimenti volti all'applicazione di forme di confisca estesa che comportano, appunto, l'opportuna considerazione "della posta in gioco", il sacrificio del diritto di proprietà e della libertà d'iniziativa economica, e quindi della stessa libertà personale del cittadino, come riconosciuto dall'art. 1 del I Protocollo CEDU.

Questi diritti sono garantiti anche in capo ai terzi non solo in quanto comunque rientranti nel comma 1 laddove siano "interessati" in quanto proprietari dei beni, ma anche laddove siano coinvolti in virtù delle previsioni dell'art. 6 (art. 8, n. 9) in quanto sapevano o avrebbero dovuto sapere che i beni ottenuti o acquisiti fossero proventi o strumenti del reato; si garantisce in generale il diritto ad essere assistiti da un avvocato e ad essere informati di tale diritto (art. 8, n. 7. Fatte salve la direttiva 2012/13/UE e la direttiva 2013/48/UE, le persone i cui beni sono oggetto del provvedimento di confisca hanno diritto a un avvocato durante l'intero procedimento di confisca, al fine di esercitare i propri diritti relativamente all'identificazione dei beni strumentali e dei proventi. Le persone interessate sono informate di tale diritto).

In tale direzione sembrano interessanti le proposte di riforma del procedimento di preven-

¹⁶³ Corte eur. dei dir. dell'uomo, 3 dicembre 2013, *Vararu c. Romania*, n. 35842/2005.

¹⁶⁴ Tale disposizione è interpretata in maniera pressoché costante dalla Corte EDU nel senso che, al diritto dell'accusato di confrontarsi con i suoi accusatori può derogarsi in due sole ipotesi: o quando all'accusato venga concessa l'opportunità di controbattere a quanto detto da chi lo ha accusato contestualmente a tali dichiarazioni o anche successivamente; oppure quando, pur non essendo stata concessa tale opportunità, la condanna si sia basata anche su altre prove. In altri termini, per la Corte europea dei diritti dell'uomo può astrattamente concepirsi una deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio a condizione che, naturalmente, la condanna non si sia basata esclusivamente sulle dichiarazioni rese in fase anteriore al dibattimento su cui non si è avuto modo di replicare. Devono esserci, in sostanza, altri elementi di prova a carico dell'accusato.

¹⁶⁵ Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Lenskaya c. Russia*, 29 gennaio 2009, n. 28730/03, § 39; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Vedernikova c. Russia*, 12 luglio 2007, n. 25580/02, § 25.

¹⁶⁶ Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1993, Serie A, n. 274, § 32-33.

¹⁶⁷ Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Van de Hurk c. Paesi Bassi*, 19 aprile 1994, Serie A n. 288, § 59; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Kraska c. Svizzera*, 19 aprile 1993, Série A 254-B, § 30; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1993, Serie A, n. 274 § 35 ritiene che il provvedimento di confisca pronunciato nel caso di specie non tiene conto di prove determinanti fornite dalla difesa, realizzando un diniego di giustizia.

¹⁶⁸ Corte eur. dei dir. dell'uomo, 26 luglio 2011, *Palermi c. Italia*, n. 55772/08, § 37.

¹⁶⁹ Corte eur. dei dir. dell'uomo, 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*, n. 399/02; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 luglio 2008, *Perre et autres c. Italie*, n. 1905/05; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 5 gennaio 2010, *Bongiorno c. Italia*, n. 4514/07. Cfr. MAUGERI, *La conformità dell'actio in rem con il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 187 ss.

zione, destinato all'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, avanzate nella Relazione della Commissione Fiandaca "incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata"¹⁷⁰, proprio al fine di dare piena attuazione alle indicazioni sui principi del giusto processo e del contraddittorio provenienti dalla giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 6¹⁷¹.

9.

Il riutilizzo sociale dei beni.

Sono state accolte in parte le proposte di emendamento della Commissione LIBE volte ad imporre agli Stati membri la destinazione sociale dei beni confiscati, considerata una delle più pregnanti caratteristiche del sistema italiano della prevenzione patrimoniale, come riconosciuto dalla Risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo¹⁷².

Rispetto agli emendamenti proposti dalla Commissione LIBE, la versione finale della Direttiva assume, però, dei toni meno decisi. Non sono stati inseriti nell'articolo I (emendamento n. 24) i riferimenti all'esigenza dell'*armonizzazione dei principi generali per una corretta gestione dei beni sequestrati e successivo riutilizzo dei beni confiscati* ("La presente direttiva ... e raccomanda principi generali per la gestione e il trasferimento dei beni confiscati"), e nell'art. 10, c. 3, ci si limita a richiedere agli Stati membri di *valutare* "se adottare misure che permettano di utilizzare i beni confiscati per scopi di interesse pubblico o sociale" («*Member States shall consider taking measures allowing confiscated property to be used for public interest or social purposes*»): non si impone il riutilizzo sociale, ma in maniera non vincolante si prevede esclusivamente l'impegno a valutarne l'opportunità; mentre il c. 2 *bis* (emendamento n. 56) proposto dalla Commissione LIBE prevedeva l'obbligo (*shall provide*) del riutilizzo sociale («*each Member State shall provide for the possibility of confiscated property being used for social purposes*») e si prevedeva nello stesso articolo che nello stabilire la destinazione dei beni confiscati si desse priorità "all'assegnazione di tali beni a progetti di contrasto e di prevenzione della criminalità, nonché ad altri progetti di interesse pubblico e di utilità sociale", priorità ora suggerita nel 35° considerando¹⁷³. La differenza tra l'espressione «*shall consider taking*», utilizzata dalla Direttiva, e l'espressione «*shall provide*», della versione proposta dalla Commissione LIBE, è evidente.

Si è affermato, addirittura, che la Direttiva non "ha raggiunto il suo scopo originale, riguardante la necessità di imporre regole comuni e vincolanti in materia"¹⁷⁴.

E' stato recepito il § 2 dell'art. 10 (emendamento 55) che finisce per sottolineare l'importanza del riutilizzo sociale dei beni prevedendo che nella fase del "congelamento" "la vendita o il trasferimento dei beni che rischiano di svalutarsi" deve avvenire "ove necessario", in quanto, come emerge dal c. 3 si deve attribuire la priorità a scopi di interesse pubblico o sociale.

Allo stesso modo non si precisa nell'art. 10 come proposto dalla Commissione LIBE ma si precisa nel considerando n. 35, che sia "nella gestione dei beni congelati" sia "nell'adozione di misure relative all'utilizzazione dei beni confiscati" "gli Stati membri adottino adeguati provvedimenti per impedire infiltrazioni criminali o illegali".

E' stato eliminato qualunque riferimento, previsto nel considerando n. 16 come riformato dalla Commissione LIBE, alla "creazione di un fondo dell'Unione in cui si raccolga una parte dei beni confiscati dagli Stati membri. Tale fondo dovrebbe essere aperto a progetti pilota di cittadini dell'Unione, ad associazioni, coalizioni di ONG e qualsiasi altra organizzazione della società civile, per incoraggiare un efficace riutilizzo sociale dei beni confiscati ed ampliare le funzioni democratiche dell'Unione", nonché al legame tra il riutilizzo sociale dei beni e l'affermazione della cultura della legalità (emendamento n. 18) ("La pratica dell'utilizzo a fini sociali

¹⁷⁰ D.M. 10 giugno 2013.

¹⁷¹ Così Relazione, cit., p. 21 ss.

¹⁷² Cfr. BALSAMO, *Il "codice antimafia"*, cit., p. 25.

¹⁷³ Si prevede che per introdurre in maniera oculata una simile disciplina si deve adempiere "ad un obbligo procedurale per gli Stati membri quale un'analisi giuridica o un esame dei vantaggi e degli svantaggi connessi all'introduzione delle misure".

¹⁷⁴ ARCIFA, *The new Eu Directive on confiscation: a good (even if still prudent) starting point for the post-Lisbon Eu strategy on tracking and confiscating illicit money*, Maggio 2014, n. 64, p. 13. Cfr. *Note requested by the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs of the European Parliament of the European Parliament to the Basel Institute on Governance, The need for new EU legislation allowing the assets confiscated from criminal organizations to be used for civil society and in particular for social purposes*, in www.europarl.europa.eu.

dei beni confiscati promuove e sostiene la diffusione della cultura della legalità, l'assistenza alle vittime di reato e l'azione di contrasto alla criminalità organizzata, attivando così meccanismi virtuosi, da realizzare anche attraverso organizzazioni non governative, a beneficio della collettività e dello sviluppo socio-economico di un territorio, applicando criteri oggettivi").

Nonostante i toni non vincolanti e la minori enfasi della Direttiva nel sottolineare l'importanza del riutilizzo sociale dei beni confiscati, si dovrebbe nondimeno valorizzare tale profilo che esalta non tanto l'effetto spada delle politiche europee di lotta al crimine organizzato¹⁷⁵ ma la stesse "funzioni democratiche dell'Unione", e cioè l'importanza della salvaguardia del valore dei beni confiscati, tanto più quelli aziendali, e del loro investimento in progetti di utilità sociale o, meglio, volti allo sviluppo socio-economico; il tutto al fine di suscitare e consolidare il consenso sociale nei confronti di questo importante strumento, la confisca, destinato non solo a combattere il crimine, ma a liberare l'economia da quelle infiltrazioni criminali che ne frenano lo sviluppo in maniera spesso irrecuperabile e comunque intollerabile.

10. Conclusioni.

L'entrata in vigore della Direttiva rappresenta un'occasione per gli Stati membri di procedere ad un'opera di armonizzazione e razionalizzazione della disciplina delle sanzioni patrimoniali al fine ultimo di realizzare la piena attuazione del principio del *reciproco riconoscimento*.

Nell'ordinamento italiano si dovrebbe, innanzitutto, riformare la disciplina generale della confisca, art. 240 c.p., garantendo il carattere obbligatorio della confisca del profitto e l'accoglimento di un'ampia nozione di provento, capace di ricomprendere non solo i surrogati, ma anche le ulteriori utilità, perlomeno, laddove – in base ad una prova indiziaria – siano causalmente riconducibili all'originario profitto, come sancito dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nel caso *Miragliotta*¹⁷⁶. Dovrebbe, inoltre, essere introdotta una disciplina generale della confisca per equivalente, salva la discrezionalità consentita dalla Direttiva al legislatore nazionale di concepirla come sanzione sussidiaria o misura alternativa, nonché la clausola dell'onerosità e una disciplina che garantisca il rispetto del principio di proporzionalità, soprattutto laddove la confisca assuma profili punitivi (come la confisca degli strumenti del reato), fermo restando che sarebbe auspicabile che il legislatore evitasse di utilizzare tale misura con finalità punitive; la rigidità della confisca non la rende compatibile con il rispetto del principio di proporzionalità o con i principi che presidono la commisurazione della pena, a partire dal principio di colpevolezza, come dimostra, ad esempio, nell'ordinamento italiano la vicenda della confisca per equivalente degli strumenti del reato ex art. 187 *sexies* T.U. in materia di intermediazione finanziaria, sopra considerata.

Per il resto in relazione ai profili più innovativi la Direttiva, al pari della decisione quadro n. 212/2005, assume quell'approccio minimalista per cui si limita ad imporre un modello di confisca "estesa" valido ai fini del reciproco riconoscimento, ferma la libertà degli Stati membri di introdurre modelli più estesi con minori garanzie, rispetto ai quali può essere rifiutato il mutuo riconoscimento; non si ha il coraggio o, meglio, manca la volontà politica degli Stati di individuare, piuttosto, quelle garanzie imprescindibili in presenza delle quali dovrebbe comunque essere garantito il mutuo riconoscimento e l'implementazione in ciascun Stato membro del provvedimento di confisca dell'autorità straniera.

Il modello di confisca estesa proposto, poi, pur fondandosi su una condanna, si accontenta di uno standard della prova civilistico, anche se attraverso la valorizzazione del "molto più probabile" si potrebbe provare a pretendere qualcosa di più del mero 51%, come la prova "chiara ed evidente" dei sistemi di *common law*; sembra opportuna nell'ottica delle garanzie la pretesa dell'accertamento anche del carattere sproporzionato del bene e sembra apprezzabile in termini di efficienza, per contro, la scelta del Parlamento europeo di non richiedere, ai fini dell'applicazione della confisca allargata, alcuni requisiti richiesti nell'originaria proposta di direttiva, in particolare il carattere *similare* dell'attività criminale.

I modelli di confisca allargata proposti nella decisione quadro n. 212/2005 si presentavano sicuramente più garantisti, delimitando l'utilizzo di simili strumenti al settore della lotta

¹⁷⁵ Cfr. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pubblic. com.* 2007, p. 1177.

¹⁷⁶ Cass., S.U., 6 marzo 2008, n. 10280, *Miragliotta*, rv. 23870.

contro gravi reati e il crimine organizzato, pretendendo la condanna e, pur prescindendo dalla prova del nesso causale tra singoli beni o cespiti patrimoniali e uno specifico reato, richiedeva un alto standard della prova dell'origine criminale, accompagnata dall'accertamento del carattere sproporzionato dell'acquisto o della correlazione temporale o, addirittura, anche della medesima natura dell'attività criminale fonte. L'errore della decisione n. 212 è stato, però, quello di avere previsto più modelli, consentendo agli Stati di rifiutare l'applicazione del provvedimento dell'autorità straniera dello Stato membro che aveva adottato un diverso modello; anche la decisione quadro 212/2005 non era riuscita, del resto, ad imporre delle garanzie minime, consentendo comunque agli Stati di adottare modelli di confisca più efficienti e con minori garanzie.

La confisca senza condanna è stata accolta in maniera limitata e problematica (anche in relazione agli strumenti) e non è stata accolta la proposta di confisca senza condanna di natura "penale" proposta dalla Commissione LIBE, con il suo rigoroso standard della prova; anche in questo settore sembra emergere la preoccupazione di imporre, intanto, un modello di confisca efficiente piuttosto che di sancire le garanzie imprescindibili, con il risultato paradossale di avere elaborato un modello minimalista che non tiene conto della realtà di diversi ordinamenti europei, che conoscono bene l'*actio in rem* e anche, seppure in maniera limitata, la cooperazione giudiziaria in materia attraverso la Convenzione di Strasburgo del 1990 o accordi bilaterali¹⁷⁷.

Nell'ordinamento francese, ad esempio, è stata data applicazione a dei provvedimenti di confisca misura di prevenzione pronunciati dall'autorità giudiziaria italiana¹⁷⁸, con il parere favorevole della Commissione Giustizia del Senato, che ha osservato che le disposizioni in materia di sequestro e confisca «*n'imposent toutefois pas que la confiscation [applicable par renvoi à la saisie] elle-même ait été prononcée dans le cadre d'une procédure pénale, et elle estime en conséquence qu'elles ne devront pas empêcher la France de reconnaître et d'exécuter, dans le cadre de la coopération internationale, des décisions de confiscation prononcées par une juridiction étrangère dans le cadre d'une procédure civile ou d'une utilisation étendue de compétences fiscales, dès lors que les exigences du procès équitable auront été respectées*»¹⁷⁹.

Pur nella consapevolezza della problematicità in termini di rispetto della garanzie fondamentali dell'*actio in rem*, sembra allora più realistico e soprattutto maggiormente utile anche in termini di garanzie prospettare la necessità di un supplementare sforzo di confronto tra i diversi modelli di *actio in rem* previsti nel panorama europeo (e non solo) al fine di elaborare un modello condiviso, come prospettato dal Parlamento Europeo e dal Consiglio nel rivolgere l'invito alla Commissione a un ulteriore sforzo di analisi¹⁸⁰; forse in questo settore più che in ogni altro si renderà proficuo un diverso approccio rispetto a quello finora utilizzato nell'elaborazione degli strumenti legislativi in materia, attraverso la determinazione delle *garanzie irrinunciabili* in presenza delle quali debba prevalere l'obbligo del reciproco riconoscimento.

Si dovrebbe partire, innanzitutto, dal verificare in quali ipotesi, pur in presenza di un procedimento *in personam* non concluso con una condanna definitiva, si possa pervenire alla confisca dei proventi del reato magari in un connesso procedimento patrimoniale autonomo, per poi riflettere sull'opportunità di un incremento dei poteri e degli strumenti di indagine nel settore patrimoniale, sino a verificare quali siano i presupposti imprescindibili in termini di garanzie di un eventuale *actio in rem*, senza dimenticare la possibilità di incominciare a ragionare anche a livello europeo sulla possibilità/opportunità di elaborare – come proposto nella recente Relazione della Commissione Fiandaca “incaricata di elaborare una proposta di inter-

¹⁷⁷ Cfr. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali – La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012, p. 292 ss., il quale riporta l'Accordo del 16 maggio 1990 tra l'Italia e il Regno Unito in materia di mutua assistenza relativa al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope e di sequestro e confisca dei proventi, ove si prevede espressamente l'eseguibilità dei decreti applicativi di misure di prevenzione patrimoniale.

¹⁷⁸ Crim., 13 novembre 2003, n° 03-80.371, D. 2003. 3008, et les obs.; Civ. 2e, 4 giugno 2009, n° 08-16.142, D. 2009. 2250, con nota di CUTAJAR; Crim., 19 ottobre 2011 n° 11-80.247; *Cour de Cassation, Chambre Criminelle*, 13 novembre 2003, *Crisafulli-Friolo*; cfr. MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti*, cit., p. 570 s.

¹⁷⁹ «Rapport n° 328 (2009-2010) de M. François Zocchetto, fait au nom de la Commission des lois du Sénat», depositato il 24 febbraio 2010. Cfr. BALLOT, *Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale*, in RSC 2013, p. 321. Cfr. Trib. penale federale svizzero, sez. II, 21 gennaio 2011, Pres. Cova, ric. A, 11 luglio 2011, con nota di NICOSIA, *Il Tribunale penale federale svizzero accoglie una rogatoria della Procura di Milano finalizzata alla confisca “di prevenzione” di conti bancari*, in questa Rivista, 11 luglio 2011.

¹⁸⁰ Si veda supra § 6.

venti in materia di criminalità organizzata¹⁸¹ –, “istituti di nuovo conio come tali più adeguati a soddisfare le variegate aspettative che una moderna prevenzione pone in una prospettiva di delicato bilanciamento tra esigenze e valori concorrenti”, come ad esempio una forma “più moderna e flessibile” del «preesistente istituto della sospensione dell’amministrazione dei beni connessi ad attività economiche (artt. 3 *quater* e 3 *quinquies*, l. 575/1965), ridenominato più di recente “Amministrazione giudiziaria” dall’art. 34 del Codice Antimafia. Nella revisione proposta dalla Commissione, l’istituto in parola assume un rilievo di più ampio respiro e si sviluppa in una cornice di innovazione che include – oltre alla ridisciplina dei suoi contenuti normativi – l’introduzione di una nuova figura di controllo giudiziario e, in connessione, una modifica della disciplina delle interdittive prefettizie. Il complessivo obiettivo di fondo perseguito da questa nuova progettazione, ..., consiste nel promuovere il disinquinamento mafioso delle attività economiche, salvaguardando al contempo la continuità produttiva e gestionale delle imprese»¹⁸².

Fondamentale in tale direzione la dettagliata imposizione nell’art. 8 della Direttiva delle garanzie difensive e della giurisdizionalizzazione dei procedimenti patrimoniali, anche nelle limitate ipotesi in cui non si presuppone la condanna o siano eseguiti successivamente alla condanna (art. 8, c. 4), in quanto l’effettiva tutela giurisdizionale dell’interessato e dei terzi è uno dei profili deboli di molte discipline in materia. La Direttiva, del resto, come già accennato, al considerando n. (38) prevede il rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuto dalla CEDU, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, nonché dei diritti processuali nei processi penali previsti dalle direttive in materia. La piena giurisdizionalizzazione, nel rispetto delle garanzie difensive e del principio del contraddittorio, di qualunque forma di procedimento patrimoniale autonomo, potrebbe evitare che l’asperata attenzione ai profili dell’efficienza nell’ambito della lotta al crimine organizzato, in particolare sotto il profilo patrimoniale, e le esigenze di semplificazione sottese alla libera circolazione delle decisioni giudiziarie, possa tradursi in un abbassamento del livello delle garanzie.

¹⁸¹ D.M. 10 giugno 2013.

¹⁸² Così Relazione, cit., pp. 13-14.

LA SUPREMA CORTE PRETENDE UN USO PIÙ CONSAPEVOLE DELLA CATEGORIA DELL'IMPRESA MAFIOSA IN CONFORMITÀ AI PRINCIPI COSTITUZIONALI

*Cass., sez. V, 17 dicembre 2013 (dep. 17 marzo 2014), n. 12493, Pres. Marasca,
Relatore Settembre, Imp. Cinà*

Anna Maria Maugeri

ABSTRACT

In contrasto con un certo orientamento della giurisprudenza che utilizza in maniera spregiudicata la categoria dell'impresa mafiosa, per trasformare la confisca di prevenzione o la confisca allargata ex art. 12 sexies d.l. 306/92, nonché la confisca ex art. 416, bis, c. 7, in una forma di confisca generale dei beni in violazione del principio di legalità e di proporzione, e del diritto di proprietà, la sentenza in esame si segnala per un approccio correttamente garantistico nell'applicare la categoria dell'impresa mafiosa, negando innanzitutto che si possa confiscare l'intera azienda in base al mero accertamento della pericolosità sociale e della "disponibilità" nei confronti dell'organizzazione.

SOMMARIO

0. Premessa. – 1. L'uso giurisprudenziale della categoria dell'impresa mafiosa per giustificare la confisca generale dei beni. – 2. L'orientamento contrario della Suprema Corte e il rispetto dei principi costituzionali. – 3. La confisca dell'impresa come strumento del reato ex art. 416 *bis*, c. 7: orientamento garantistico. – 4. La deduzione del carattere "mafioso" dei compendi aziendali dalla mera pericolosità sociale. – 5. La confisca fondata sulla presunzione della destinazione illecita e la confisca generale dei beni (rinvio). – 6. Gli argomenti della sentenza Cinà.

0.

Premessa.

La sentenza Cinà della V sezione della Suprema Corte si segnala per l'importante presa di posizione contro l'uso spregiudicato della categoria dell' "impresa mafiosa" cui si assiste nella più recente prassi giurisprudenziale; etichettando l'impresa come mafiosa è possibile confiscare interi compendi imprenditoriali senza sforzarsi di provare quali siano i beni o i cespiti patrimoniali di origine illecita o di valore sproporzionato ai fini della confisca ex art. 2 *ter* l. 575/1965 (oggi art. 24 del codice delle misure di prevenzione ex d.lgs. n. 156/2011), arrivando talora a presumere il carattere illecito di tutta l'impresa e quindi **la sua confiscabilità dalla mera pericolosità sociale del prevenuto.**

Prima di esaminare le argomentazioni della Suprema Corte nella sentenza in esame si procederà ad una disamina dell'orientamento in questione che utilizza la categoria dell'impresa mafiosa per trasformare la confisca di prevenzione in una forma di confisca generale dei beni e il suo contrasto con quell'orientamento della stessa giurisprudenza della Suprema Corte, che richiede il rispetto del diritto di proprietà e della libertà d'iniziativa economica delimitando l'oggetto della confisca antimafia nei limiti del frutto o reimpiego, o comunque dei beni di valore sproporzionato in conformità al dettato legislativo.

1.

L'uso giurisprudenziale della categoria dell'impresa mafiosa per giustificare la confisca generale dei beni.

Le forme di confisca allargata previste nel nostro ordinamento, art. 2 *ter* l. 575/1965 e art. 12 *sexies* l. 356/1992, non possono essere applicate direttamente nei confronti delle persone giuridiche e consentono l'ablazione solo delle singole quote societarie di cui dispone rispettivamente l'indiziato o l'imputato. La giurisprudenza, però, utilizza talora la categoria dell' "impresa mafiosa" per giustificare la confisca di interi compendi aziendali o di tutte le quote societarie **senza distinguere se il capitale investito nell'attività societaria sia di origine lecita o illecita e se l'attività in cui è stato investito sia lecita o illecita (esercitata con metodo mafioso), e ciò sia nell'ipotesi in cui il capitale sia di origine lecita e sia stato investito in un'attività illecita, sia nell'ipotesi in cui i beni di origine illecita siano stati investiti in attività lecite**¹. La commistione non consentirebbe di distinguere il lecito dall'illecito e comporterebbe la confisca di tutta l'impresa. In tal modo, pur trattandosi di una forma di confisca che dovrebbe colpire solo dei beni di origine illecita che siano nella disponibilità del soggetto proposto o condannato, si consente, per lo meno secondo l'interpretazione di una certa giurisprudenza, *di colpire delle intere attività economiche contaminate, indipendentemente dall'origine illecita del patrimonio*²; si afferma, infatti, che le modalità illecite di esercizio dell'attività di impresa assurgono "ad un criterio del tutto prioritario di valutazione della provenienza illecita dei beni sottoposti a sequestro, finendo con il prevalere sull'altro criterio della proporzione rispetto ai redditi dichiarati ed alla attività economica svolta"³.

Tale orientamento viene argomentato affermando: "Al riguardo, la soluzione della Corte di merito appare giuridicamente ineccepibile nel sostenere – sulla base di insegnamento di legittimità⁴, al quale questo Collegio aderisce pienamente – che, nell'insieme aziendale non fosse possibile operare la reclamata distinzione, stante il carattere unitario dell'azienda, che è il risultato combinato e sinergico di capitali, beni strumentali, forza lavoro ed altre com-

¹ Cfr. NICASTRO, *La confisca nella legislazione patrimoniale antimafia*, in MAUGERI (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, p. 317; FALLONE, *Luci ed ombre del procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *Documenti Giustizia*, 1995, n. 4, p. 601. Cfr. Corte d'Appello di Reggio Calabria, 6 marzo 1986, Libri e altri, in *Foro it.*, 1987, c. 361; Trib. Napoli, 14 marzo 1986, Sibilia, in *Foro it.*, 1987, II, c. 365; Corte d'Appello di Napoli, 7 gennaio 1987, Sibilia, *ivi*, c. 359.

² Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *Relazione Introduttiva*, in MAUGERI (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine, cit.*, p. 106 ss. e dottrina *ivi* citata; SCARPINATO, *Le indagini patrimoniali*, in CASSANO (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, Nel Diritto Editore, 2009, pp. 245-246.

³ Ad avviso di SCARPINATO, *op. cit.*, p. 245, tale espressione si ritrova in molte decisioni dei giudici della prevenzione; in particolare l'autore cita Tribunale di Palermo, Decreto 20.3.2003 a carico di Nangano Francesco.

⁴ Cass., Sez. V, n. 17988 del 30 gennaio 2009, Baratta, in CED, rv. 244802; Cass., Sez. II, 8 febbraio 2007, n. 5640, Schimmenti, non massimata.

ponenti, giuridicamente inglobati ed accomunati nel perseguimento del fine rappresentato dall'esercizio dell'impresa, secondo la definizione civilistica (art. 2555 c.c.). Nell'insieme unitario costituente autonoma realtà economico-sociale, proprio perché i vari fattori interagiscono finalisticamente e si integrano vicendevolmente, dando luogo ad un'entità autonoma, non è possibile discernere l'apporto di componenti lecite (riferibili a capacità ed iniziativa imprenditoriale) da quello imputabile ad illecite risorse, tanto più ove il consolidamento e l'espansiva espansione delle aziende del proposto siano stati, sin dall'inizio, agevolati dall'organizzazione mafiosa, in un circuito perverso di illecite cointeressenze (cfr., pure, in tema di sequestro, Sez. 3, n. 6444 del 7.11.2007, Donvito, rv. 238819)⁵.

Tale orientamento sarebbe accettabile laddove effettivamente fosse accertato che "il consolidamento e l'espansiva espansione delle aziende del proposto siano stati, sin dall'inizio, agevolati dall'organizzazione mafiosa, in un circuito perverso di illecite cointeressenze", ad esempio si ottengono gli appalti grazie all'intervento dell'organizzazione mafiosa, e non si utilizzasse, invece, un simile assunto come una sorta di massima di esperienza applicabile senza verificare se nel caso concreto la regola di esperienza sia valida e si sia concretamente realizzata, senza verificare se si sia realmente in presenza di un'impresa mafiosa "originaria" (caratterizzate da una forte individualizzazione attorno alla figura dominante del fondatore, il quale la gestisce direttamente con metodo mafioso), o di un'impresa di proprietà del mafioso (che non la gestisce direttamente ma esercita in modo mediato la funzione di direzione, avvalendosi di prestanome)⁶, ipotesi che non pongono particolari problemi trattandosi di imprese create con capitali di origine illecita e gestite con metodo mafioso, o piuttosto di un'impresa a "partecipazione mafiosa" (il titolare non è un prestanome ma rappresenta anche i propri interessi): in quest'ultimo caso occorre distinguere opportunamente se si tratta di un'impresa in cui si realizza un inquinamento del ciclo aziendale esercitato con metodi mafiosi (e da quale momento questo si realizza) oppure solo un'immissione di capitali illeciti senza alterazione del ciclo aziendale⁷. Quest'ultima ipotesi, l'impresa a partecipazione mafiosa, è quella che merita una maggiore attenzione e la necessità di limitare la confisca solo nei limiti del frutto o reimpiego, piuttosto che procedere ad un'indiscriminata confisca di tutta l'impresa.

Tale orientamento espansivo nell'applicazione della confisca attraverso l'utilizzo della categoria dell'impresa mafiosa si afferma anche in relazione alla confisca ex art. 3 *quinquies* l. 575/1965 (oggi art. 34, c. 7 d.lgs. n. 159/2011), senza più distinguere l'ambito di applicazione della sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni ex art. 3 *quater* l. 575/1965 (attività economiche il cui libero esercizio agevoli l'attività delle persone predette, quindi anche i beni – mezzo o comunque qualunque attività che sia destinata a scopi illeciti) – oggi amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche ex art. 34, c. 2 d.lgs. n. 159/2011 – e l'ambito di applicazione della confisca ex art. 3 *quinquies* l. 575/1965 (i beni che si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego)⁸.

Si trasforma così la confisca antimafia, ex artt. 2 *ter* e 3 *quinquies* l. 575/1965, in uno strumento di aggressione delle attività imprenditoriali in qualche modo contaminate, indipendentemente da quale sia l'origine del patrimonio o la porzione degli interessi di origine illecita.

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

⁵ Cass., 23 gennaio 2014, n. 16311,

⁶ Così in CONTRAFFATTO, *Loggetto della confisca di prevenzione e lo standard della prova*, in BALSAMO-CONTRAFATTO-NICASTRO (a cura di), *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè, 2010, p. 117 ss.

⁷ Per questa catalogazione cfr. CONTRAFFATTO, *Loggetto della confisca di prevenzione e lo standard della prova*, op. cit., p. 117 ss. Cfr. sulla mafia imprenditoriale VISCONTI, *Proposte per recidere il nodo mafie-imprese*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014, pp. 3 ss. (e dottrina *ivi* citata) il quale sostiene che "risulterebbe, invece, che in realtà i mafiosi continuano ad operare – quale che sia la zona del nostro paese presa in considerazione – soprattutto nell'ambito di attività imprenditoriali abbastanza tradizionali e a basso contenuto tecnologico".

⁸ Cfr. MAUGERI, *La confisca ex art. 3 quinquies l. 575/65: la nozione di agevolazione e l'oggetto della confisca. Nota a Trib. Palermo, 29.10.2009 (dec.)*, Pres. Vincenti, Rel. Nicastro, in *Dir. pen. cont.*, 23 giugno 2011. Cfr. per un uso interessante di questo istituto VISCONTI, *Contro le mafie non solo ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, in *Dir. pen. cont.*, 20 gennaio 2012; Id., *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 721.

principio di proporzione⁹. Un'applicazione "disinvolta" dell'art. 416 *bis*, c. 7, c.p. italiano¹⁰ rischia di trasformare parimenti questa forma di sottrazione del frutto o reimpiego in una confisca generale dei beni, altresì attraverso la disposizione che prevede l'ablazione dello strumento del reato considerando appunto la stessa impresa strumento del reato¹¹.

2.

L'orientamento contrario della Suprema Corte e il rispetto dei principi costituzionali.

Contro una simile dilatazione dell'ambito di applicazione delle forme di confisca in questione la Suprema Corte si è, però, ripetutamente pronunciata affermando, anche recentemente, innanzitutto che "Le disposizioni che disciplinano il sequestro e la successiva confisca di prevenzione – in specie l'art. 2 *ter* legge n. 575 del 1965 – **non consentono di colpire indiscriminatamente tutti i beni dei soggetti appartenenti alle categorie alle quali sono applicabili dette misure patrimoniali**, bensì solo quelli di valore sproporzionato al reddito dichiarato o alla attività economica svolta ovvero che [...] siano frutto di attività illecite o che ne costituiscano il reimpiego"¹².

"Non si pongono problemi nei casi in cui il bene confiscato, per intero e nel suo complesso, *ab origine* risulti acquisito al patrimonio del soggetto per effetto diretto o mediato di provenienza da attività illecite; **esiste invece la necessità di stabilire i limiti di operatività dell'effetto ablativo nelle ipotesi in cui il reimpiego del denaro, proveniente da fonte sospetta di illiceità penale, avvenga mediante addizioni, trasformazioni o miglioramenti di beni già nella lecita disponibilità** ("già nella disponibilità del soggetto medesimo, in virtù di pregresso acquisto del tutto giustificato dal titolo dimostrato lecito"), **esigenze di rispetto del principio di proporzione e del diritto di proprietà, ex art. 42 Cost., imporrebbero di restringere l'ambito di applicazione della confisca in esame alla quota ideale del bene, rapportata al maggiore valore assunto per effetto del reimpiego dei profitti illeciti, e valutata al momento della confisca**"¹³; oppure indurrebbero a raffrontare l'ammontare complessivo del capitale illecito utilizzato nella gestione societaria con l'ammontare complessivo del capitale sociale, talché la confisca della società andrebbe disposta solamente in misura pari al rapporto appena indicato.

La Suprema Corte, quindi, afferma la compatibilità dell'art. 2 *ter* con l'art. 42 della Costituzione, in quanto vi sia stretta corrispettività tra l'oggetto della confisca e l'entità patrimoniale corrispondente alla misura dell'illecito arricchimento¹⁴, in quanto l'oggetto del sequestro sia proporzionale all'incremento patrimoniale ingiustificato¹⁵.

"Il provvedimento ablativo deve essere rispettoso del generale principio di equità e, per non contrastare il principio costituzionale di cui all'art. 42 Cost., non può coinvolgere il bene nel suo complesso, ma, nell'indispensabile temperamento delle generali esigenze di prevenzione e difesa sociale con quelle di garanzia della proprietà privata, deve essere limitato al valore del bene, proporzionato all'incremento patrimoniale ingiustificato per il reimpiego in esso effettuato di profitti illeciti: il che si realizza mediante la confisca della quota ideale del bene, rapportata al maggior valore assunto per effetto del reimpiego

⁹ MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in MAZZA-VIGANO' (a cura di), *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, p. 425; ID., *Dall'actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico-criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia?*, in VISCONTI-FIANDACA (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, pp. 297 ss.

¹⁰ Cfr. PICCIRILLO, *Art. 416 bis – Ipotesi speciali di confisca, Titolo XIX Mafia*, in TARTAGLIA (a cura di), *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi*, Roma, 2012, p. 686; PISA, *Art. 416 bis*, in CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, aggiornato con la giurisprudenza, Cedam, 2011, p. 1437.

¹¹ Cfr. Corte d'Appello di Catania, 18 aprile 2013, n. 1930/2011.

¹² Cass., 22 febbraio (24 maggio) 2012, n. 19623, Spinelli; Cass., sez. I, 6 giugno 2012, n. 40254.

¹³ Cass., sez. VI, 24 febbraio (14 marzo) 2011, n. 10219; Cass., Sez. VI, 28 marzo 2007, n. 30131 (dep. 24.7.2007), in CED, rv. 237327, Frangiamore; Cass., 2 marzo 1999, Morabito, in CED, rv. 214781; Cass., 24 gennaio 1995, Laudani, in *Cass. pen.*, 1996, n. 544, p. 922.

¹⁴ Cass., 24 gennaio 1995, Laudani, in *Cass. pen.*, 1996, p. 922.

¹⁵ Cass., 13 marzo (12 giugno) 1997, n. 1105, Mannolo, in *Cass. pen.*, 1998, n. 1070, p. 1774; Cass., 2 marzo 1999, Morabito, in CED, rv. 214781; Cass. 23 marzo 2007, n. 18822.

e valutata al momento della confisca”¹⁶; “poiché il reimpiego avviene mediante addizioni, accrescimenti, trasformazioni o miglioramenti dei beni già nella legittima disponibilità del soggetto, l’effetto ablativo deve essere limitato al valore del bene acquisito in conseguenza del reimpiego e, cioè, all’incremento patrimoniale ingiustificato”¹⁷.

“Nell’ipotesi di immissione di proventi di attività illecite in altre, già nella disponibilità del soggetto o di terzi in forza di anteriore e legittimo titolo giustificativo, che vengono in tal modo accresciute o migliorate, il provvedimento di confisca di cui all’art. 2 ter della legge n. 575 del 1965 va a colpire soltanto gli investimenti di origine ingiustificata, atteso che il provvedimento ablativo non può coinvolgere il bene “inquinato” nel suo complesso, ma, nell’indispensabile contemperamento delle esigenze di prevenzione e difesa sociale con quelle private di garanzia della proprietà tutelabile (art. 42 Cost.), deve limitarsi alla quota ideale corrispondente all’incremento di valore dovuto all’immissione di capitale di non chiara provenienza”¹⁸. “Quando risulta che un bene legittimamente appartiene al soggetto, ma è stato ampliato o migliorato con l’impiego di disponibilità economiche prive di giustificazione, il sequestro deve essere limitato soltanto alle porzioni o al valore corrispondente al reimpiego in esso effettuato di tali disponibilità”¹⁹.

La Suprema Corte sottolinea da ultimo, accogliendo un ricorso, non solo che “l’acquisizione non avrebbe potuto essere indiscriminata, ma avrebbe dovuto essere limitata, *pro quota*, solo agli incrementi effettivamente imputabili all’apporto di illecite risorse finanziarie”, ma anche l’esigenza di “un’analisi selettiva, per differenziare quanta parte di redditività possa ragionevolmente imputarsi alla fruibilità (e conseguente utilità economica) di illeciti apporti finanziari e quanta parte possa, viceversa, ritenersi risultato economico di disponibilità finanziarie lecite e legittimamente investite”, con l’invito a compiere tale “attività di rivisitazione [...] sulla base di dati economici-finanziari di sicuro affidamento”²⁰.

In tale direzione la dottrina (in realtà operatore del diritto) pur laddove afferma che la confisca può aggredire “l’intera azienda” laddove colpisce una realtà produttiva nel suo complesso e dinamico operare, in realtà poi precisa che “questo modo di procedere ovviamente non può significare la rinuncia ad ancorare la confisca ad un apprezzabile compendio indiziario, posto che comunque non può bastare che un determinato soggetto faccia parte di organizzazione mafiosa e abbia messo in atto iniziative imprenditoriali per far scattare l’ablazione dei beni destinati all’attività produttiva e comunque conseguiti grazie ad essa. Piuttosto, occorre che sulla base di elementi obiettivi risulti che l’attività non sarebbe sorta o non si sarebbe sviluppata in quel modo se non fosse stata pesantemente condizionata dal potere e dall’intervento mafioso, nelle loro multiformi manifestazioni”²¹.

Non solo ma l’autore distingue poi due ipotesi evidentemente diverse. “Sulla base di queste considerazioni è facile capire che non vi sono difficoltà per giungere alla confisca allorché il soggetto che ha la disponibilità effettiva dei beni ha vissuto per anni in latitanza, non ha mai svolto un’attività lecita, non ha mai presentato denuncia dei redditi; in questo caso basta provare che di quei beni egli ha disponibilità per ottenere la confisca (si pensi ai casi di Riina e Provenzano e in genere di tutti i grandi capi di Cosa nostra siciliana). Ma se il soggetto nei cui confronti si procede ha svolto una attività imprenditoriale alla luce del sole, ha dichiarato profitti e avuto rapporti con le banche, le cose si complicano notevolmente. Per capire quanto sia complesso e articolato in questi casi il giudizio che deve portare alla confisca, basti pensare a una decisione della Corte di Appello di Palermo (decreto 5 luglio 2004, Montalbano) chiamata a decidere l’impugnazione di un soggetto, ritenuto appartenere a Cosa nostra, che aveva sempre esercitato attività imprenditoriale in vari settori e nei cui confronti il Tribunale aveva ordinato la confisca dell’intero patrimonio. La Corte ha ritenuto che per ognuna delle società del proposto si dovesse valutare non solo se si potesse parlare di “impresa

¹⁶ Cass., 22 febbraio (24 maggio) 2012, n. 19623, Spinelli; Cass., sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 25341, Meluzio; Cass., 4 luglio 2007, n. 33479, Richichi; Cass., 24 gennaio 1995, Laudani, in *Cass. pen.*, 1996, n. 544, p. 922.

¹⁷ Cass., 28 marzo 2002, Ferrara, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 611 ss.

¹⁸ Cass. pen., sez. I, 17 maggio 2012, n. 25464, G.N., in *Diritto & Giustizia*, 2012, 2 luglio; conforme Trib. Napoli, sez. app. mis. prev., 6.7.2011 (dep.), Pres. ed est. Menditto.

¹⁹ Cass., 13 marzo 1997 (dep. 12 giugno 1997), n. 1105, Mannolo, in *Cass. pen.*, 1998, n. 1070, p. 1774; sostanzialmente conforme Cass., sez. I, 22 aprile (9 luglio) 2013, n. 29186.

²⁰ Cass., 25 gennaio 2012, sez. V, n. 17739, Richichi -Vadalà.

²¹ Così PIGNATONE, *Le recenti modifiche alle misure di prevenzione patrimoniale (l. 125/2008 e l. 94/2009) e il loro impatto applicativo*, in FIAN-DACA -VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia, cit.*, pp. 334 ss.

mafiosa”, ma da quanto tempo e con riferimento a quali beni. E così i giudici di appello hanno confermato la confisca di tutte le quote sociali di una società che era stata utilizzata per una rilevante operazione di riciclaggio, ma hanno ordinato la restituzione di quegli immobili che la società aveva acquisito prima del momento in cui essa aveva cominciato ad operare nell’interesse dell’organizzazione mafiosa. Per un’altra società del proposto, – proprietaria di numerosi immobili – invece, la Corte ha ritenuto che essa avesse svolto attività lecite e che avesse utilizzato capitali mafiosi solo per un’unica operazione (l’acquisto di una villa) e ha quindi limitato la confisca a questo unico cespite. Ancora più significativa la decisione relativa a una terza società operante nel settore della fornitura di impianti tecnologici e per la quale i giudici palermitani hanno ritenuto provata, sulla base delle dichiarazioni di alcuni collaboranti di giustizia, che essa si fosse aggiudicata un certo appalto grazie all’intervento di Cosa nostra. In questo caso la Corte ha ritenuto necessario eliminare tutta l’attività della società per verificare la misura dell’effettivo contributo apportato dalle attività connotate da illiceità alla vita stessa dell’impresa. Se, infatti, i profitti illeciti fossero minimi non solo rispetto a quelli leciti, ma altresì in rapporto agli utili dell’impresa, potrebbe concludersi per una sostanziale irrilevanza dell’attività illecita; qualora invece risultasse che l’impresa ha potuto sopravvivere proprio grazie agli introiti ottenuti con l’ausilio del contesto criminale nel quale si muoveva e che senza di essi non avrebbe potuto evitare il dissesto economico, allora bisognerebbe pervenire a giudicare gli stessi assolutamente determinati. E poiché, all’esito di tale esame, la Corte ha ritenuto provata quest’ultima ipotesi, ha concluso che la società non soltanto si è avvalsa del metodo mafioso per acquisire commesse nel settore degli appalti e per reimpiegare in altre attività societarie le somme così guadagnate, ma ha tratto da ciò benefici economici determinanti per la sua stessa sopravvivenza. È apparso pertanto giustificata la confisca di tutte le quote sociali della società. È però, anche in questo caso, la Corte ha aggiunto che per quanto riguarda i beni di proprietà della società, concettualmente **vanno distinti** i beni strumentali per l’esercizio dell’impresa, e quindi i beni aziendali e i beni mobili registrati, che in quanto tali vanno senz’altro confiscati, dai beni immobili, che risultavano acquisiti in epoca assai anteriore al periodo in cui la società aveva iniziato a sfruttare i contatti del proposto con la mafia e per i quali è stata pertanto revocata la confisca con conseguente dissequestro e restituzione alla società. Questa breve incursione nel dettaglio di alcuni provvedimenti giudiziari, per evidenziare le difficoltà del compito del giudice, e di tutte le parti, naturalmente, proprio nei casi più importanti, quelli cioè in cui l’oggetto della decisione è l’attività d’impresa”²².

Emerge la necessità costituzionalmente imposta di limitare l’ambito di applicazione della confisca in esame richiedendo la **“stretta corrispettività tra l’oggetto della confisca e l’entità patrimoniale corrispondente alla misura dell’illecito arricchimento”**, dopo che sia provato un illecito arricchimento.

Non si può utilizzare, allora, la categoria dell’impresa mafiosa per fondare una confisca generale dei beni in violazione del principio di legalità, di colpevolezza, di proporzione e del diritto di proprietà costituzionalmente riconosciuto (nonché ai sensi dell’art. 1 del I Protocollo della Convenzione CEDU e art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea).

3.

La confisca dell’impresa come strumento del reato ex art. 416 bis, c. 7: orientamento garantistico.

Recentemente la Suprema Corte ha ribadito la necessità di delimitare nel rispetto del principio di legalità anche l’applicazione della confisca ex art. 416 bis, c. 7 in un caso in cui la Corte d’Appello aveva ritenuto che “contrariamente a quanto deciso dal primo giudice, la confisca ex art. 416 bis c.p., comma 7, dovesse estendersi all’intero patrimonio societario facente capo al ricorrente”²³.

Nel caso di specie il Supremo Collegio evidenzia come *“il giudice d’appello non abbia spiegato in modo convincente, logico e giuridicamente corretto, le ragioni per le quali, dopo avere rico-*

²² PIGNATONE, *op. cit.*, pp. 334 ss.

²³ Cass., sez. VI, 4 giugno (26 settembre) 2014, n. 39911.

struito la “storia” dell’ingresso di S.S. nella consorteria criminale e dato atto che lo stesso, prima di tale affiliazione, era comunque un imprenditore affermato (tanto da essere oggetto di sistematiche richieste estorsive da parte del clan mafioso), abbia poi disposto la confisca dell’intero patrimonio sociale facente capo all’imputato, così ritenendolo – nella sostanza – integralmente strumentale alla realizzazione del delitto associativo o, comunque, integralmente provento dell’attività delittuosa o reimpiego della stessa. Con una motivazione che si appalesa contraddittoria o comunque carente in quanto apodittica” (corsivo aggiunto). Emerge in questo caso come la Suprema Corte proprio in un’ipotesi di impresa lecita, il cui titolare è a un certo punto considerato non più vittima di estorsione, ma concorrente esterno o partecipe, avverta correttamente l’esigenza di motivare puntualmente se e in che misura il patrimonio sociale rappresenti frutto o reimpiego di attività criminosa, non potendo procedere apoditticamente a confiscare l’intero patrimonio sociale considerandolo *tout court* “strumento” del delitto associativo (“integralmente strumentale alla realizzazione del delitto associativo”). Si sottolinea, infatti, che “Non condivisibile si appalesa, d’altra parte, il principio di diritto affermato dai giudici di secondo grado allorché hanno giustificato l’ablazione dell’intero pacchetto societario facente capo a S.S. sul presupposto che, da un lato, la società ha costituito lo strumento operativo attraverso il quale è stato attuato il reimpiego di profitto dell’attività delittuosa dell’associazione mafiosa, e che, dall’altro lato, l’impiego occulto di denaro proveniente dall’associazione criminale in una società commerciale – dunque in un’attività dinamica e non statica – impedisce di seguire l’impostazione pro quota del Tribunale”.

Contro tale modo di procedere della Corte d’Appello la Suprema Corte sottolinea la necessità di “fornire puntuale ed adeguata motivazione in relazione allo specifico aspetto concernente il quantum da sottoporre a confisca. Secondo il consolidato insegnamento di questo giudice di legittimità (espresso in tema di sequestro funzionale alla confisca ex art. 416 bis c.p., comma 7) ai fini dell’adozione del provvedimento ablatorio in via cautelare del patrimonio di un’azienda amministrata da un soggetto indagato del delitto di partecipazione ad associazione di tipo mafioso, occorre dimostrare una correlazione, specifica e concreta, tra la gestione dell’impresa alla quale appartengono i beni da sequestrare e le attività riconducibili all’ipotizzato sodalizio criminale, non essendo sufficiente, di per sé, il riferimento alla sola circostanza che il soggetto eserciti le funzioni di amministrazione della società (Cass. Sez. 6[^], n. 6766 del 24/01/2014, S.D. Costruzioni S.r.l., Rv. 259073). Ai fini del sequestro funzionale alla confisca dei beni di un’azienda amministrata da un soggetto indagato del delitto di partecipazione ad associazione di tipo mafioso, occorre dimostrare una correlazione tra i cespiti e l’ipotizzata attività illecita del soggetto agente (Cass. Sez. 6[^], n. 47080 del 24/10/2013, Guerrera e altro, Rv. 257709)”.

La Cassazione ribadisce, quindi, nel caso in questione che “i principi [...], alla stregua dei quali la confisca ex art. 416 bis c.p., comma 7, può avere ad esclusivo oggetto i beni rispetto ai quali sia dimostrata l’esistenza di una stretta correlazione rispetto all’ipotizzata attività illecita del soggetto, in termini sia di strumentalità rispetto alla realizzazione del programma criminoso, sia di derivazione dall’attività delittuosa (quale prezzo, prodotto, profitto o loro reimpiego).

Se ne inferisce che, in tutti i casi in cui non ci si trovi in presenza di una “impresa mafiosa” – nella quale vi sia cioè totale sovrapposizione fra la compagine associativa e la consorteria criminale o, comunque, l’intera attività d’impresa sia “inquinata” dall’ingresso nelle casse dell’azienda di risorse economiche provento di delitto, di tal che risulti impossibile distinguere tra capitali illeciti e capitali leciti –, il giudice è tenuto a motivare in modo puntuale in ordine alla sussistenza del nesso di pertinenza fra cespiti oggetto di vincolo reale e attività illecita e, specificamente, in ordine alla strumentalità di parte o di tutta l’azienda rispetto alla realizzazione degli scopi della consorteria criminale ovvero di investimento – e quindi di reimpiego – dei capitali illeciti nel circuito imprenditoriale. La natura obbligatoria del provvedimento ablatorio previsto dall’art. 416 bis c.p., comma 7, impone invero una rigorosa determinazione del quantum confiscabile”.

Tanto più sottolinea la Suprema Corte che una tale “Motivazione rigorosa sul punto ..., nel caso di specie, risultava tanto più necessaria in considerazione del fatto che la Corte territoriale, da un lato, aveva dato atto, nei precedenti passaggi dell’ampia motivazione svolta, che il gruppo societario facente capo a S.S. non costituisce una “impresa mafiosa” in senso tecnico; dall’altro lato, procedeva ad una riforma in senso gravemente peggiorativo della sentenza del giudice di primo grado proprio in relazione alla decisione sulla confisca, di tal che avrebbe dovuto illustrare con particolare cura le specifiche ragioni a giustificazione dell’ablazione integrale dei beni facenti capo all’imputato”.

In tale direzione si può ricordare che la dottrina e la giurisprudenza ha sempre ribadito che ai fini della confisca ex art. 416 bis, c. 7, che viene considerata come una forma speciale

della confisca ex art. 240 c.p., si richiede da parte dell'accusa la dimostrazione o del rapporto di strumentalità rispetto all'attività del sodalizio criminale (le cose che servirono o furono destinate)²⁴ o del nesso causale con tale attività (prodotto, prezzo, profitto o reimpiego)²⁵. La confisca in esame è "condizionata dall'accertamento di un imprescindibile nesso strumentale che colleghi la cosa al reato e, pertanto, di un rapporto causale effettivo ed immediato tra la *res* suscettibile di confisca e la perpetrazione dell'illecito penale"²⁶. "La confisca in commento non prescinde dai classici nessi derivativi e strumentali tra la cosa e il reato considerati nella norma generale dell'art. 240 c.p."; "la necessità di accertare i nessi derivativi, strumentali o riciclatori è chiaramente espressa dal legislatore e avvertita dalla giurisprudenza"²⁷; si richiede l'accertamento del "rapporto strutturale e strumentale" tra bene confiscabile e reato, ovvero il "solido legame pertinenziale", non consentendo tale fattispecie "una estensione senza limiti e senza freni dei beni confiscabili"²⁸.

O ancora si osserva che "l'obbligatorietà della confisca prevista dall'art. 416-*bis* c.p. comporta, per il pubblico ministero, l'obbligo di estendere adeguatamente le indagini alle ricchezze riconducibili al sodalizio criminale, posto che la confisca di tali ricchezze – pur obbligatoria – è comunque subordinata all'esistenza di un quadro probatorio che sia tale da dimostrare o la loro strumentalità rispetto al delitto o la loro provenienza dall'attività criminosa"²⁹.

La forma di confisca in esame, quindi, non si estende a tutto il patrimonio dei membri dell'associazione del quale non si riesca a dimostrare l'origine, – come invece previsto dalla disciplina delle forme di confisca allargata previste nel nostro ordinamento e cioè dall'art. 12 *sexies* l. 356/1992 (limitatamente ai beni di valore sproporzionato) e dalla confisca ex art. 2 *ter* l. 575/1965 (art. 24 d.lgs. n. 159/2011)³⁰ –, ma solo ai beni che costituiscono lo strumento o il frutto dell'attività associativa, anche, – in quest'ultima ipotesi e cioè rispetto al prezzo, prodotto o profitto –, nella forma del reimpiego. Tanto è vero che oggi si ritiene che la confisca ex art. 416 *bis*, c. 7, "ha ormai assunto uno spazio di intervento residuale all'interno della pluralità di misure di prevenzione patrimoniali che si stagliano nell'attuale panorama normativo"³¹.

In particolare la confisca del profitto del reato deve essere limitata ai beni di cui si dimostri il nesso con lo specifico reato; l'accusa deve dimostrare la provenienza delittuosa dei beni dallo specifico reato associativo e, nell'ipotesi del reimpiego, deve accertare il rapporto di derivazione immediata e diretta dei beni aggredibili da quelli confiscabili (prezzo, prodotto, profitto). L'accusa dovrebbe partire dalla base, e cioè l'accertamento di un sodalizio imprenditoriale-criminale, di fatti criminosi specifici e di condotte di partecipazione al reato associativo, accertare quali siano i cespiti di ricchezza riconducibili al sodalizio criminale in base al quadro probatorio di base, per poi ricostruire, uno dopo l'altro, gli anelli della catena di trasformazioni economiche subite dai proventi dell'attività delittuosa³². Anche laddove si superano i dubbi circa la possibilità di applicare la confisca obbligatoria ex art. 416 *bis* ai beni provenienti dai reati fine, per i quali non sia sancita l'obbligatorietà della confisca³³, in quanto l'art. 416 *bis* terzo comma rappresenta una norma speciale che sancisce l'obbligatorietà della confisca di quanto conseguito attraverso la realizzazione di delitti nell'ambito di una struttura associativa mafiosa (quanto così conseguito diviene, infatti, profitto del delitto di cui all'art. 416 *bis*)³⁴, non si può

²⁴ Cass., sez. II, 4 marzo 2005, n. 9954, in *Cass. pen.*, 2006, n. 2, p. 607: "la misura disposta è legittima se vi sia una relazione specifica e stabile tra l'immobile e l'illecito che testimonii l'esistenza di rapporto strutturale e strumentale e ciò anche in presenza di un caso di confisca obbligatoria come quello previsto dall'art. 416-*bis* comma 7 c.p. in quanto la obbligatorietà della confisca non comporta alcuna presunzione sotto il profilo della strumentalità delle cose che si intendono sequestrare".

²⁵ MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 444.

²⁶ BARAZZETTA, *Art. 416 bis*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., IPSOA, 2012, p. 4310.

²⁷ PICCIRILLO, *op. cit.*, p. 686; PISA, *Art. 416 bis*, *cit.*, p. 1437.

²⁸ ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 49; GRASSO, *Art. 240 c.p.*, in ROMANO, GRASSO, PADOVANI (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, p. 629; GIORGIO BRUNO, *Il contrasto all'illecita accumulazione della ricchezza: dal sistema antiriciclaggio alle forme di confisca*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 357.

²⁹ TURONE, *Problematiche giuridiche attinenti alla dimensione economica delle associazioni mafiose*, in *I delitti di criminalità organizzata*, in *Quad. del C.S.M.*, 1998, I, pp. 481 ss.

³⁰ In Gazz. Uff. 31 ottobre 2011. Così MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, *cit.*, p. 444; conforme GIORGIO BRUNO, *op. cit.*, p. 357; PISA, *Art. 416 bis*, *cit.*, p. 1438; BARAZZETTA, *op. cit.*, p. 4310.

³¹ LEINERI, *Associazioni di tipo mafioso anche straniere*, in *Enc. giur. Treccani*, 2009, p. 8.

³² TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995, pp. 370 ss.; Id., *Problematiche giuridiche attinenti alla dimensione economica delle associazioni mafiose*, *cit.*, p. 481 ss.

³³ Cfr. FIANDACA, *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982 n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 268; ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, *cit.*, p. 49; GRASSO, *Art. 240 c.p.*, *cit.*, p. 629.

³⁴ TURONE, *Problematiche giuridiche*, *cit.*, p. 479, nota 18; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, *cit.*, pp. 445 ss.

prescindere dalla prova del nesso di pertinenzialità in esame³⁵.

Anzi si deve precisare che l'accusa deve accertare che i beni da confiscare rappresentino il frutto dello *specifico reato di associazione mafiosa*, di attività illecite di tipo mafioso, e non di qualunque attività illecita come avviene, invece, almeno in base ad una certa interpretazione, in relazione alla confisca ex art. 2 *ter* l. 575/1965³⁶.

In tale direzione, nel senso di richiedere l'accertamento del rapporto di pertinenzialità ai fini della confisca del profitto o del reimpiego ex art. 416 *bis*, la Suprema Corte ha sempre precisato che la misura in esame, colpisce cose **che "siano collegabili con il reato"** e perciò presenta la natura di misura di sicurezza patrimoniale³⁷.

La Suprema Corte, in particolare, ha affermato la natura strettamente 'pertinenziale' di tale ipotesi di confisca, affermando che la confisca di cui all'art. 416 *bis*, c. 7 "non concerne tutti i beni comunque acquistati dai singoli associati in un determinato periodo, ma va riferita esclusivamente ai beni che servirono o furono destinati a commettere il reato ed a quelli che ne costituiscono prezzo, prodotto, profitto o che ne costituiscono l'impiego" (Cass., sez. I, 1 aprile 1992, Bruno e altri, in *Cass. pen.*, 1993, 1987). Con questa argomentazione la Corte rigettava il ricorso proposto dal p.m. avverso il provvedimento con il quale il giudice di merito aveva respinto "per genericità" la richiesta della pubblica accusa di disporre la confisca di tutti gli immobili acquistati dagli imputati condannati per violazione dell'art. 416 *bis* c.p.. La Corte ha rigettato il ricorso del p.m., osservando che l'acquisto degli immobili da parte degli imputati a far tempo dalla data di entrata in vigore della legge 13 settembre 1982, n. 646 non è elemento rivelatore sufficiente a far ricomprendere detti beni tra quelli dei quali deve essere disposta la confisca.

La Suprema Corte ha pure precisato che la previsione di obbligatorietà della confisca **non comporta alcuna automatica presunzione quanto al profilo di strumentalità** delle cose che si intendono sequestrare in relazione alle quali, pertanto, va dimostrata la relazione tra ciò che è destinato a cadere sotto il vincolo in funzione della definitiva ablazione del bene e l'illecito in contestazione nel processo³⁸.

"Il rigore richiesto nella dimostrazione del nesso derivativo è ben espresso nella sentenza Cass., 23 settembre 1993, Acciariti, CED n. 195180"³⁹ per la quale "l'attività di amministratore svolta da soggetto indagato del delitto di partecipazione ad associazione per delinquere di stampo mafioso, non è sufficiente di per sé a far ritenere che i beni oggetto dell'amministrazione siano stati provento di delitti, ben potendo l'attività delittuosa attribuita all'indagato essere separata da quella lecitamente svolta. Ai fini della confiscabilità dei beni in questione **occorre che sia positivamente dimostrata una qualsivoglia correlazione [...] tra i beni medesimi e l'attività illecita attribuita all'indagato**".

Anzi la Suprema Corte ha evidenziato la necessità della prova del nesso di pertinenzialità tra il reato e i beni da confiscare in relazione alla forma di confisca in esame in quelle pronunce in cui pretende la prova del nesso di pertinenzialità ai fini della confisca ex art. 2 *ter* l. 575/1965, perché in caso contrario l'art. 416 *bis*, 7° comma c.p. e 2 *ter*, 3° comma, l. 575/1965 violerebbero l'art. 3 della Cost., nella parte in cui rispettivamente esigerebbero, senza alcuna giustificazione razionale, la maggiore garanzia della prova per applicare un provvedimento di portata meno ampia quale la confisca penale (avente ad oggetto solo i beni frutto del reato di associazione di tipo mafioso), e, invece, la minor garanzia dei sufficienti indizi rispetto al provvedimento di portata più ampia quale la confisca preventiva (avente ad oggetto tutti i beni di provenienza illecita)⁴⁰. *Tale giurisprudenza non solo conferma la necessità di richiedere l'accertamento del nesso di*

³⁵ *Contra* GIALANELLA, *I patrimoni di mafia-La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Esi, 1998, p. 38, ritiene che non sia possibile l'estensione ermeneutica della portata della norma ablatoria, oltre che ai proventi propri del delitto associativo, a quelli dei delitti-fine programmati ed eseguiti dal sodalizio quando questi siano direttamente produttivi di arricchimento illecito e che, anzi, in questa restrizione di portata s'incetra la ragione primaria dello scarso successo applicativo di questa forma di confisca: "si argomentava, invero, come sia plausibile che le cose suscettive di confisca rappresentino, almeno in un buon numero di casi, più il risultato dei reati - fine immediatamente produttivi di profitto illecito che non dell'associazione in quanto tale. Tale riflessione da ragione del perché la norma abbia avuto in questi anni un ambito di applicazione meno ampio di quanto non fosse lecito attendersi all'atto della sua emanazione"; cfr. PICCIRILLO, *op. cit.*, p. 689.

³⁶ BORRELLI, *Art. 416 bis*, in LATTANZI - LUPO (a cura di), *Diritto penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina, vol. 9: I delitti contro l'ordine pubblico e i delitti contro l'incolumità pubblica*, Milano, 2010, p. 212.

³⁷ Cass., sez. un., 26 ottobre 1985, Piomalli, in *Giur. it.*, 1986, II, p. 209; conformi Cass., 6 giugno 1992, in CED, n. 06784., rv. 190545; Cass., 26 ottobre 1985, Avignone, in CED, n. 00007, rv. 171063; Cass., 26 ottobre 1985, Giovinazzo, in CED, n. 00008, rv. 171065; Cass., 26 ottobre 1985, Chirico, in CED, n. 00009, rv. 171067.

³⁸ Cass., 4 marzo 2005, De Gregorio, CED, rv. 231029.

³⁹ PICCIRILLO, *op. cit.*, pp. 686 ss.

⁴⁰ Cass., 18 maggio 1988, Cananzi, in CED, n. 00083, rv. 178399; Cass., 18 gennaio 1988, in *Rep. Foro it.*, 1989, 1985, m. 68.

pertinenzialità tra il reato e i beni da confiscare ai sensi dell'art. 416 bis, ma sottolinea che nell'accertamento del profitto o del suo reimpiego deve essere rispettato lo standard probatorio penalistico.

La sentenza Montella delle Sezioni Unite ha ribadito, poi, le profonde differenze, proprio su tale terreno, tra l'ipotesi di confisca prevista dall'art. 12 *sexies* d.l. 306/1992 (caratterizzata dalla 'rottura' del nesso pertinenziale tra il patrimonio accumulato dal singolo e il reato-presupposto, quasi che l'accertamento del reato *de quo* costituisca mero 'grimaldello normativo' per sottoporre a 'scrutinio' le intere ricchezze accumulate nel tempo dal soggetto 'condannato') e quella dell'art. 416 *bis* c. 7, norma portatrice di oggettività circa l'individuazione del nesso di 'reimpiego' delle risorse provenienti dalla specifica attività associativa⁴¹. Le S.U. osservano, in particolare, che non è possibile interpretare l'art. 12 *sexies* come avente il medesimo oggetto della confisca ex art. 416 *bis*: "Ma un'analoga aporia si riprodurrebbe anche quando si opinasse che la norma in esame autorizza un'espropriazione degli utili che costituiscono reimpiego delle cose *pertinenti* al reato, nel caso di condanna per i delitti ivi elencati. Si assisterebbe in tal caso, e proprio per i delitti di criminalità mafiosa alla cui repressione il d.l. n. 306 del 1992 è elettivamente diretto, ad una duplicazione tra quanto previsto dalla norma in esame ed il disposto del settimo comma dell'art. 416 *bis* c.p. (e sempre al paradosso che la nostra norma richiede anche la sproporzione, che invece il codice ignora)".

In tale direzione, ancora, la giurisprudenza di merito ha precisato che "La confisca prevista dal legislatore all'art. 416 *bis* comma 7 c.p. si identifica in una misura di sicurezza patrimoniale legata all'accertamento di responsabilità per il delitto associativo in quanto tale e alla possibilità di ricostruire **un solido legame pertinenziale tra la condotta di natura associativa e le res oggetto del provvedimento ablativo**"⁴². Anzi si sottolinea che "*l'istituto in questione [...] ha sinora trovato scarsa applicazione pratica (come si deduce dai rari interventi della giurisprudenza di legittimità sull'argomento) e ciò – è da ritenersi – proprio in ragione della sua appartenenza al 'classico' paradigma della confisca (mutuato dall'art. 240 c.p.) quale sanzione 'accessoria' e (soprattutto) 'pertinenziale', rispetto al reato-presupposto, in ciò implicando, come si diceva, una serie di passaggi dimostrativi, argomentativi e motivazionali (di relazione oggettiva e soggettiva tra le res ed il reato commesso) che istituti diversi (tra cui l'ipotesi 'speciale' di confisca prevista proprio dal citato articolo 12 *sexies*) tendono a semplificare in modo notevole (con 'dissoluzione' del nesso pertinenziale e 'trasferimento' sul singolo imputato dell'onere dimostrativo circa la legittimità delle accumulazioni patrimoniali a lui riferibili). È evidente, pertanto, che la prassi applicativa (quantomeno dall'anno 1994 in poi, anno di introduzione del 12 *sexies*), oltre a valorizzare la 'tradizionale' fattispecie della confisca quale misura di 'prevenzione patrimoniale' (legge 575 del '65 e succ. mod) abbia 'puntato', in sede di accertamento penale, sul più duttile (e oggettivamente meno garantito) strumento dell'art. 12 *sexies*". Dunque, a giudizio di questa Corte, rientrare nella previsione normativa 'classica' della possibile 'confisca pertinenziale' [...] significa poter ipotizzare con un minimo di fondatezza (in caso di sequestro) o argomentare in senso proprio (in caso di confisca) la 'riconducibilità' – nel caso di specie – di taluni concreti investimenti immobiliari a risorse finanziarie accumulate dalla organizzazione camorristica oggetto del procedimento, frutto dello svolgimento dell'attività delittuosa, che vengono 'impiegate' – per volontà di taluni membri del sodalizio – in acquisti immobiliari, [...].*

È evidente che tale operazione deve essere assistita da un «supporto probatorio» che, in caso di sequestro, deve limitarsi alla «plausibilità obiettiva» dell'ipotesi necessaria ai fini della cautela reale – non richiedendosi una compiuta ed analitica ricostruzione (necessaria per la confisca) dei singoli 'momenti' in cui si articola il complesso iter argomentativo qui illustrato (in sintesi: esistenza dell'associazione / verosimiglianza del quantum di accumulazione patrimoniale necessaria ad operare gli investimenti / individuazione dei reali soggetti 'investitori' / individuazione specifica dei beni, delle modalità di acquisto).

[...] Ciò che invece risulta di estrema rilevanza, ai fini dell'adozione del presente provvedimento di sequestro, è la verifica della possibilità o meno, attraverso l'istruttoria compiuta, di 'identificare' dei singoli e 'specifici' beni che, almeno sotto il profilo cautelare qui in esame, possano essere ritenuti 'forme' di reimpiego dei proventi del 'gruppo', e al contempo riferibili alla iniziativa 'concreta' di singoli soggetti imputati, cui è contestata la fattispecie (almeno) partecipativa. (Omissis) " (corsivo aggiunto).

Nel provvedimento esaminato della Corte di Assise di Santa Maria Capua Vetere si richiede **l'identificazione dei singoli beni, che possano essere ritenute forme di reimpiego,**

⁴¹ Cass., 17 dicembre 2003 (19 gennaio 2004), Montella, n. 920, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1188.

⁴² Corte assise, S. Maria Capua V., 9 dicembre 2004, in *Giur. merito*, 2005, n. 10, p. 2211.

ai fini del mero sequestro, ma soprattutto la Corte di Assise sottolinea la “necessità” ai fini della confisca di una compiuta ed analitica ricostruzione dei singoli ‘momenti’ che portano all’accertamento del reimpiego, e cioè del rapporto di pertinenzialità tra i beni e il reato (verosimiglianza del quantum di accumulazione patrimoniale necessaria ad operare gli investimenti/individuazione dei reali soggetti ‘investitori’/individuazione specifica dei beni, delle modalità di acquisto).

4.

La deduzione del carattere “mafioso” dei compendi aziendali dalla mera pericolosità sociale.

L'utilizzo dell'ambigua categoria dell'impresa mafiosa comporta un ulteriore rischio di violare i principi di diritto nella materia in esame, a partire dal principio di legalità, laddove la giurisprudenza si accontenta degli elementi indiziari sulla pericolosità del prevenuto *per presumere che tutto il suo patrimonio sia illecito in quanto strumentale ad un'impresa mafiosa*; in tal guisa la giurisprudenza si limita a fornire indizi sulla pericolosità del prevenuto e a provare la titolarità e disponibilità dei beni in capo allo stesso, per poi confiscare tutto il patrimonio in quanto “impresa mafiosa”: si applica così una forma di confisca non prevista dall'art. 2 *ter* l. 575/1965.

Non solo l'art. 2 *ter* l. 575/1965 richiede espressamente l'accertamento sia dei requisiti di carattere soggettivo, *la pericolosità sociale* (“il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona, nei cui confronti è instaurato il procedimento”), sia di carattere oggettivo, – *la titolarità o disponibilità dei beni* (“di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo”), il carattere *sproporzionato* (“in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica”), o *l'origine illecita* dei beni (“nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego”) –, ma l'insegnamento della Suprema Corte è stato sempre nel senso di richiedere l'accertamento di una duplice tipologia di indizi, circa l'appartenenza dell'inquisito ad un'associazione mafiosa e circa l'illegittima provenienza dei beni rientranti nella sua disponibilità⁴³. Il sequestro e la confisca non sono conseguenze automatiche della dichiarazione di pericolosità qualificata, ma possono essere disposti soltanto in presenza di “sufficienti indizi” – in base alla vecchia dizione dell'art. 2 *ter* –, atti a far ritenere che i beni siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego⁴⁴; e al contrario, gli indizi circa l'illecita provenienza dei beni non sono sufficienti a consentire il sequestro e la confisca, e non sono sufficienti a consentire l'adozione della misura di prevenzione personale⁴⁵.

“Occorre prima stabilire che a carico di un soggetto esistano concreti indizi in ordine all'appartenenza ad un consesso criminoso. Svolto quest'accertamento si deve stabilire se in capo ad un soggetto si rinvenivano sostanze di valore sproporzionato rispetto al tenore di vita dello stesso ed all'attività svolta. Infine, occorre raccogliere “sufficienti indizi” sulla base dei quali si abbia fondato motivo di ritenere che i beni di pertinenza di una persona, siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego”⁴⁶.

“Non è sufficiente, ai fini della adozione della misura patrimoniale della confisca la sola verifica della sussistenza di adeguati indizi di appartenenza del soggetto ad una associazione mafiosa per ritenere che il suo patrimonio, anche se ingente e acquisito rapidamente, sia di provenienza illecita, ma occorre anche la sussistenza di indizi inerenti ai beni che facciano ritenere, per la sproporzione rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, o

⁴³ Cass., sez. II, 16 dicembre 2005, n. 1014, Lo Presti; Cass., 23 giugno 2004, Palumbo, in *Cass. pen.*, 2005, 2704; Cass., 5 febbraio 1990, Montalto, in *Riv. pen.*, 1991, m. 95; Cass., 12 maggio 1987, Ragosta, in *Giust. pen.*, 1988, III, c. 335; Corte d'Appello di Napoli, decreto 7 gennaio 1987, Sibilìa, in *Foro it.*, 1987, II, c. 359; Corte d'Appello di Napoli, decreto 13 ottobre 1986, Del giudice, in *Foro it.*, 1987, II, c. 360; cfr. Cass., 18 maggio 1992, Vincenti ed altri, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2377. In questa direzione cfr. RUGGIERO, *Amministrazione dei beni sequestrati o confiscati*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1988, p. 41; MOLINARI-PAPADIA, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge anti violenza nelle manifestazioni sportive*, Milano, 2002, pp. 514-590; CONTE, *Poteri di accertamento, misure patrimoniali e sanzioni amministrative antimafia*, in *Foro it.*, 1984, V, c. 261; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 371.

⁴⁴ Cass., 5 febbraio 1990, Montalto, in *Riv. pen.*, 1991, m. 95; Cass., 12 maggio 1987, Ragosta, in *Giust. Pen.*, 1988, III, c. 335; Corte d'Appello di Napoli, decreto 7 gennaio 1987, Sibilìa, in *Foro it.*, 1987, II, c. 359; CONTE, *op. cit.*, p. 261.

⁴⁵ Corte d'Appello di Napoli, decreto 13 ottobre 1986, Del giudice, in *Foro it.*, 1987, II, c. 360; Cass., 18 maggio 1992, Vincenti ed altri, in *Mass. Cass. pen.*, 1992, fasc. 12, m. 111. In questa direzione cfr. RUGGIERO, *op. cit.*, 41; MOLINARI-PAPADIA, *op. cit.*, p. 416.

⁴⁶ Cass. 16 dicembre 2005, n. 1014, L.P.T., che usa l'espressione “sufficienti indizi” riferendosi all'art. 2 *ter* l. 575/65 nella versione precedente la riforma.

per altri motivi, che gli stessi siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego⁴⁷.

Non si può, insomma, utilizzare la categoria dell'impresa mafiosa per desumere l'origine illecita del patrimonio dalla mera pericolosità sociale, per consentire l'applicazione di una mera presunzione del carattere *mafioso* dell'azienda o del patrimonio fondata sugli indizi della pericolosità sociale, ricadendo in quella violazione di legge sopra evidenziata, in base alla quale si fonda la confisca sui meri indizi di pericolosità sociale: il contesto indiziario di appartenenza ad un'associazione di tipo mafioso non è sufficiente, occorre fornire gli indizi di illecita provenienza – *oggi la prova* (“risultino frutto o reimpiego”)⁴⁸ – dei beni o della sproporzione tra il valore dei beni e le fonti apparenti di tale ricchezza.

Solo tale prova, del carattere sproporzionato o dell'origine illecita, può giustificare la confisca dei beni. Altrimenti si finisce per applicare una forma di confisca non prevista dall'art. 2 *ter* l. 575/1965.

A parte la considerazione che in ogni caso occorrerebbe “provare” che l'impresa fosse uno strumento nella disponibilità dell'organizzazione criminale e gestita con *metodo mafioso* per il perseguimento degli scopi dell'associazione, non dovrebbero bastare gli indizi sulla pericolosità sociale del prevenuto. Anche ammesso che l'art. 2 *ter* consenta la confisca di un'impresa in quanto mafiosa, a parte l'ambiguità di tale categoria⁴⁹, occorrerebbe “provare” questo carattere di mafiosità e cioè, come afferma la giurisprudenza, che “l'impresa abbia avuto la possibilità di espandersi e di produrre reddito proprio grazie all'uso distorto, in quanto squisitamente mafioso, che è stato fatto dei beni aziendali”; non è possibile limitarsi a fornire indizi della pericolosità sociale del soggetto. L'art. 2 *ter* si accontenta della mera sussistenza di indizi di contiguità all'organizzazione criminale (al punto da ricomprendere, come si afferma nella giurisprudenza, “ogni comportamento che, pur non realizzando il reato di associazione di tipo mafioso, sia funzionale tuttavia agli interessi dei poteri criminali e costituisca una sorta di terreno più generale di cultura mafiosa”, Cass. sez. VI, 22.1.2009 n. 17229, utilizzando categorie sociologiche assolutamente stridenti con la tassatività che dovrebbe avere il diritto punitivo); da tali indizi non si può trarre la “prova” del carattere mafioso di tutto il compendio aziendale del prevenuto, della strumentalità dell'intera azienda all'organizzazione criminale o dell'esercizio dell'attività d'impresa con metodo mafioso (forza di intimidazione, assoggettamento e omertà). Come osservato in dottrina si deve distinguere tra l'impresa vittima, “che assume un mero contegno passivo, cercando di arginare unicamente le pretese dell'associazione mafiosa così da poter poi proseguire in maniera indisturbata la propria attività economica, esercitata in condizioni rispettose della libera concorrenza”, e l'impresa “collusa”, per contro, che “non si limita a versare le somme richiestegli a titolo di “pizzo”, ma nel perseguimento del proprio scopo lucrativo tende ad imporsi sul mercato ed a vincere la concorrenza utilizzando quale ordinario strumento d'azione la forza d'intimidazione dell'organizzazione mafiosa”⁵⁰.

Non solo, ma si deve evidenziare, in ogni caso, che anche laddove la Suprema Corte ha utilizzato lo schema dell'impresa mafiosa per giustificare la confisca dell'intero compendio aziendale, lo ha fatto in delle ipotesi ben diverse, riguardanti imprese nella diretta disponibilità dell'organizzazione mafiosa e gestite avvalendosi del metodo mafioso, come nei confronti del patrimonio aziendale di un soggetto, Schimmenti⁵¹, condannato per associazione mafiosa, il quale, per sua stessa ammissione, era “intestatario fittizio” dell'esponente di spicco dell'associazione mafiosa, Lipari, che gestiva il patrimonio dei corleonesi e rappresentava il sistema siciliano per il controllo dell'affidamento degli appalti Anas (Trib. di Palermo, 10 aprile 2001, n. 505/01), condannato per associazione mafiosa per avere ottenuto, *avvalendosi della forza di intimidazione del vincolo associativo e delle condizioni di assoggettamento ed omertà che ne deriva per acquisire il controllo di attività economiche, l'aggiudicazione di numerosi appalti pubblici e la successiva loro gestione, con specifico riferimento alla sistematica spartizione e attribuzione, attraverso la realizzazione dei delitti contestati ai capi che seguono degli appalti gestiti dall'A.N.A.S. nel territorio della Regione Siciliana*. Laddove si arriva ad applicare il concetto di impresa mafiosa si richiede che risulti “tratteggiato con encomiabile efficacia il ritratto di imprenditore colluso,

⁴⁷ Cass., sez. II, 23 giugno 2004, n. 35628, in CED, rv. 229725.

⁴⁸ MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., p. 425.

⁴⁹ Cfr. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, pp. 487-494.

⁵⁰ CONTRAFATTO, *op. cit.*, p. 128; ampiamente sul rapporto tra l'associazione mafiosa e il mondo imprenditoriale cfr. Trib. di Palermo, 28 marzo 2003, Di Pisa ed altri, in *Foro it.*, 2003, II, c. 558.

⁵¹ Cass., 10 gennaio 2007, n. 5640, Schimmenti.

che, seppure non organicamente inserito nell'organizzazione criminale, ha sempre operato sotto l'ala protettiva di Cosa nostra, che gli assicurava cospicui benefici, ora sotto forma di esenzione dal pagamento del pizzo, ora con il sostegno assicuratogli per l'aggiudicazione di determinati appalti, forniture, noli a freddo ed altri lavori. Protezione che il B. ricambiava, alla bisogna, in forme diverse (tra cui sistemazioni logistiche a latitanti). Sulla base della corretta lettura delle risultanze di causa, i giudici di merito hanno accertato che l'appoggio mafioso ha sostenuto il B. sin dall'inizio della sua attività imprenditoriale, via via potenziatasi anche mediante sistematiche condotte illecite (false fatturazioni) e che quell'appoggio si è sostanziato di sponsorizzazioni mafiose via via diverse, per la capacità del preposto di individuare e contattare gli esponenti della criminalità di volta in volta ritenuti più affidabili o maggiormente capaci di soddisfare le sue aspettative di protezione⁵². La Suprema Corte ha ripetutamente affermato che "per "imprenditore colluso" deve intendersi colui che è entrato in rapporto sinallagmatico con l'associazione, tale da produrre vantaggi per entrambi i contraenti, consistenti per l'imprenditore nell'imporsi nel territorio in posizione dominante e per il sodalizio criminoso nell'ottenere risorse, servizi, utilità (Cass., Sez. 1, 11 ottobre 2005, n. 46552; Cass., Sez. 5, 1 ottobre 2008, n. 39042)"⁵³.

5.

La confisca fondata sulla presunzione della destinazione illecita e la confisca generale dei beni (rinvio).

Non si può, allora, utilizzare la categoria dell'impresa mafiosa per trasformare la confisca del frutto o reimpiego o dei beni di valore sproporzionato in una forma di confisca di tutti i beni dell'impresa in base ad una sorta di presunzione di "destinazione criminale", indipendentemente dalla loro origine.

Come esaminato in altra sede nell'ordinamento svizzero (e in maniera simile nell'ordinamento austriaco e inglese) proprio per sottrarsi alla prova dell'origine illecita dei singoli beni, è stata introdotta una forma di confisca dei beni di cui si "presume la destinazione illecita" per le finalità dell'organizzazione criminale, in quanto nella disponibilità di un soggetto condannato di partecipazione o sostegno all'organizzazione criminale o comunque si tratta della confisca dei beni di cui si presume la disponibilità in capo ad un'organizzazione criminale e quindi destinati a perseguire gli scopi illeciti dell'organizzazione (art. 72 *swStGB* contro le organizzazioni criminali, § 20b *öStGB – Erweiterter Verfall*⁵⁴, sezione 13 del *British Prevention of Terrorism (Temporary provisions) Act 1989* e successive modifiche)⁵⁵. In tale direzione nella Direttiva, art. 2, n. 3, si estende il concetto di "beni strumentali" a "qualsiasi bene utilizzato o destinato ad essere utilizzato, in qualsiasi modo, in tutto o in parte, per commettere uno o più reati" e si prevede anche la confisca per equivalente dello strumento del reato che assume connotati punitivi⁵⁶.

Questa forma di confisca, fondata sulla presunzione della destinazione illecita, si può rivelare particolarmente efficace perché consente di superare la difficoltà di ricostruire se e in che misura i beni investiti in un'attività legale abbiano origine illecita⁵⁷ e consente di colpire tutto il patrimonio dell'organizzazione che realizza i suoi profitti attraverso un'attività imprenditoriale

⁵² Cass., 30 gennaio 2009, n. 17988, Baratta ed altri, CED, rv. 244802.

⁵³ Cass., sez. I, 30 giugno 2010, n. 30534, in *Riv. pen.*, 2010, 11, p. 1115.

⁵⁴ TISCHLER, § 20b StGB, in *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, ed. TRIFFTERER-ROSDAUB- HINTERHOFER, 25 ed. novembre 2011 (Wien 2012), §§ 1 ss.

⁵⁵ Nel 2000 è stato riformato nel *Terrorism Act 2000*, e successivamente è stato emanato il *Prevention of Terrorism Act 2005* e il *Terrorism Act 2006* (oltre al *Terrorism (Northern Ireland) Act 2006*). Cfr. MAUGERI, *L'actio in rem assurgit a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie CEDU? – Emendamenti della Commissione Libe alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato*, in questa *Rivista*, 3, 2013, pp. 259 ss.

⁵⁶ MAUGERI, *L'actio in rem assurgit a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie cedu?*, cit., pp. 255 ss.; *Id.*, *La Direttiva 2014/42/ue relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione Europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in *Dir. pen. cont.*, 19 settembre 2014, pp. 10 ss.

⁵⁷ Cfr. PIETH, „Das zweite Paket gegen das Organisierte Verbrechen“, die Überlegungen des Gesetzgebers, in *ZStrR (RPS)* 1995, 237; PIETH-NAT-TERER, relazione per la Svizzera, in *MPI Freiburg: Gewinnabschöpfung im Internationalen Vergleich – Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung für Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Settembre 1996, p. 111; SCHMID, *StGB Art. 58 ff.*, in *Schw. Zeit. für Strafrecht*, 1995, 346; *Id.*, *Einziehung (StGB Art. 58–60)*, in *Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei*, Band I, Zürich, 1998, p. 158.

illecita e non attraverso un singolo specifico reato⁵⁸. Non solo, però, tale modello di confisca pone dei problemi di rispetto delle garanzie fondamentali della materia penale⁵⁹, ma in ogni caso non è prevista dall'art. 2 *ter* o 3 *quinquies* l. 575/1965, né dall'art. 24 o 34 del codice antimafia, e il rispetto del principio di legalità impedisce l'introduzione pretoria di una tale forma di confisca fondata sulla presunzione della destinazione illecita dei beni.

Nel Progetto Grosso per la riforma del codice penale del 2000, l'art. 117 prevede lo "scioglimento delle società o associazioni le quali siano state utilizzate esclusivamente o prevalentemente per la realizzazione di attività delittuose. Il patrimonio che residua dalla liquidazione viene confiscato", tale sanzione, inserita nel titolo VI capo I che disciplina la confisca, dovrebbe essere introdotta, come si afferma nella relazione, per le ipotesi estreme in cui le persone giuridiche siano utilizzate come schermo della criminalità organizzata. Una simile misura è prevista anche dal comma 5 dell'art. 55 del progetto Pisapia; anche in questo caso, però, si precisa nella relazione che "Il campo tipico di applicazione della norma dovrebbe essere rappresentato dall'ipotesi della persona giuridica utilizzata come "schermo" dalla criminalità organizzata. Tale sanzione è stata prevista quale *extrema ratio* per i casi in cui la destinazione dell'attività imprenditoriale sia essenzialmente illecita, e quindi l'azienda non possa ragionevolmente essere recuperata"⁶⁰. Si tratterebbe di un istituto corrispondente alla misura interdittiva prevista dall'art. 16 del d.lgs. n. 231/2001⁶¹. Tale meccanismo sanzionatorio consente, insomma, di porre fine ad un'attività che non si ritiene in alcun modo degna di essere recuperata (attraverso ad esempio le procedure previste in relazione alle aziende confiscate nell'ambito del procedimento preventivo), in quanto assolutamente destinata a finalità criminali (si salvaguardano, però, i diritti dei terzi, laddove si prevede che la confisca intervenga solo sulla parte del patrimonio che residua dalla liquidazione, e, quindi, dopo che i diritti dei terzi siano stati soddisfatti).

6.

Gli argomenti della sentenza Cinà.

Nella sentenza in esame la Suprema Corte, Sez. V, chiarisce che non è possibile dedurre dalla prova della pericolosità sociale del proprietario dell'impresa il carattere "mafioso" della stessa, in mancanza di uno specifico accertamento della sua origine illecita o di come l'organizzazione mafiosa abbia concretamente agevolato l'impresa consentendone la crescita economica, al punto da poter affermare che l'impresa è frutto dell'attività dell'organizzazione mafiosa.

La Corte evidenzia, innanzitutto, che nel caso in esame "la confisca del complesso aziendale della società in accomandita e della quota, intestata al C., della società a responsabilità limitata è stata disposta per la loro riconducibilità a "proventi e frutti derivanti dall'esercizio di una impresa mafiosa". "In pratica", precisa la Corte, è stato ritenuto che il complesso aziendale e la quota suddette sono frutto o reimpiego in considerazione del fatto che la "vicinanza del C. ad ambienti mafiosi avesse favorito lo svolgimento dell'attività imprenditoriale delle due società e la produzione – da parte delle stesse – di ricchezza, reinvestita nelle stesse aziende".

Il provvedimento della Corte di Appello di Palermo e ancor prima del Tribunale non convincono e sono censurati dalla Suprema Corte, però, laddove "*Per motivare il suddetto convincimento, la Corte d'appello – dopo aver premesso – n.d.r. correttamente – che "non può bastare che un determinato soggetto faccia parte di un'organizzazione mafiosa ed abbia messo in atto iniziative imprenditoriali per far scattare l'ablazione di beni destinati all'attività produttiva e comunque conseguiti grazie ad essa" e dopo aver richiesto, per l'adozione del provvedimento ablativo, la prova (a livello indiziario) che "l'attività non sarebbe sorta o non si sarebbe sviluppata in quel modo se non fosse stata pesantemente condizionata dal potere e dall'intervento mafioso" – trae la prova della natura mafiosa dei beni dalla disponibilità, manifestata dal C., "ad entrare in piena sintonia d'intenti con un esponente di rango della mafia, quale è G.S., al fine di entrare in rapporti economici e commerciali con altri soggetti intranei al sodalizio...potendo così beneficiare dei privilegi che da tale rapporto di collegamento mafioso derivano all'esercizio*

⁵⁸ SCHMID, *Einziehung*, cit., pp. 157-160.

⁵⁹ Cfr. MAUGERI, *Relazione introduttiva*, cit., pp. 57 ss.; ID., *The criminal sanctions against the Illicit Proceeds of Criminal Organisations*, in NJECL 2012, pp. 261 ss.; ID., *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., pp. 185 ss. e 545 ss.

⁶⁰ Commissione Pisapia – per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) – Relazione.

⁶¹ Cfr. sull'armamentario di forme di confisca contro l'ente strumento del crimine MAUGERI, *Dall'actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., pp. 300 ss.

dell'impresa”.

La Suprema Corte ritiene correttamente che tale “disponibilità” non basta per indiziare il complesso aziendale e la quota societaria di origine illecita.

“Trattasi di motivazione chiaramente tautologica, perché desume la natura latamente mafiosa dei beni dalla “disponibilità” del titolare ad entrare in rapporti d'affari con esponenti mafiosi. Essa non è minimamente sufficiente a giustificare l'ablazione del compendio, giacché, giusta la premessa della Corte territoriale, occorre invece la prova, secondo lo statuto probatorio del giudizio di prevenzione, che l'azienda sia “frutto di attività illecita” o che l'impresa si sia concretamente avvalsa, nello svolgimento della sua attività, delle aderenze mafiose del titolare. Più in particolare, occorre, quantomeno a livello indiziario, la prova: a) **che l'acquisto originario sia stato reso possibile dall'attività illecita dell'acquirente, in qualunque modo espletata (mediante estorsioni, truffe, traffici illeciti, ecc), pur senza pretendere la prova di un diretto collegamento, sotto forma di nesso causale, tra l'attività – illecita – e l'acquisizione patrimoniale; b) che la crescita e l'accumulo di ricchezza da parte dell'impresa sia stata concretamente agevolata dall'attività illecita del titolare, “appartenente alla mafia” (nel senso dianzi precisato)**”⁶². In questa seconda ipotesi la Suprema Corte richiede che **“l'imprenditore abbia, quantomeno, sfruttato la sua qualità mafiosa per crearsi condizioni di favore, ponendo in essere una qualsiasi delle attività idonee ad imporre, illecitamente, l'impresa sul mercato (sviamento della concorrenza, acquisizione di beni strumentali o di consumo a prezzi ingiustificatamente vantaggiosi, controllo mafioso della manodopera, ecc.), perché solo in questo caso può dirsi – stando al dettato normativo – che l'incremento patrimoniale è “frutto di attività illecite”**”.

La Corte precisa correttamente che non si può desumere l'origine illecita del compendio aziendale o della quota societaria dalla mera pericolosità sociale laddove precisa che **“La confisca di prevenzione – tipica misura patrimoniale – non è collegata, a differenza di quella personale, alla qualità di mafioso del proposto, ma all'attività da lui esercitata**. Pertanto, se l'appartenenza a consorterie mafiose giustifica l'applicazione di una misura personale – giacché a tale condizione è sempre collegato il pericolo di azioni illecite – **per l'applicazione delle misure patrimoniali occorrono, invece, manifestazioni concrete e dimostrabili di quella mafiosità, strumentali all'accumulazione illecita di ricchezza**. Questa Corte ha infatti ripetutamente affermato che, **“in tema di misure di prevenzione nei riguardi di appartenenti ad associazioni di stampo mafioso, ai fini dell'adozione della misura patrimoniale della confisca non è sufficiente la verifica della sussistenza di adeguati indizi di appartenenza del soggetto ad una associazione mafiosa per ritenere che il suo patrimonio, anche se ingente e acquisito rapidamente, sia di provenienza illecita, ma occorre anche la sussistenza di indizi inerenti ai beni che facciano ritenere, per la sproporzione rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, o per altri motivi, che gli stessi siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego”** (Cass., n. 35628 del 23/6/2004; n. 1171 del 19/3/1997; n. 265 del 5/2/1990)”⁶³.

Non solo i provvedimenti censurati non procedevano ad un accertamento del valore sproporzionato o dell'origine illecita in relazione ad ogni singolo bene, ma finivano per desumere l'origine illecita dalla mera pericolosità sociale, che dovrebbe essere sufficiente, invece, solo ai fini dell'applicazione della misura di prevenzione personale, se attuale. La Corte evidenzia che non può essere sufficiente la mera “disponibilità” del soggetto ad ulteriori collaborazioni con l'organizzazione criminale per fondare la confisca della sua intera impresa; il rischio che emerge è che se non si rispetta il principio di legalità, oggi la Corte d'Appello di Palermo ha cercato di confiscare l'intera impresa di chi si sia reso disponibile, domani (se non già ieri) possa arrivare a giustificare attraverso la categoria dell'impresa mafiosa anche la confisca dell'impresa di chi sia riuscito a lavorare, pur in un contesto territoriale con forte infiltrazione mafiosa, grazie alla sua disponibilità a essere vittima di estorsione da parte dell'organizzazione mafiosa, perché comunque ha sovvenzionato l'organizzazione beneficiando di una situazione di tranquillità (nel senso che non subiva attentati, incendi..). Anche i c.d. vantaggi che rappresentano una conseguenza “naturale” del rapporto di protezione mafiosa⁶⁴ di cui beneficia la

⁶² Cass., Sez. V, 17 dicembre 2013 (17 marzo 2014), n. 12493.

⁶³ Cass., Sez. V, 17 dicembre 2013 (17 marzo 2014), n. 12493.

⁶⁴ LA SPINA, *Reazione della società civile e la prevenzione degli enti locali in Italia*, in MILITELLO -PAOLI (a cura), *Il crimine organizzato come fenomeno transazionale*, Freiburg, 2000, p. 456.

vittima di estorsione sarebbero già sufficienti per considerare l'impresa mafiosa e confiscabile.

L'intervento creativo giurisprudenziale che finisce per esprimere una sorta di scelta di politica criminale in base alla quale la lotta alla mafia possa giustificare la confisca dell'intera impresa di chi sia comunque entrato in rapporti con l'organizzazione mafiosa, indipendentemente dall'accertamento dei presupposti che soli possono giustificare la confisca nel nostro ordinamento, e cioè il valore sproporzionato dei beni (quale indizio di origine illecita) e l'origine illecita, viola in maniera intollerabile in uno Stato di diritto il principio di legalità.

MAFIE STRANIERE E 'NDRANGHETA AL NORD

Una sfida alla tenuta dell'art. 416 *bis*?

Costantino Visconti

ABSTRACT

Il delitto di associazione mafiosa si presta ad interpretazioni divergenti, soprattutto quando si tratta di applicarlo in aree non tradizionali - cioè fuori dalle regioni più permeate dall'attivismo di sodalizi riconducibili alle "mafie storiche" - o nei confronti di soggetti stranieri provenienti da comunità etniche insediate nel territorio italiano. L'analisi che si propone mira ad evidenziare quali orientamenti della prassi sembrano rispettare il modello di reato associativo a "struttura mista", che una parte della dottrina propugna per esigenze di rispetto del canone costituzionale dell'offensività, e quali invece il modello di reato associativo "puro", ossia sganciato dall'accertamento di una qualsiasi attività "esterna" oltre la mera organizzazione interna.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Le mafie straniere: gli orientamenti della giurisprudenza. – 2.1 La Cassazione alle prese con i cinesi a Firenze. – 2.2. Segue: e con i nigeriani a Torino. – 2.3. La giurisprudenza di merito: i cinesi levantini a Bari. – 2.4 Segue: e il «gruppo di Mosca» a Rimini. – 3. L'espansione delle mafie in aree non tradizionali: secondo i giudici di Torino e Genova la 'ndrangheta c'è ma non è punibile. – 3.1 Tra «l'essere» e il «fare» 'ndrangheta c'è di mezzo la norma penale: il caso ligure. – 3.2 La 'ndrangheta nel basso Piemonte: un "locale" in *franchising* non ancora dannoso secondo il Tribunale. – 3.3. Segue: un vulcano in quiescenza e già pericoloso secondo la Corte d'Appello. – 3.4 La «mafia silente» a Milano e le censure della Cassazione. – 3.5. Il contrasto tra i giudici di legittimità sui requisiti oggettivi del delitto di associazione mafiosa: l'orientamento restrittivo. – 3.5.1. L'orientamento estensivo. – 3.5.2 Recentissimi sviluppi: la Suprema Corte tra aspirazioni nomofilattiche e tentativi di accomodamento – 4. Rilievi conclusivi.

1.

Introduzione.

Scorrendo i repertori giurisprudenziali e la letteratura scientifica si ricava l'impressione che il delitto di associazione mafiosa abbia acquisito, a distanza di più di trent'anni dalla sua introduzione nel codice penale, una consolidata stabilità sul piano interpretativo-applicativo. In particolare, in ambito giurisprudenziale si sono via via consolidati orientamenti che delineano cornici concettuali abbastanza definite e al contempo sufficientemente elastiche da garantire continuità e coerenza alle prassi, ancorché diversificate nel tempo e nello spazio in ragione delle fenomenologia criminosa oggetto di volta in volta dell'intervento giudiziario. Così come, sul versante dottrinale, ha finito per prevalere un generale atteggiamento di sostanziale legittimazione dogmatica e politico-criminale della fattispecie criminosa, talora addirittura indicata quale prototipo di reato associativo più accettabile di altri in un'ottica di maggiore aderenza ai principi garantistici di tipicità e offensività¹. Dal canto suo, il legislatore ha fatto il resto. Per un verso, infatti, con qualche ritocco apportato qua e là al testo della fattispecie e ai quadri edittali ha – per dir così – rivitalizzato nel corso tempo l'opzione strategica compiuta nel 1982 con la legge Rognoni-La Torre in favore di un impiego prioritario dell'art. 416 *bis* c.p. nella lotta alla criminalità organizzata. E, per altro verso, attorno al delitto di associazione mafiosa si è formata una legislazione collegata che in vario modo e su diversi livelli (penale, processuale, preventivo, amministrativo ecc.) ambisce a colmare ogni possibile lacuna di tutela nell'ottica di un efficace contrasto statale alle mafie. A ciò si aggiunge, oltretutto, che negli ultimi anni non è mancato qualche riconoscimento di fonte sovranazionale – ed europea in particolare – al “modello italiano” quale approccio meritevole per molti aspetti di emulazione per la realizzazione di un presidio in chiave transnazionale contro la pericolosità dei gruppi criminali organizzati.

Se le cose stanno in questo modo, tornare a interrogarsi sull'attualità del delitto di associazione mafiosa potrebbe assomigliare alla sfida di un tabù. Non è così. Piuttosto, vale la pena effettuare un test per formulare una prognosi di “rendimento” futuro della fattispecie incriminatrice ponendo sotto osservazione specifici segmenti giurisprudenziali che negli ultimi tempi hanno lasciato emergere qualche increspatura applicativa o – comunque – hanno sottoposto a stress le interpretazioni consolidate. Si tratta, in particolare, della giurisprudenza formatasi su due fenomeni criminali considerati negli ultimi tempi di pericolosità emergente o crescente: le “mafie straniere” e l'espansione delle mafie “storiche” in aree di non tradizionale radicamento. Forse non è superfluo segnalare fin d'ora che la crescente attenzione anche mediatica su tali fenomeni rischia di far velo su una realtà verosimilmente diversa da come la si racconta. Nel senso che la ricorrente tendenza alla spettacolarizzazione giornalistica di recenti indagini e processi riguardanti sia la criminalità d'immigrazione, sia la ramificazione – ad esempio – della 'ndrangheta calabrese nel Nord Italia, ha trasformato in novità emergenziali fenomeni certamente non inediti e, per quanto riguarda almeno l'operatività di nuclei mafiosi fuori dai territori d'origine, da tempo ben conosciuti e oggetto più volte di non trascurabili interventi giudiziari. Da quest'ultimo punto di vista, forse non risulterebbe del tutto peregrino provare a decifrare l'attualità anche con un chiavi di lettura diverse da quelle correnti. Ad esempio, prima di rappresentare l'espansione delle mafie oltre i confini tradizionali nei termini un'inedita avanzata “in trasferta” delle organizzazioni criminali, si potrebbe mettere in evidenza – al contrario – che si tratta piuttosto di una rinnovata e professionale azione di contrasto condotta dalle agenzie deputate al controllo penale che hanno acquisito in tutto il territorio nazionale la capacità di “riconoscere” i fenomeni e “afferrarli” con i molteplici strumenti normativi che l'ordinamento ormai mette a disposizione degli operatori. In questo senso, una vicenda giudiziaria come quella denominata “Mafia capitale” (di cui qui non ci occuperemo per l'assenza ancora di pronunzie di merito²) – che ha fatto scalpore proprio per la configurazione del delitto di associazione mafiosa da parte degli organi requirenti romani nei confronti di attori criminali “autoctoni” – può ben spiegare che in simili frangenti molto dipende dalla professionalità degli investigatori: ossia dalla loro attitudine a leggere la realtà indagata in modo complesso e culturalmente disponibile a declinare il “metodo mafioso” in forme – per dir così

¹ Per un sintetico ma efficace quadro d'insieme degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali si rinvia a Pellissero, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, IV, Torino, 2010, pp. 279 e ss.; nonché a Cavaliere, *Associazione di tipo mafioso*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, Napoli, 2007, pp. 381 e ss.

² Sia consentito rinviare a Visconti, *A Roma una mafia c'è. E si vede...*, in www.penalecontemporaneo, 15 giugno 2015.

– non etnocentriche.

Comunque sia, il legislatore “simbolico” non ha tardato a mettersi in moto e ha prontamente inteso dare risposta al presunto nuovo allarme sociale inserendo nel testo dell’art. 416 *bis*, c.p. ult. comma, il riferimento alla mafia “anche straniera” (2008) e alla «ndrangheta» (2010), lasciando immutata per il resto la struttura della fattispecie e proprio recentissimamente incrementandone le pene³.

Ad ogni modo, il “campionamento” giurisprudenziale che prenderemo in esame è interessante perché sotto diversi aspetti si confronta con un problema comune: e cioè l’adattamento dei requisiti “tipici” fissati dal terzo comma dell’art. 416 *bis*, c.p. concernenti il «metodo mafioso» a contesti (non solo) criminali diversi da quelli che hanno prevalentemente ispirato il legislatore del 1982. Contesti in cui l’accertamento processuale della «forza di intimidazione» o dell’«assoggettamento e omertà» può incontrare maggiori difficoltà e spingere l’interprete giudiziario a muoversi con rinnovata acribia tra le pieghe del linguaggio normativo.

2.

Le mafie straniere: gli orientamenti della giurisprudenza.

La giurisprudenza di legittimità e di merito formatasi attorno al problema dell’applicabilità del delitto di associazione mafiosa a gruppi criminali di origine straniera operanti in Italia non è certamente copiosa, ma contiene qua e là spunti di notevole interesse per saggiare la plausibilità dell’imputazione mafiosa nei casi concreti sottoposti al vaglio dei giudici. Pur pervenendo a soluzioni diversificate, a una prima scorsa gli approcci interpretativi sembrerebbero sul piano della ricostruzione dei requisiti tipici dell’art. 416 *bis* c.p. le varie pronunzie non differire sensibilmente l’uno dall’altro. In particolare, il “genoma” della fattispecie, ossia il metodo mafioso descritto dal terzo comma dell’art. 416 *bis* c.p., viene concepito secondo cadenze interpretative che ricalcano gli arresti giurisprudenziali ormai consolidati sul tema a prescindere dalla questione specifica della mafia straniera. Prevale, anzitutto, la tesi che il delitto di associazione mafiosa costituisca da un punto di vista modellistico un reato associativo “a struttura mista”, per cui occorre riscontrare una «attività» esterna per ritenere integrati gli estremi, non essendo sufficiente l’accertamento dell’esistenza di un’organizzazione associativa avente come obiettivo lo sfruttamento della forza di intimidazione per la realizzazione del programma criminale, come invece basterebbe nella diversa ottica del reato associativo “puro”. In questo quadro, le varie sentenze che in prosieguo esamineremo più da vicino, ripropongono senza significative differenze un modulo interpretativo in virtù del quale per integrare la fattispecie è necessario accertare: a) una «attuale» forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo; b) un «sufficientemente diffuso» stato di «assoggettamento e omertà»; c) un *quid* che rispecchi un «effettivo avvalersi» da parte del sodalizio della predetta forza di intimidazione. Ma, oltrepassata questa prima griglia, qualche differenza emerge quando i giudici sono chiamati a declinare nel caso concreto i requisiti di fattispecie: è rilevabile, cioè, uno spazio ermeneutico non trascurabile tra la pur condivisa interpretazione in astratto della tipicità richiesta dalla norma e la sua applicazione al fenomeno specifico giudicato. Nulla di particolarmente sorprendente, del resto, se pensiamo al testo normativo che devono maneggiare i giudici: un linguaggio, invero, ad altissima densità sociologica che punta a descrivere non fatti circoscritti ma intere situazioni contestuali, popolate non solo da singoli individui ma da collettività indefinite. Cercheremo, dunque, di “sbirciare” in questo spazio ermeneutico per capire se l’ampio margine di discrezionalità interpretativa lasciato alla giurisprudenza abbia dato vita o meno a “sottotipi” applicativi di segno diverso ancorché magari sotto il medesimo tetto linguistico.

³ Si veda il tanto discusso c.d. “ddl anticorruzione” (l. 27 maggio 2015, n. 69) che appunto reca un robusto innalzamento del quadro edittale delle pene previste dall’art. 416 *bis* c.p.

2.1.

La Cassazione alle prese con i cinesi a Firenze

È opportuno prendere le mosse dalla sentenza della Cassazione del 2001⁴, che avalla l'applicazione del delitto di associazione mafiosa a un gruppo criminale cinese operante in Toscana e dedito al controllo anche violento delle attività dei connazionali: benché non sia, infatti, il primo arresto giurisprudenziale sulla questione, in tale occasione i giudici di legittimità hanno modo di fissare alcune regole di giudizio in qualche misura innovative nel quadro di una argomentata rilettura della fattispecie incriminatrice. Anzitutto, la Corte articola la sua ricostruzione su un duplice versante, rispettivamente, socio-criminologico e storico-esegetico.

Dal primo punto di vista, i giudici di legittimità rilevano che: «la realtà mafiosa – all'origine caratterizzata da struttura vasta e monolitica operante in ben individuati territori – è venuta trasformandosi e articolandosi in una molteplicità di organizzazioni col mutare e l'ampliarsi del genere di interessi parassitari perseguiti e con l'estendersi delle zone territoriali di influenza: fenomeno questo ricollegabile anche alle aperture via via crescenti di ogni collettività locale verso altre realtà sociali, come all'assottigliamento delle frontiere o riconducibile, per rimanere al nostro paese, ai grandi fenomeni di immigrazioni da paese dell'est europeo e addirittura dall'estremo oriente».

Sul secondo versante, invece, la Corte ricorda che durante i lavori preparatori del delitto di associazione mafiosa si passò progressivamente da un modello normativo volto a colpire la mafia intesa «nel senso tradizionale» a un altro più aperto all'incriminazione pure di gruppi mafiosi «composti anche da un numero limitato di persone e con zone e settori d'influenza limitati»: indice di tale evoluzione è l'inserimento, nella versione definitiva, dell'ultimo comma dell'art. 416 *bis* c.p. che testimonierebbe appunto la volontà legislativa di estendere la portata della norma a fenomeni diversi e più contenuti rispetto alle organizzazioni mafiose storicamente conosciute. Ne deriva, secondo i giudici, che va esclusa «la stessa idea che sia punibile come mafiosa soltanto l'associazione, per così dire, “potente” perché capace, oltre che di aggregare moltissime persone, di acquisire e moltiplicare risorse finanziarie notevoli come di controllare in modo ferreo un certo spazio territoriale, valendosi di strutture complesse e collaudate».

Con queste premesse la Corte avvia un ragionamento più specifico sulle condizioni in presenza delle quali anche gruppi criminali «non potenti» e di matrice straniera possano essere ricondotti entro il paradigma dell'associazione mafiosa, ribadendo che il punto cruciale di ogni corretta applicazione della norma rimane l'accertamento della forza di intimidazione così come designata dal terzo comma dell'art. 416 *bis* c.p.: nel senso che è «nel momento in cui la “carica di pressione” comincia a far sentire i suoi effetti che l'organizzazione viene a giuridica evidenza sul piano penalistico, indipendentemente dal raggiungimento concreto degli obiettivi, anche se spesso nuovi atti di violenza o di minaccia si rendono necessari per rafforzare o comunque tener viva la capacità intimidatrice già conseguita dal sodalizio».

Ciò premesso, secondo la Cassazione occorre tener conto di due fattori.

In primo luogo, che la forza di intimidazione «ha capacità di penetrazione e di diffusione inversamente proporzionali ai livelli di collegamento che la collettività sulla quale si esercita è in grado di mantenere per cultura o per qualsiasi altra ragione, con le istituzioni statuali di possibile contrasto, potendo evidentemente l'intimidazione passare da mezzi molto forti (minaccia alla vita o al patrimonio quando ci trovi in presenza di soggetti ben radicati in un territorio, come per esempio gli operatori economici non occulti) a mezzi semplici come minacce di percosse rispetto a soggetti che, vivendo già in condizioni di clandestinità e di semi-illegalità, non siano in grado di contrapporre valide difese».

In secondo luogo, che «se la ragione della particolare incriminazione è l'uso di quei metodi mafiosi che di per sé si ritiene particolarmente offensivi dei beni (ordine pubblico oggettivo e condizione psicologica di sicurezza e tranquillità) che si intendono tutelare, il numero effettivo dei soggetti che al momento sono coinvolti come vittime ha peso relativamente secondario a fronte della diffusività del fenomeno a danno di un numero indeterminato di persone che potranno in tempi brevi trovarsi alla mercé del sodalizio».

Ed è proprio sulla base di tali considerazioni, assunte in guisa di “regole di giudizio”, che la

⁴ Cass. 30 maggio 2001, Hsiang Khe Zi, in *Foro it.*, 2004, p. 6.

Cassazione si adagia sulle decisioni di merito che avevano applicato il delitto di associazione mafiosa a un gruppo di cinesi che controllava un traffico di clandestini connazionali verso l'Italia, affermando conclusivamente: «l'art. 416 *bis* c.p. bene è realizzabile anche con riguardo a organizzazioni che senza controllare tutti coloro che vivono o lavorano in un certo territorio, rivolgono le proprie mire a danno dei componenti di una certa collettività – quindi anche stranieri immigrati o fatti immigrare clandestinamente – a condizione che si avvalgano di metodi tipicamente mafiosi e delle conseguenti condizioni di assoggettamento e omertà».

Riassumendo. Da una premessa socio-criminologica costituita dalla rilevata presenza di “nuove” organizzazioni criminali nel nostro Paese per effetto della globalizzazione, passando per una rilettura storicamente avvertita dell'art. 416 *bis*, ecco che la Corte ha finito col semplificare l'accertamento probatorio dei più ingombranti requisiti di fattispecie condensati nel “metodo mafioso”, e ciò mediante due accorgimenti: una graduazione dell'intensità della forza di intimidazione che risulti “direttamente proporzionale” al grado di resistenza dei soggetti contro cui si rivolge; un ridimensionamento quantitativo dell'assoggettamento e dell'omertà anche in ragione di una potenziale diffusività futura.

2.2.

Segue: e con i nigeriani a Torino.

Nel solco della cornice ricostruttiva delineata dalla sentenza del 2001 appena illustrata, si collocano alcune interessanti pronunzie rese tra il 2007 e il 2010 riguardanti le attività di gruppi organizzati di nigeriani in competizione tra loro per il controllo violento delle comunità di appartenenza insediate nella città di Torino. La Corte, infatti, tiene un atteggiamento che per un verso tende a valorizzare la continuità delle proprie decisioni rispetto agli orientamenti consolidati in materia, ma per altro verso non fa velo sulla «necessità di contestualizzare e relativizzare la nozione stessa di mafiosità, che se designa una metodologia comportamentale dai tratti ben definiti, ne postula, nondimeno, una libera capacità di esplicazione in rapporto alla peculiarità del contesto in cui si radica ed alle condizioni socio-culturali dei destinatari». Invero, la Cassazione⁵ avalla fin dai primi passi dell'inchiesta l'inquadramento giuridico dei fatti operato dai giudici di merito: ravvisando gli estremi dell'associazione di tipo mafioso nell'organizzazione «denominata EIYE, facente parte del più ampio sodalizio radicato in Nigeria e diffuso in diversi Stati europei ed extraeuropei finalizzato alla commissione di un numero indeterminato di delitti contro il patrimonio attraverso la commissione di truffe mediante la prospettazione di contraffazione monetaria e contro la persona, opponendosi e scontrandosi con gruppi rivali variamente denominati per assumere e mantenere il predominio nell'ambito della comunità nigeriana». In particolare, sul versante dell'accertamento dei requisiti fissati dal terzo comma dell'art. 416 *bis* c.p., i giudici individuano i tratti del metodo mafioso «nell'osservanza delle rigorose regole interne, di rispetto e obbedienza alle direttive dei vertici con previsione di sanzioni anche corporali in caso di inosservanza, nella pretesa dagli affiliati del versamento, obbligatorio e periodico, di somme di denaro prestabilite per la finalità del gruppo locale e per le finalità della “casa madre” nigeriana e nel ricorso all'esercizio di violenza fisica o mediante l'uso di armi bianche e da sparo sia per la risoluzione dei conflitti con altri gruppi o con singoli ritenuti in grado di ostacolare le finalità delinquenziali e di predominio dell'associazione o a favore di singoli che ne avevano richiesto l'intervento, sia per costringere terzi ad affiliarsi».

A fronte delle deduzioni difensive facenti leva – tra l'altro – su di una presunta erronea impostazione in diritto seguita dai giudici del merito (i quali avrebbero trascurato di riscontrare i requisiti strutturali dell'associazione mafiosa, nonché dell'assoggettamento e omertà), la Cassazione in realtà ripropone, con qualche variante, l'approccio argomentativo battuto dalla sentenza del 2001. E infatti, i giudici di legittimità anzitutto premettono che «il requisito implicito della fattispecie di associazione mafiosa, generalmente indicato, sincopatamente, come controllo del territorio, è in realtà riferibile non già al controllo di un'area geografica in quanto tale, ma al controllo della comunità o dell'aggregazione sociale individuabile mediante il suo insediamento del territorio. E ciò a ragione proprio della matrice sociologica della definizione normativa («di tipo mafioso») e della *ratio*, di tutela della libertà dei singoli di resistere agli

⁵ Cass. 13 marzo 2007, I.E.I., in *Dir. imm. e citt.*, 2008, p. 209

assoggettamenti criminali che permeano le formazioni sociali delle quali fanno parte, che l'«i-spirà»; sicché, essi concludono sul punto citando testualmente il precedente del 2001, «il reato previsto dall'art. 416 *bis* può essere integrato anche da organizzazioni le quali, pur senza avere il controllo di tutti coloro che vivono o lavorano in un determinato territorio nazionale, hanno finalità di assoggettare al proprio potere criminale un numero indeterminato di persone ivi immigrate o fatte immigrare clandestinamente, avvalendosi di metodi tipicamente mafiosi e della forza di intimidazione del vincolo associativo per realizzare la condizione di soggezione e omertà delle vittime».

Entro tali coordinate interpretative, la Cassazione giudica corrette le valutazioni dei giudici di merito che avevano escluso una mera «potenzialità» intimidatrice nel caso di specie, sulla base di una duplice diagnosi in fatto, e cioè: la rilevata «effettiva capacità di intimidazione» conseguita dal gruppo, tenuto conto «di quanto fosse diffuso, tra gli immigrati nigeriani, un atteggiamento di totale omertà, aggravato dal timore che le ritorsioni riguarderebbero non soltanto gli eventuali denunciati, ma anche le famiglie d'origine»; e la «gravità anche quantitativa, oltretutto qualitativa [...] dell'assoggettamento della comunità nigeriana, nonché la finalizzazione di tale forma di controllo allo scopo di realizzare vantaggi ingiusti (quali favori ingiustificati, somme di denaro in cambio della violenta esazione di crediti) o delitti di varia natura (rapine, sfruttamento della prostituzione)».

2.3.

La giurisprudenza di merito: i cinesi levantini a Bari.

Pochi mesi dopo la sentenza della Cassazione del 2001, più volte citata, che afferma la configurabilità del reato di associazione mafiosa a carico di un gruppo criminale cinese operante a Firenze, il Tribunale di Bari⁶ affronta un caso simile riguardante un'associazione criminale composta da cinesi levantini: stavolta, però, i giudici ritengono integrata solo la fattispecie associativa «semplice», non considerando raggiunta la prova della sussistenza dei requisiti tipici richiesti dall'art. 416 *bis* c.p., in particolare il metodo mafioso descritto dal terzo comma. Si tratta di una sentenza ben motivata, a tratti raffinata nello sviluppo argomentativo, che – come vedremo – non ambisce a segnare soluzioni di continuità rispetto ai principi ermeneutici della giurisprudenza consolidata e, purtuttavia, lascia trapelare un atteggiamento prudente, se non restrittivo, rispetto alle *chances* applicative del reato associativo di tipo mafioso a formazioni straniere.

Anzitutto, sul piano generale, i giudici baresi, nel passare in rassegna i requisiti del delitto di associazione mafiosa alla luce della giurisprudenza precedente, aderiscono esplicitamente a quel modello ricostruttivo di matrice dottrinale che lo configura «come reato a struttura mista in quanto – a differenza degli altri reati associativi che, per definizione, comportano un'anticipazione della repressione penale alla fase preparatoria dei reati-fine – presuppone un principio di esecuzione del programma criminoso»: è, infatti, l'accertamento dell'effettivo avvalersi di una già acquisita forza d'intimidazione, qualificata dall'omertà e dell'assoggettamento che provoca nei terzi, che rende «tipicamente mafiosa» un'associazione criminale. Sicché, mentre «per le c.d. mafie storiche un problema di accertamento della forza intimidatrice non si pone in quanto il radicamento di tali organizzazioni è di regola risalente nel tempo per cui la loro capacità di assoggettamento è ormai consolidata e indiscutibile», quando ci si trova al cospetto di organizzazioni diverse «la configurabilità del reato di associazione mafiosa dipende dalla prova di concreti atti di intimidazione che abbiano fatto acquisire ad un gruppo organizzato quella capacità di intimidazione cui sopra si è fatto cenno».

È proprio il mancato riscontro di un'autonoma forza di intimidazione che spinge il Tribunale a ritenere integrata nel caso di specie una semplice associazione per delinquere, non inquadribile quindi nel paradigma mafioso, sebbene il gruppo in questione da quest'ultimo «mutua anche le basilari tecniche operative».

Più in particolare, spiegano i giudici, l'associazione dei cinesi levantini «non è in grado di un'autonoma capacità intimidatrice, che invece è determinata solo da specifici atti di violenza nei confronti dei singoli clandestini che si ribellano [...] la condizione di assoggettamento è transeunte ed è conseguenza diretta dell'esercizio di poteri di coartazione fisica e morale

⁶ Trib. Bari 28 marzo 2003, Chen Jan Zhong, in *Foro it.*, 2004

che si manifestano in deprecabili e disumane torture». Tanto è transeunte la condizione di assoggettamento e omertà, soggiungono i giudici, che per un verso «alcune vittime hanno reso dichiarazioni agli investigatori ed alla polizia», e, per altro verso, «non vi sono prove di atti di violenza, minaccia o sopraffazione nei confronti della popolazione barese». In altre parole, ad avviso dei giudicanti «l'intimidazione è interna al gruppo ed al suo programma e non raggiunge quell'allarme sociale richiesto dall'art. 416 *bis* c.p.; così come tale bassa intensità intimidatoria «esterna» sarebbe confermata, conclude il Tribunale, dal fatto che l'associazione dei cinesi levantini tollerati «che un sodalizio criminale affine (per la nazionalità dei consociati) qual è il Dugi operi nella stessa zona territoriale con affari comuni ai propri: è il segno evidente che la consorteria non ha ancora nel territorio quella forza intimidatrice che le conferirebbe esclusività reverenziale, anche solo all'interno della comunità territoriale asiatica».

2.4.

Segue: e il «gruppo di Mosca» a Rimini.

Analogamente a quanto deciso dal Tribunale di Bari, anche quello di Rimini⁷ non ravvisa gli estremi del delitto di associazione mafiosa in un processo riguardante un gruppo di russi operante in quel territorio allo scopo di controllare, anche in forma violenta, la vendita di oggettistica da parte di connazionali sordomuti. E però i giudici romagnoli seguono un percorso argomentativo non del tutto coincidente con quello battuto dai colleghi baresi, talora prendendone esplicitamente le distanze. Sulla ricostruzione, in generale, del volto del reato associativo di tipo mafioso, per la verità, le due motivazioni convergono: per quanto qui interessa, anche i giudici romagnoli non deflettono, infatti, dal configurare il delitto in guisa di una fattispecie associativa «a struttura mista», tale da richiedere cioè l'accertamento non solo di un'organizzazione e di un programma (eventualmente) illecito ma anche di una proiezione «esterna» del metodo imperniato sulla forza di intimidazione qualificata da un influsso ambientale in termini di assoggettamento e omertà. Condiviso questo (rilevante) tratto di strada, il Tribunale di Rimini mette in discussione, invece, un aspetto significativo della decisione di qualche anno prima del Tribunale di Bari, ossia quel passaggio in cui si conferisce particolare rilievo all'assenza di prove circa atti di sopraffazione nei confronti della popolazione barese per negare la configurabilità del delitto di associazione mafiosa, posto che in tali casi «l'intimidazione è interna al gruppo e al suo programma e non raggiunge quell'allarme sociale richiesto dall'art. 416 *bis* c.p.». Sotto questo punto di vista, il tribunale, in ordine «all'individuazione del contesto ambientale esterno sul quale parametrare la valutazione di effettività della condizione di diffuso assoggettamento e correlata omertà» derivante dal «potenziale prevaricante», ritiene che «sul piano ermeneutico [...] il contesto territoriale non figuri tra i parametri di valutazione espressamente richiesti dalla lettera della norma» e che «neppure sia necessario sotto un profilo logico-sistematico». Piuttosto, proseguono i giudici riminesi, occorre affidarsi «a una chiave di lettura che, coordinando i vari elementi indiziari, tenga conto delle nozioni socio-criminologiche e del particolare ambiente culturale, geografico ed etnico in cui i fatti sono maturati»: per cui «in ipotesi coinvolgenti in via esclusiva cittadini stranieri», la verifica della sussistenza o meno dei requisiti fissati dal terzo comma dell'art. 416 *bis* c.p. «va eseguita con riferimento al contesto socio-economico di appartenenza dei soggetti nei cui confronti si dirige l'azione delittuosa del sodalizio». Una volta affermato il principio della – per dir così – «deteritorializzazione» dei requisiti ambientali richiesti dalla norma, i giudici prospettano «specifici elementi indicatori» da cui desumere la loro sussistenza: a) «l'effettivo conseguimento nella patria di origine, da parte del sodalizio, di un prestigio criminale di tipo mafioso con correlato stato di soggezione e di omertà diffusi all'esterno – indagine di tipo esclusivamente cognitivo per la quale potrà rilevarsi particolarmente utile l'apporto, esperienziale e/o scientifico, di persone venute a contatto con la consorteria, ovvero di studi specializzati di settore»; b) «la verifica di immanente persistenza anche all'estero di tale potenziale intimidatorio».

La prese di distanza dall'approccio del Tribunale di Bari è, quindi, marcata: ma, se sulla questione inerente la verifica dell'effettività della forza d'intimidazione l'orientamento del Tribunale di Rimini risulta in qualche modo coerente con l'indirizzo già emerso in precedenza volto a circoscrivere anche alla sola comunità nazionale o etnica di appartenenza dei membri

⁷ Trib. Rimini, 14 marzo 2006, in *Foro it.*, 2007, II, p. 510, con nota di DI FRESCO.

del sodalizio quella condizione di diffuso timore sufficiente a integrare la tipicità della fattispecie penale, lo stesso non può dirsi per quanto riguarda la prospettata ricerca di un'eventuale «fama criminale» conseguita in patria quale sostitutivo funzionale del mancato riscontro di essa in territorio italiano. Da questo punto di vista, i giudici romagnoli forniscono a sostegno argomenti di natura prettamente giuridico-penale come anche considerazioni di tipo schiettamente politico-criminale. Sotto il primo profilo, il Tribunale prende le mosse dall'art. 6 c.p. e in particolare (secondo comma) dal principio di ubiquità vigente nel nostro ordinamento, secondo il quale anche un frammento di condotta realizzato nel territorio italiano è sufficiente a radicare la competenza della giurisdizione domestica, come appunto nel caso in cui «un'associazione di matrice estera che abbia costituito, sul territorio italiano, una vera e propria ramificazione (ossia un'unità operativa collegata alla c.d. casa madre)». Al riguardo, soggiungono i giudici, «a nulla rileva, in forza sia del principio di territorialità che della funzione di tutela penale, se detta consorceria – sussistente ed intatto il potenziale intimidatorio nei confronti della comunità di appartenenza, di regola la sola in possesso degli elementi necessari per l'immediata decriptazione delle forme striscianti di intimidazione tipiche del sodalizio, insediatisi localmente ovvero operativa sul territorio italiano solo da un punto di vista economico (si pensi, ad esempio, ad attività di *import-export*, ovvero ad attività imprenditoriali di trasporto passeggeri esercitate da e per l'Italia in assenza di sede legale nel nostro Paese) – espletati in territorio italiano la propria azione in via esclusiva nei confronti di cittadini della propria etnia». Spianata così la strada sul versante interpretativo, il Tribunale di Rimini delinea poi con una certa enfasi lo scenario politico criminale: «è di tutta evidenza la situazione di pericolo per l'ordine pubblico interno, per il caso in cui consorcerie di matrice estera di accertato spessore criminale (si pensi alla mafia russa ovvero alla Triade cinese) riescano a insediare sul territorio dello Stato ramificazioni stabili e strutturate, con conseguente incremento dei fattori di rischio correlati sia alla realizzazione di reati di particolare gravità (ad esempio omicidi connessi a regolamenti di conti, ovvero a lotte per il predominio mafioso), sia alla diffusività del fenomeno con rischio di infiltrazioni e di collegamenti tra gruppi criminali».

Vero è d'altra parte che, volgendo lo sguardo al caso oggetto di giudizio, il Tribunale riminese non riscontra gli elementi considerati necessari e sufficienti per ritenere integrata la fattispecie associativa di tipo mafioso. E ciò anche se reputa «indubitabile che il sodalizio criminale avesse come finalità quella di acquisire, per il tramite di un potere di tipo mafioso, il controllo in regime di monopolio dell'attività economica di per sé lecita, della vendita di oggettistica da parte di audiolesi, e quale scopo immediato (necessario al contempo per l'acquisizione di quel particolare prestigio criminale cui consegue una condizione generalizzata e diffusa di intimidazione) quello del conseguimento, dalla medesima attività, di ingenti ed ingiusti profitti per il tramite della commissione di una serie indeterminata di delitti di indole violenta nei confronti di tutti coloro che si fossero opposti alle pretese economiche del sodalizio»; ma, soggiungono i giudici romagnoli, «se tale era l'obbiettivo, comprovato dal ricorso a strategie operative tipiche del metodo mafioso [...] va rilevato come, sulla base di emergenze istruttorie, il sodalizio non risulta tuttavia aver conseguito quel potenziale intimidatorio che costituisce l'essenza stessa della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 416 *bis* c.p.), benché «si evince indubbiamente l'adozione a metodo di forme generalizzate di intimidazione, con progressivo innalzamento dei livelli di violenza (spedizioni punitive progettate in termini di intensa aggressività con previsione di un numero di combattenti superiore a cinque e porto di armi improprie) e ricorso sempre più frequente a tentativi di uso strumentale della giustizia fino all'intimidazione e subornazione di testimoni».

Quel che manca, però, osserva il Tribunale di Rimini, è «quella effettività di autonoma forza di intimidazione percepita anche all'esterno, pur se nell'ambiente circoscritto dei sordomuti, con correlata condizione di diffuso assoggettamento e omertà», assenza desunta dagli stessi giudici da una duplice ricognizione empirica. Sul versante della eventuale acquisizione da parte del sodalizio della necessaria «fama criminale» nella patria di origine, il Tribunale propende per la soluzione negativa, in primo luogo sulla base dell'ipotesi ricostruttiva secondo cui «nella fase di accettazione della proposta dell'attività da esercitare all'estero – comunque lecita sotto il profilo penale, pur se abusiva ed illegittima sul piano delle necessarie autorizzazioni di tipo amministrativo – nessuno degli interessati avesse avuto il sentore di trattare con un sodalizio criminale, situazione questa in insanabile contraddizione con la fama di capacità criminale su cui necessariamente fonda la forza intimidatrice promanante dalla consorceria mafiosa»; e, in

secondo luogo, in virtù di una considerazione a carattere socio-criminologico, nel senso che «studi e ricerche di criminologia, mentre documentano, in termini sufficientemente circostanziali, l'attività perdurante di associazioni estere (quali ad esempio i sodalizi noti in Italia sotto la denominazione di mafia russa e triade cinese), non hanno mai descritto in tali termini il c.d. «racket dei sordomuti russi». Sul versante, invece, domestico, i giudici rilevano una «significativa carenza di prestigio criminale, e pertanto di carenza di un potenziale prevaricante che vada al di là della cerchia dei sordomuti interni al gruppo», testimoniata dalla «circostanza che nei rapporti con i sordomuti di etnie diverse, il “gruppo di Mosca”, pur animato da velleità di predominio e di gestione del business in regime di monopolio, operasse attraverso l'opzione della strategia negoziale delle trattative, senza contare che le violazioni dei patti erano oggetto di nuova concertazione, piuttosto che occasione di azioni violente di ritorsione».

3. **L'espansione delle mafie in aree non tradizionali: a Torino e Genova la 'ndrangheta c'è ma non è punibile.**

Per avviare l'analisi della giurisprudenza formatasi più recentemente sul tema dell'applicabilità del delitto di associazione mafiosa a organizzazioni classiche operanti in aree non tradizionali, prendiamo le mosse da due recenti sentenze di merito, l'una del Tribunale di Torino (congiuntamente al giudizio di Appello che l'ha riformata), l'altra del Tribunale di Genova (per la quale pende il procedimento di II grado), che hanno escluso la configurabilità del predetto reato associativo con riferimento ad aggregati 'ndranghetisti insediatisi nei rispettivi distretti di competenza. Beninteso, come già accennato nelle battute iniziali di questo lavoro, non sono certo queste le prime sentenze che hanno affrontato la questione: in realtà, già altre volte la giurisprudenza in passato si era misurata con il problema di saggiare l'applicabilità dell'art. 416 *bis* c.p. in regioni italiane considerate storicamente immuni dalla diffusione e dal radicamento di fenomeni mafiosi. Solo che in questa più recente occasione i giudici si sono cimentati con una casistica per certi versi inedita, relativa cioè a gruppi di 'ndranghetisti colti probatoriamente – per dir così – allo stato nascente (e dunque nella fase genetica della distribuzione di ruoli, fissazione di gerarchie, ecc.), ma senza il riscontro di almeno un cominciamento di esecuzione del programma criminoso né di una rilevante o comunque percepibile attività «esterna» suscettibile di condizionare terzi estranei. Si tratta più in particolare di procedimenti che, in parte, traggono origine dalle indagini condotte congiuntamente dalla magistratura requirente di Milano e Reggio Calabria, le quali hanno via via portato alla luce la consistente e organizzata ramificazione della 'ndrangheta calabrese in Lombardia e in altre aree del Nord del Paese, tra cui appunto il Piemonte e la Liguria.

L'idea di fondo sottostante fin dalle prime battute a tali indagini è che il fenomeno espansionistico della 'ndrangheta va decifrato nel suo complesso e risulta caratterizzato da una doppia natura: per un verso, il fenomeno si presta ad una ricostruzione unitaria, orientata secondo parametri omogenei ai territori d'origine quanto a modalità organizzative, rituali, prassi operative, dimensione gerarchica; dall'altro, pur in un siffatto quadro unitario, esso si articola in cellule organizzative, territorialmente localizzate, dotate di una certa dose di autonomia ma comunque legate da vincoli più o meno intensi con la casa madre in Calabria.

Questo approccio ha avuto riflessi penal-sostanziali e processualistici molto rilevanti: per ciascuna articolazione presa in considerazione fuori dai confini della Calabria si è, infatti, attivata la Direzione distrettuale antimafia di volta in volta territorialmente competente e soprattutto – per quanto qui interessa – si è posto il problema dell'accertamento dei requisiti strutturali del reato associativo in relazione ad ognuna delle entità organizzative individuate.

3.1. ***Tra «l'essere» e il «fare» 'ndrangheta c'è di mezzo la norma penale: il caso ligure.***

La prima sentenza in ordine di tempo è quella riguardante gli insediamenti 'ndranghetisti in Liguria, e in particolare le cc.dd. «locali» di Genova, Ventimiglia, Lavagna e Sarzana. Nelle

forme del giudizio abbreviato, il Gup del Tribunale di Genova⁸ è chiamato a vagliare l'accusa di far parte, con ruoli diversi, delle rispettive «locali» a carico di una decina di calabresi residenti in Liguria. Più in particolare, proprio *in limine*, il giudice puntualizza: «quello che va ricercato in questo processo è l'esistenza di una realtà associativa, operante in Liguria, radicata nel territorio, avente di per sé, al di là del nome, le caratteristiche proprie dell'associazione di stampo mafioso; deve cioè verificarsi se, alla luce delle emergenze delle indagini, le sole cui possa riferirsi il giudice in sede di giudizio, possa ritenersi provato che in territorio ligure si sia realizzata una struttura criminale avente le caratteristiche di cui all'art. 416 *bis*».

Affermazioni che possono forse apparire un po' banali, ma che invece si rivelano evidentemente necessarie per ben definire preliminarmente il tema del giudizio, come si ricava dal successivo passaggio: «Se invece si volesse sostenere che gli 'ndranghetisti liguri, a prescindere dall'esistenza di concrete manifestazioni di mafiosità nel territorio di questa regione, devono rispondere comunque del reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. perché, in quanto affiliati, sono «a disposizione» della 'ndrangheta calabrese che in quella regione opera, come già ampiamente riconosciuto anche in sede giurisprudenziale, ad esempio in quanto supporto logistico per agevolare la latitanza degli affiliati o per reperire i fondi necessari al perseguimento degli scopi criminali del sodalizio o, comunque, rafforzando il sodalizio stesso con il mero apporto numerico, si sarebbe in presenza di un fatto diverso da quello contestato e rispetto al quale sarebbe competente l'autorità giudiziaria di Reggio Calabria ove, di fatto, l'associazione è radicata e persegue i propri fini».

E per ulteriormente chiarire i riflessi penalistici del rapporto tra sodalizio «matrice» e locali insediate nel resto del Paese, il giudice aggiunge: «È invero condivisibile l'idea che un sodalizio di stampo mafioso, delocalizzato rispetto alla regione di origine, ben potrebbe non essere finalizzato alla commissione di delitti, diversamente da quanto accade per l'associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p., essendo ad esempio più utile a fornire sostegno economico o protezione agli affiliati ma perché possa ritenersi costituita un'autonoma associazione di stampo mafioso è necessario che tali finalità siano comunque perseguite avvalendosi di quel metodo mafioso che è elemento costitutivo della fattispecie e, quindi, che detti risultati siano resi possibili proprio dalla quella condizione di assoggettamento e omertà che consegue dalla forza di intimidazione del sodalizio. Dovrebbe cioè dimostrarsi che tale supporto logistico è reso possibile proprio perché in Liguria, come in qualunque altra regione, si è comunque radicato un sodalizio criminale, dotato di quella forza di intimidazione che è propria delle associazioni mafiose, tale da rendere possibile, ad esempio, nascondere un latitante, per l'omertà dell'ambiente circostante, o conseguire guadagni esorbitanti da appalti conseguiti illecitamente o anche solo per l'alterazione della concorrenza, determinata dall'intimidazione scaturita dal sodalizio, diffusa tra la popolazione o, quanto meno in un determinato contesto socio-economico».

Ciò premesso, il giudice genovese procede poi a passare in rassegna gli orientamenti maggioritari della giurisprudenza di legittimità sul versante dei requisiti minimi per ritenere integro il terzo comma dell'art. 416 *bis* c.p., rilevando in conclusione che «non pare possa mettersi in discussione che per aversi associazione mafiosa debba realizzarsi il cosiddetto metodo mafioso e se anche può prescindere da specifici atti di intimidazione, ben potendo l'efficacia intimidatoria scaturire dall'appartenenza stessa al sodalizio, per la capacità di assoggettamento che esso ha conquistato sul territorio, è evidente che deve quantomeno dimostrarsi che assoggettamento e omertà nell'ambiente ove il sodalizio opera si siano concretizzati, non potendosi presumere l'esistenza in assenza di concreti indici di capacità intimidatoria».

Da questo punto di vista, l'organo giudicante è anche costretto a misurarsi con una decisione della Cassazione⁹, resa durante la fase cautelare del medesimo processo, che ricollegandosi a orientamenti minoritari della giurisprudenza di legittimità, aveva in qualche maniera

8 G.u.p. Trib. Genova, 9 novembre 2012, Barillaro e altri, inedita; va segnalato che successivamente è stata emessa un'importante sentenza nel procedimento c.d. "La svolta" da parte del medesimo tribunale, stavolta però in composizione collegiale (7 ottobre 2014, Marciànò e altri), in cui è stata riconosciuta l'applicabilità del delitto di associazione di tipo mafioso a due distinte organizzazioni operanti, l'una, nella zona di Ventimiglia, e l'altra nella zona di Bordighera e, per quel che qui importa, con l'adesione in punto di diritto alle tesi della decisione in commento sul punto, in particolare, della necessità di accertare "l'esteriorizzazione del metodo mafioso", ossia di dar conto della "percezione della temibilità" degli aggregati di 'ndrangheta nei contesti locali ove risultavano rispettivamente insediate.

9 Cass., sez. I, 10 ottobre 2012, Garcea, inedita.

rimodulato la soglia di rilevanza necessaria per considerare integrato il requisito dell'effettività e attualità del metodo mafioso: sostenendo che fosse sufficiente accertare una «capacità potenziale» della forza di intimidazione, anche perché diversamente diverrebbe impossibile «configurare l'esistenza di associazioni mafiose in regioni refrattarie, per una serie di ragioni storiche e culturali, a subire metodi mafiosi», visto che non potrebbe parlarsi di intimidazione rilevante ai sensi della fattispecie associativa neppure nei casi in cui «il metodo mafioso» si manifesta nei confronti di «un soggetto che effettivamente ne ha percepito il peso, ma in un contesto generale, sia locale che personale, refrattario a dividerlo».

Torneremo su questa pronuncia nel prosieguo, quando analizzeremo i diversi percorsi seguiti dalla Corte di Cassazione proprio a ridosso delle indagini e dei processi riguardanti l'espansione della 'ndrangheta al Nord. Qui basti segnalare che il giudice genovese, pur ribadendo il dissenso in punto di diritto rispetto alla suddetta concezione del metodo mafioso con l'avallo di quella giurisprudenza maggioritaria che richiede una capacità intimidatoria attuale ed effettivamente qualificata dalle conseguenze determinate nell'ambiente circostante, lascia emergere la questione politico-criminale e politico-giudiziaria decisiva, individuando nella decisione dei giudici di legittimità la «volontà di riconoscere a tutti i costi l'esistenza di una associazione mafiosa, sul modello di quelle meridionali, là dove pure non si riproducono le condizioni di intimidazione e di assoggettamento e omertà, tipiche di quelle regioni, per evitare il rischio, che invero pare del tutto accettabile, che finché un determinato sodalizio non raggiunga nell'ambiente locale un analogo livello di capacità intimidatoria, sia esso per fama o per il concreto modus operandi dei suoi affiliati, non venga sanzionato ai sensi dell'art. 416 *bis* c.p.».

Insomma, per il giudice genovese è «un rischio accettabile» la mancata applicazione del delitto di associazione mafiosa in aree del Paese diverse da quelle meridionali qualora le consorterie prese in considerazione non abbiano maturato quella stessa pericolosità «di contesto» che ha determinato il legislatore del 1982 a forgiare un modello di reato associativo con le caratteristiche «ambientali» delineate nella norma. Anzi: «proprio là dove l'ambiente non sia portato, per ragioni storiche, culturali o per qualunque altro motivo, a percepire l'efficacia intimidatoria di un determinato sodalizio, nel caso di specie le strutture locali di 'ndrangheta esistenti in Liguria, perché dette strutture possano assumere i caratteri propri dell'associazione mafiosa dovrebbe essere necessario qualcosa di più sotto il profilo della capacità intimidatoria e non certo qualcosa di meno quanto ad effetto di assoggettamento e omertà»; né, d'altro canto, può invocarsi «l'inserimento esplicito della 'ndrangheta nella norma del codice», per «far venir meno la necessità di ricercare i requisiti posti dalla legge quali elementi caratterizzanti» e così trasformare la fattispecie in «un reato di stato o di etichetta».

Come anticipato, l'indagine del giudice genovese ha, infine, un esito negativo: «se indiscutibilmente emerge che i soggetti monitorati sono personaggi legati alla 'ndrangheta, che si incontrano e si riuniscono nel rispetto di tradizioni 'ndranghetiste, partecipano al conferimento di cariche proprie del sodalizio e ne seguono i rituali, in alcun modo emerge, se non in via meramente ipotetica, che di tale associazione costoro abbiano riprodotto in Liguria le caratteristiche operative né, tanto meno, che agiscano nei rapporti con l'ambiente esterno come appartenenti a un'associazione mafiosa»; d'altro canto, chiosa l'organo giudicante, «Essere 'ndranghetista, soprattutto fuori dalla Calabria dove realmente la 'ndrangheta permea ogni aspetto della vita sociale ed economica, non vuol dire necessariamente, in assenza di concrete dimostrazioni di fatto, fare lo 'ndraghetista, contribuendo al perseguimento delle finalità criminali del sodalizio».

Né, d'altra parte, secondo il giudice genovese, i fatti dedotti in giudizio integrano gli estremi dell'associazione per delinquere semplice, non essendo emersi gli elementi sufficienti a provare la sussistenza di una prospettiva programmatica inequivocabilmente diretta alla realizzazione di reati.

Può comprendersi, dunque, la *vis* polemica che serpeggia nei motivi di appello della Procura generale avverso la sentenza¹⁰, laddove si rimprovera al giudicante, sul piano politico-criminale, di aver affermato «che è lecito costituire, promuovere o appartenere a locali di 'ndrangheta [...] consente[ndo] a questa associazione [...] di estendere la propria presenza nel Nord Italia, così potenziando le proprie strutture e capacità operative»; e, si legge ancora nel ricorso,

¹⁰ Procura gen. Genova, 19 marzo 2013.

«il ragionamento del giudicante finisce per legittimare l'esistenza di una 'ndrangheta buona ovvero non ancora manifestamente cattiva, come se potesse distinguersi tra vari tipi di mafia, quando invece tale distinzione appare del tutto improvida e avulsa dalla realtà, non solo dal punto di vista antropologico-sociologico, ma anche normativo».

Ma, al di là di tali censure a carattere extragiuridico, quel che resta insanabile è il contrasto in punto di diritto tra le tesi dell'accusa e l'approccio seguito nella sentenza in merito in sede di ricostruzione dei requisiti oggettivi della fattispecie incriminatrice, contesto chiaramente evidenziato nel medesimo atto di impugnazione dove si afferma in chiave critica: «il delitto di cui all'art. 416 *bis* è fattispecie di pericolo e non di danno, di conseguenza non è necessaria l'esteriorizzazione del metodo mafioso e la commissione dei reati scopo ma è sufficiente la semplice possibilità che i membri del sodalizio manifestino all'esterno la forza d'intimidazione, che l'associazione nel suo complesso possiede, in modo idoneo a produrre assoggettamento e omertà nella popolazione».

3.2.

La 'ndrangheta in franchising: il caso del «locale» del basso Piemonte secondo il giudice di I grado

Anche in uno tra i principali processi capostipite instaurati presso il Tribunale di Torino, il giudice perviene a conclusioni assolutorie, pur ritenendo provata l'esistenza «perfetta» di una autonoma articolazione territoriale della 'ndrangheta avente come raggio d'azione il Basso Piemonte¹¹. Analogamente a quanto accaduto di Genova, il giudice torinese deve fare i conti con molteplici prese di posizione della Corte di Cassazione, intervenute nella fase cautelare dello stesso processo o comunque in procedimenti connessi, che accreditano un modello ricostruttivo dei requisiti oggettivi del delitto di associazione mafiosa incentrato anche stavolta su una marcata anticipazione della tutela, ma che invece verrà smentito nella sentenza di cui stiamo parlando.

Nel tessuto motivazionale di detta pronuncia trova ampio spazio la ricostruzione dei prevalenti orientamenti giurisprudenziali, con una particolare attenzione rivolta ad alcune sentenze della Cassazione emesse in processi concernenti formazioni mafiose operanti in aree non tradizionali. Da un'accurata disamina esce confermato l'indirizzo largamente maggioritario che (pur con formulazioni linguistiche diversificate) non rinuncia mai a richiedere l'accertamento sia di una forza di intimidazione attuale (e non solo potenziale) sia di un effettivo avvalersi di essa e delle relative condizioni di assoggettamento e omertà; da qui la convinzione del giudice torinese secondo cui «non vi sono spazi per interpretazioni che, a seconda del territorio e del connaturato tessuto sociale in cui l'associazione vive e opera, richiedano requisiti (oggettivi e, conseguentemente di prova) differenti, di fronte a un chiaro dato testuale, costituito per di più da una norma di stretta interpretazione, quale l'art. 416 *bis* c.p.».

Ma è pur vero che nelle pronunzie più recenti riguardanti anche il medesimo processo e rese in sede cautelare, il giudice di Torino ravvisa alcuni passaggi argomentativi a suo giudizio bisognosi di chiarimento, perché suscettibili di «trarre in inganno», in quanto «mirano a trasformare il requisito oggettivo di cui si sta trattando [il metodo mafioso, n.d.a.] in elemento intenzionale e finalistico, poggiando sulla considerazione che l'art. 416 *bis* c.p. disegna una fattispecie a tutela anticipata, di pericolo».

In proposito l'organo giudicante sviluppa alcune considerazioni ruotanti attorno all'individuazione del bene giuridico protetto dalla fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p. e della relativa soglia di offensività rilevante, le quali che meritano di essere riportate perché sfociano in una utilizzazione in chiave restrittivo-delimitativo della punibilità di un concetto come quello di *rechtsgut*, solitamente impiegato invece dai giudici con esiti opposti, cioè con effetti espansivi dell'area del penalmente rilevante.

Invero, secondo il Tribunale di Torino, se «per l'esistenza del reato è necessario che la consorteria abbia raggiunto una carica intimidatoria autonoma minima, ciò vuol dire che, rispetto ad essa, prima di – ed indipendentemente dal – realizzare condotte dirette a perseguire gli scopi associativi, proprio nel raggiungimento di tale soglia di assoggettamento, la libertà mo-

¹¹ Trib. Torino 8 ottobre 2012, Bandiera e altri, inedita.

rale dei consociati è già stata lesa effettivamente, perché la consorteria delinquenziale si è già annidata in quel tessuto sociale incutendo timore e soggezione, creando dunque quell'alone di diffusa intimidazione che caratterizza la forza di intimidazione del vincolo associativo [...] Sotto questo aspetto, dunque, si è di fronte a una fattispecie di danno e non di pericolo. Solo rispetto alla incriminazione del "programma" di commettere una serie di reati scopo, poi, si è di fronte alla tutela anticipata tipica della fattispecie di pericolo».

Sulla base di tali considerazioni, soggiunge il giudicante, si può «con tranquillità negare che la pretesa natura di reato di pericolo dell'associazione di tipo mafioso comporti modificazioni strutturali alla fattispecie, per giunta dipendenti dalla maggiore o minore facilità di dimostrarne i costitutivi, a seconda del territorio nel quale si affermi l'operatività (presunta o reale) del gruppo delinquenziale»; e in questo senso lo stesso giudice, qualche pagina dopo, ha altresì cura di sottolineare che la dimensione spazialmente situata della verifica probatoria riveste un'importanza decisiva in quanto «è il contatto della struttura che si assume mafiosa con la società in cui la stessa è destinata ad operare, ad essere pericolosa per i consociati. Questo contatto altro non è se non l'esteriorizzazione del metodo mafioso, la condizione di assoggettamento ed omertà di chi vive dove opera il gruppo criminale».

Con precipuo riferimento al caso di specie, e in coerenza con quanto sostenuto nel delineare i requisiti strutturali della fattispecie associativa e i connessi riflessi sulla «qualità della prova», il tribunale torinese considera i dati probatori raccolti in grado di disegnare «con indubbia precisione, la struttura interna di un locale di 'ndrangheta, con la sua organizzazione, le sue regole, i collegamenti con la "casa madre" calabrese»; ma al contempo li giudica «del tutto inidonei a offrire la dimostrazione del concreto inserimento di tale struttura nella realtà del contesto territoriale del basso Piemonte». Né, soggiunge il tribunale, si rivela sufficiente «il richiamo a una sorta di *franchising* fra provincia e locale, ove non vi siano segni (o non ne sia offerta la prova) del modo di manifestarsi del locale – di cui peraltro si predica l'autonomia – nel suo territorio»; così come altrettanto insufficiente va considerato il richiamo «all'unitarietà della 'ndrangheta ed alla *communis opinio* per cui essa incute timore nella popolazione», un dato che rimane «astratto, non calato nella realtà sociale di riferimento», se non sono prospettati «elementi concreti che indichino che il gruppo e i suoi esponenti – in quanto rappresentanti dello stesso – siano conosciuti e temuti da parte di coloro che con essi, per qualsivoglia ragione, entrino in contatto».

Esclusa la sussistenza degli elementi sufficienti per integrare il delitto di associazione mafiosa, nonché quelli del reato associativo comune «difettando del tutto la dimostrazione di un qualsivoglia programma criminoso quantomeno generico che gli imputati avrebbero inteso perseguire organizzandosi in quel modo», il tribunale si occupa di un ultimo possibile profilo di rilevanza penale, vale a dire di un tentativo punibile in relazione all'art. 416 *bis* c.p. Ma anche tale prospettiva giunge a un esito negativo, sulla base di una doppia verifica in punto di diritto. Per un verso, quanto all'ipotesi di un tentativo in relazione all'art. 416 c.p., l'organo giudicante fa leva sulla tendenziale inammissibilità dell'istituto previsto dall'art. 56 c.p. nei reati di pericolo. Per altro verso, quanto alla configurabilità di un tentativo nel delitto di associazione mafiosa, si ritiene che «restano nella specie provati, al più, atti preparatori finalizzati a dar vita ad un'associazione di tipo 'ndranghetistico che della casa madre riprende, indubbiamente, stili e metodiche organizzative e comportamentali interne, regole e costumi, ma che ancora non si è atteggiata nei confronti della popolazione quale entità capace di sfruttare la forza intimidatrice, creando assoggettamento e omertà».

3.3.

Segue: un vulcano in quiescenza e già pericoloso secondo la Corte d'Appello.

Come già anticipato, la sentenza appena esaminata è stata riformata in sede di appello, in quanto i giudici di secondo grado hanno ritenuto provati gli elementi necessari per configurare il delitto di associazione mafiosa, condannando, gli imputati con pene diversificate in relazione

al ruolo gerarchico rivestito nella “locale”¹². Non si tratta (solo) di una diversa valutazione del materiale probatorio utilizzato nella sentenza impugnata; piuttosto, i giudici di seconde cure adottano un modello ricostruttivo dei requisiti del reato associativo alternativo a quello propugnato dal loro collega del I grado. Ma, ancor di più, la Corte d’Appello non fa velo di sposare una diversa ottica anche dal punto di vista politico-criminale e politico-giudiziario, ben espressa proprio nelle battute finali della motivazione, laddove si dichiara conclusivamente di disattendere gli esiti della sentenza del tribunale «anche al fine di scongiurare il paradosso, icasticamente descritto dal P.m. nell’atto di appello, di pervenire a una precoce – quanto inutile – diagnosi della patologia cancerosa (costituzione ed esistenza dell’associazione di stampo mafioso), senza poter effettuare alcun valido intervento terapeutico, prima della proliferazione delle metastasi». Preoccupazione, questa, ribadita subito dopo, stavolta prendendo spunto dagli argomenti difensivi: «pure l’efficace metafora del vulcano, evocata da un brillante avvocato nel corso della discussione per escludere l’integrazione del delitto associativo, per una sorta di eterogenesi dei fini impone, ad avviso di questa Corte, di ritenere integrato il delitto in esame; è notorio, infatti, che l’assenza di attività eruttiva in atto non è sufficiente ad escludere che il vulcano sia attivo (e, conseguentemente, potenzialmente pericoloso per la sicurezza pubblica). Molti sono, infatti, i vulcani attivi in quiescenza (ad es., il Vesuvio) e, pur apparendo innocui, ad avviso degli esperti, nessuno di essi può essere sottovalutato in quanto destinato a tornare certamente in attività, in un futuro più o meno prossimo».

Al di là di queste vivide metafore a carattere vulcanologico, che certamente non lasciano dubbi sullo spirito che ha animato le valutazioni dei giudici d’appello, la sentenza – come anticipato – sottopone a revisione critica in punto di diritto alcuni caposaldi dell’impostazione seguita nella decisione impugnata. In particolare, i giudici torinesi osservano che «l’opzione ermeneutica prescelta dal giudice di primo grado non convince laddove, dopo aver correttamente premesso che per la consumazione del delitto associativo di stampo mafioso non è necessaria la consumazione dei reati fine, afferma che per potersi ravvisare gli estremi del reato debbono essere ricercati – e provati – i “segn” del manifestarsi di un agire sfruttando la forza intimidatrice del vincolo associativo, giungendo così ad attribuire al reato associativo in esame una natura anfibia: di pericolo e di danno».

Il che, sempre secondo i giudici di appello, espone la sentenza impugnata a una evidente contraddittorietà poiché «da un lato si afferma (correttamente) che per l’integrazione del delitto non sia necessaria la commissione di reati-scopo, dall’altro si richiede che la libertà morale dei consociati sia già stata effettivamente lesa ovvero che i consociati versino “in condizione di succubanza e soggezione” nei confronti degli appartenenti all’associazione di tipo mafioso e, quindi, nella condizione di persone offese dalla commissione di reati di varia natura e gravità».

Qual è, piuttosto, la ricetta “giusta” proposta dalla Corte d’Appello? Vediamo come i giudici la espongono: «Se, invece, la condizione di succubanza e soggezione deve essere apprezzata in una accezione pre-giuridica, ovvero sociologica o storica (a tacere ogni considerazione sulla opportunità di recepire e, successivamente, di provare un dato sociologico nell’ambito del processo penale), allora ben può ritenersi sussistente nel caso di specie in virtù dello stretto collegamento dell’associazione in esame con la casa madre, in uno con la notoria pericolosità ed efferatezza della ‘ndrangheta, non a caso “tabellata” come associazione di tipo mafioso dal legislatore, a prescindere da ogni altra caratteristica».

Riassumendo: assoggettamento e omertà “ambientali” costituiscono un dato pre-giuridico, di tipo sociologico-storico, assimilabile per certi versi alla categoria del presupposto del reato, sicché non occorre provarlo per davvero nel processo ma è sufficiente acquisirlo quale fatto notorio considerata l’appartenenza della singola “locale” al fenomeno unitario della ‘ndrangheta calabrese, proprio di recente espressamente catalogata dallo stesso legislatore in termini di associazione mafiosa.

Una tesi “forte”, questa, che la Corte d’Appello sostiene nella consapevolezza di distanziarsi così da un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità a cui aveva attinto il Tribunale e che seppur in modi diversi, non ha mai rinunciato alla necessità di una “esteriorizzazione” del metodo mafioso e, quindi, a considerare presupposto decisivo della fattispecie incriminatrice proprio l’accertamento di un effettivo avvalersi della forza di intimidazione da

¹² Appello Torino, 10 dicembre 2013, Bandiera e altri, inedita (la sentenza è stata in larga parte confermata da Cass. 3 marzo 2015, secondo quanto si desume dal dispositivo in mancanza ancora della motivazione).

parte del sodalizio.

Ma, dalla sua, la Corte di Appello sfodera un numero consistente di decisioni della Cassazione, quasi tutte emesse nella fase cautelare del medesimo processo o di altri comunque collegati, ripercorrendo le quali in effetti si ha la netta impressione che una parte della giurisprudenza di legittimità sia convinta della possibilità (e/o necessità) di modificare l'orientamento consolidato poc'anzi accennato, o almeno di rettificarlo quel tanto che occorre per andare incontro alle esigenze repressive emergenti dalle indagini riguardanti gli insediamenti della 'ndrangheta al Nord (v. *infra*).

Anche se, per la verità, gli stessi giudici d'appello tendono in qualche modo a ridimensionare la portata innovativa in punto di puro diritto di tali pronunce, mettendo in rilievo il fatto che tra l'indirizzo consolidato più restrittivo e quello recentissimo più estensivo in realtà la differenza corre sul filo delle conoscenze di tipo empirico-criminologica acquisite nel frattempo, piuttosto che di vere e proprie dissonanze giuridiche. L'orientamento più restrittivo, infatti, si sarebbe formato quando ancora non era maturata la consapevolezza «che la 'ndrangheta non è una mera denominazione, di carattere sociologico, di consorterie criminali indipendenti le une dalle altre, caratterizzate dall'origine calabrese, dalla matrice familistica, e da un analogo *modus operandi*, bensì un'unica organizzazione criminale, articolata in strutture territoriali autonome (le c.d. locali), coordinate appunto dall'organismo collegiale sovraordinato, denominato «Provincia» o «Crimine»; consapevolezza, invece, che è maturata «dopo le indagini culminate nei trecento fermi del luglio 2010, nell'ambito delle quali è emersa, tra l'altro, l'importanza di Domenico Oppedisano, quale “Capo Crimine”, vero e proprio numero uno dell'organizzazione».

A ben vedere non è così, e lo vedremo più avanti: il contrasto in punto di diritto all'interno della stessa Cassazione è ben palpabile, e non suscettibile di essere ridimensionato facendo leva su fattori extragiuridici contingenti come l'esito delle indagini condotte negli ultimi anni dalla magistratura requirente.

3.4.

La «mafia silente» a Milano e le censure della Cassazione.

Prima di analizzare più a fondo i percorsi della giurisprudenza di legittimità volti a definire presupposti e limiti dell'applicabilità del delitto di associazione mafiosa con particolare riferimento a contesti e situazioni considerati «non tradizionali», va ribadito ancora una volta che il tema non è certo affiorato solo recentemente e in connessione con la “scoperta” delle ramificazioni 'ndranghetiste al Nord. Al contrario, si può dire che la questione è periodicamente emersa durante le varie tappe del tracciato evolutivo che ha contraddistinto le prassi applicative riguardanti il delitto di associazione mafiosa. Basti pensare, per citarne solo alcune, al grumo affaristico-mafioso addensatosi intorno alle attività del casinò di Campione che diede vita a un'articolata trama giudiziaria ruotante proprio sull'applicabilità o meno della fattispecie di associazione mafiosa¹³, o anche al gruppo criminale di origine siciliana che negli '80 tentò di monopolizzare il gioco d'azzardo a Genova e dintorni¹⁴.

E però, forse mai come questa volta, il dibattito giurisprudenziale si è fatto acceso e divisivo all'interno della Cassazione, in seno alla quale attualmente si riscontrano con nettezza due modi diversi di ricostruire il volto del delitto di associazione mafiosa, con inevitabili riflessi probatori di rilevanza decisiva sotto il profilo della funzionalità in chiave repressiva della fattispecie incriminatrice.

Come base di partenza per la ricostruzione anche diacronica del dibattito in corso in Cassazione, possiamo prendere le mosse da un sintagma molto espressivo qual è «mafia silente»: tale definizione, infatti, ha fatto capolino più volte nelle decisioni dei giudici di legittimità a cominciare da un intenso confronto dialettico sviluppatosi tra la Corte e i giudici di merito milanesi con riguardo all'applicabilità del delitto di associazione mafiosa (affermata da questi ultimi e negata in sede di legittimità) a gruppi criminali di calabresi attivi in Lombardia. Il punto di maggiore frizione si raggiunge nella sentenza della sezione V del 13 febbraio 2006¹⁵,

¹³ Cass. sez. V, 19 Dicembre 1997, Magnelli, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 1475 e ivi l'ampia nota di NOTARO, *L'art. 416 bis e il “metodo mafioso, tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo*.

¹⁴ Cass. sez. I, 14 gennaio 1987, Fiandaca, in *Foro it.*, 1988, II, p. 451.

¹⁵ In *Cass. pen.*, 2007, p. 2778 con il commento di BORRELLI, *Il metodo mafioso tra parametri normativi e tendenze evolutive*

che investe una decisione della Corte d'Appello di Milano che, a sua volta, seguiva a un precedente annullamento con rinvio della Suprema Corte avente per oggetto proprio la configurabilità dell'associazione di tipo mafioso.

In via preliminare, i giudici di legittimità non nascondono una certa irritazione nei confronti dei colleghi del merito per non aver preso sul serio le censure formulate dalla Corte nella sentenza di annullamento e i principi a cui attenersi: «Chiamata a tale specifico compito sulla base di chiare e tassative coordinate di riferimento, la Corte del rinvio ha, di fatto, tradito tali consegne, riproponendo pedissequamente il percorso motivazionale seguito dalla prima Corte di merito. Non solo, ma senza cogliere il senso di quanto richiestole, non ha esitato, incredibilmente, a muovere appunti alla stessa formulazione della pronuncia di legittimità [...] finendo, e in tale inusitata *vis polemica*, per accomunare il giudizio di legittimità e le strategie difensive in un apprezzamento assai critico, fondato sul rilievo di analisi parcellizzata e non complessiva di tutti gli elementi sopra ricordati».

E ancora, se è possibile salendo di tono: «è così sfuggito al giudice del merito il fine precipuo dell'indagine mandatagli, che, specificatamente orientata alla verifica in concreto degli elementi costitutivi del reato associativo di cui all'art. 416 *bis*, avrebbe dovuto essere intesa ad accertare se in territorio milanese avesse operato un'autonoma consorteria delinquenziale che, mutuando il metodo mafioso da stili comportamentali in uso in altre aree geografiche, si fosse radicata in loco con quelle peculiari connotazioni».

Secondo la Corte, invece, i giudici di rinvio si sono limitati a evocare «*sic et simpliciter*» conclamate acquisizioni giudiziarie od elementi di notorietà in ordine all'esistenza in Africo, e zone viciniori, di un clan mafioso a struttura familistica facente capo ai Morabito-Bruzzaniti, per giungere alla sbrigativa conclusione che l'articolazione di quella consorteria in area milanese, godendo della fama criminale della 'ndrangheta, aveva automaticamente perpetuato in diverso contesto spaziale le stesse metodiche comportamentali».

D'altro canto, soggiungono i giudici di legittimità «era di tutta evidenza che se così fosse stato, si sarebbe trattato di null'altro che dello stesso fenomeno criminale e, dunque, dello stesso sodalizio mafioso sorto e radicato nel territorio d'origine, pur se operante in diversi ambiti territoriali nei quali stava tentando di espandere i suoi traffici illeciti (con tutte le possibili implicazioni di un siffatto rilievo in termini di competenza). Non è fondatamente dubitabile, infatti, che, nell'ipotesi in cui un'associazione dirami sue articolazioni in aree territoriali diverse da quelle d'origine, non per questo si formano altrettante, autonome, consorterie delinquenziali, sì che l'originario ceppo finisce col perdere la sua identità per disarticolarsi in entità autonome e distinte, a meno che, com'è ovvio, una siffatta disgregazione non risulti in concreto, per effetto di intervenute scissioni in seno al sodalizio». La Cassazione sembra alludere, in questo passaggio della motivazione, a una specie di fecondazione eterologa, una fertilizzazione *in vitro*, un contagio "a spore" che autoriproduce "per partenogenesi" o per gemmazione un alone di intimidazione diffusa in altri contesti territoriali. Ma allora il problema diventa: a quali contesti territoriali agganciare gli atti di militanza associativa espressivi del ruolo? Se risulta processualmente accertata una affiliazione formale al clan d'origine (o comunque l'assunzione della qualifica di membro stabile e riconosciuto di esso) e la proiezione dinamica di tale ruolo si esprime attraverso atti di militanza associativa con direzione puramente interna in territori di nuovo radicamento, a quale dei due elementi accordare prevalente rilievo?

Una volta chiariti i possibili rapporti tra gli insediamenti tradizionali nei luoghi d'origine della consorteria mafiosa e le sue ramificazioni in altre zone del paese, la Cassazione punta il dito sull'errore principale imputato ai giudici del merito, ossia di aver «acriticamente ritenuto che l'indubbio spessore mafioso dei ricorrenti – o di taluni di essi – fosse di per sé solo sufficiente a dispiegare, anche in contesti spaziali diversi (storicamente estranei a certe forme di subcultura e devianza delinquenziale proprie di altre aree geografiche), la capacità intimidatrice che, notoriamente, promana dal vincolo associativo ed ha il suo *pendant* nella paura di denunciare e, quindi, nella conseguente condizione di omertà e soggezione». Insomma, secondo la Cassazione, la forza di intimidazione da requisito *oggettivo, effettivo ed attuale*, viene degradato a requisito *soggettivo e potenziale*, da caratteristica strutturale empiricamente riscontrabile del macro-aggregato associativo nel suo complesso, viene derubricato a riflesso speculare di qualità personali dei singoli aderenti, da dato esteriore fenomenicamente percepibile viene riconvertito in un mero precipitato (un predicato) della loro pericolosità soggettiva.

In questo sfondo, la dimensione spazialmente situata dell'accertamento probatorio si rivela

decisiva, visto che: «per pacifica massima d'esperienza, tale capacità in tanto può, efficacemente, dispiegarsi in quanto il contesto sociale, tradizionalmente, permeabile e, realmente, sensibile agli effetti della minaccia che scaturisce dalla mera notorietà di un'appartenenza, anche indipendentemente dal compimento di specifici atti d'intimidazione».

Certo, soggiungono i giudici di legittimità, può pure accadere che un sodalizio criminale intenda «riproporre in altre aree del Paese le stesse condizioni di assoggettamento e di omertà che, com'è noto, costituiscono l'*humus* in cui alligna e prolifera la devianza mafiosa, concepita come stile di vita e strumento di sopraffazione, mai fine a se stessa ma sempre orientata e finalizzata al procacciamento di illeciti profitti e di facili arricchimenti», e tuttavia in tal caso devono risultare «in concreto specifici indici di mafiosità». E proprio sulla rilevazione di tali indici di mafiosità, la Cassazione trova del tutto illogico lo stesso approccio linguistico dei giudici di merito, laddove impiegano l'espressione «mafia silente» in quanto manifestazione di una non corretta visione dei contenuti della fattispecie incriminatrice. Un'espressione che di per sé tradisce la mancata presa d'atto da parte dei giudicanti che «il metodo mafioso, nel disegno normativo è sempre segno di esteriorizzazione, proprio per il fatto stesso di dover essere strumentale, sia pure nei limiti del mero profitto della forza intimidatrice [si avvalgono] ai fini della sua canalizzazione o finalizzazione per il perseguimento di uno degli obiettivi indicati nella citata disposizione normativa».

In sintesi, la Corte ritiene addirittura illogica (un ossimoro) la pretesa di mettere insieme, da un lato, questa immagine di per sé magari comunicativamente efficace del sodalizio incriminato quale «mafia silente», e, dall'altro, la prova della necessaria «esteriorizzazione» del metodo mafioso quale requisito oggettivo del delitto di associazione mafiosa. In poche parole: se la mafia è «silente», almeno in zone del paese in cui storicamente non è riscontrabile «quell'*humus* in cui alligna e prolifera la devianza mafiosa», allora non è mafia in senso giuridicamente rilevante.

Qualche anno più tardi approda in Cassazione un altro processo nel quale i giudici di merito milanesi ritengono provata l'esistenza di un sodalizio che ricalca per le sue caratteristiche strutturali e operative il modello incriminatorio delineato dall'art. 416 *bis* c.p.: anche stavolta i giudici di legittimità annullano la sentenza, ma le distanze in punto di diritto con l'approccio seguito dalla Corte territoriale sembrano meno marcate¹⁶.

Il caso sottoposto alla cognizione della Cassazione presenta la particolarità, evidenziata dagli stessi giudici, del fine perseguito «consistente nell'espansione di un'attività lecita (movimentazione terra nel settore edilizio)», con la conseguenza che la natura mafiosa del sodalizio si identifica essenzialmente «nel modo con il quale è stato perseguito il fine», ossia nell'impiego del metodo mafioso in un settore specifico di attività imprenditoriali e in un ambito territoriale circoscritto al comune di Buccinasco nell'*hinterland* milanese.

I giudici di legittimità condividono in linea di principio questa impostazione, osservando che «il metodo mafioso non deve necessariamente dispiegarsi in un ambito territoriale indefinito e nei confronti di un numero indeterminato di consociati genericamente individuati, ben potendo essere esercitato all'interno di un territorio geograficamente limitato, con effetti ricadenti anche su un settore limitato della popolazione, individuabile per ambiente e tipologia di attività; per cui, per la realizzazione della fattispecie incriminatrice, è sufficiente che l'organizzazione abbia la potenzialità, attraverso l'intimidazione mafiosa, di creare situazioni di distorsione e condizionamento nei comportamenti e nelle scelte degli imprenditori di un determinato settore».

Così come ritengono che la motivazione della sentenza impugnata dia adeguatamente conto della sussistenza nel caso di specie delle «componenti statico/strutturali dell'associazione»: e cioè, da un lato, bene si evince «che l'organizzazione disponeva di un complesso di mezzi materiali rappresentato da piccole società o imprese, operanti nel settore della movimentazione terra, dotate di un modesto numero di mezzi e di dipendenti o collaboratori, sì da giustificare la loro presenza nella fetta di mercato del quale i consociati volevano assumere il controllo»; e, dall'altro, si riscontra intelligibilmente «l'assetto organizzativo interno dell'associazione, rappresentato dalla suddivisione dei compiti, alcuni generici altri più specifici».

I problemi sorgono, secondo la Cassazione, nella parte della motivazione scrutinata dove si affronta la questione, peraltro cruciale, del metodo mafioso e in particolare dell'effettivo

¹⁶ Cass., sezione II, 24 maggio 2012, Barbaro e altri, inedita.

avvalersi della forza di intimidazione da parte del sodalizio. Al riguardo, i giudici di legittimità tengono fede a quello che ritengono un orientamento consolidato della stessa Corte: «va sul punto ancora osservato che il c.d. «metodo mafioso» deve necessariamente avere una sua esteriorizzazione quale forma di condotta positiva richiesta dalla norma con il termine «avvalersi»; questa esteriorizzazione può avere le più diverse manifestazioni, ma occorre pur sempre che l'intimidazione (in qualsiasi forma assunta) si traduca in atti specifici, riferibili a uno o più soggetti, suscettibili di valutazione, al fine dell'affermazione, anche in unione con altri elementi che li corroborino, dell'esistenza della prova del metodo mafioso».

Tenuto conto di ciò, la Cassazione ritiene non sufficiente quanto sostenuto nella sentenza in esame, e cioè che il sodalizio incriminato si fosse avvalso della «fama criminale» ereditata da una cosca in precedenza operante nel medesimo territorio facente capo a Papalia, suocero di uno dei componenti di spicco della nuova organizzazione. Per la verità, pur riconoscendo la plausibilità della scelta compiuta dai giudici del merito di individuare nella «spendita» della fama criminale già acquisita dal vecchio sodalizio un concreto avvalersi della forza di intimidazione in grado di determinare soggezione nei terzi venuti in contatto con la consorteria, la Cassazione chiede qualcosa di più stringente sul piano probatorio. In particolare, tre versanti fattuali non risulterebbero sufficientemente dimostrati: «a) la natura e la portata dei legami delle famiglie Barbaro e quella del Papalia al fine di rinvenire la trama dei legami che giustificano la ritenuta successione ereditaria nella fama criminale mutuata dalla precedente organizzazione [...]; b) le modalità concrete della spesa del nome Papalia (o della diffusione fra i consociati della “fama criminale”) da parte del Barbaro (o di altri) sì da superare il mero dato della diffusa conoscenza dell'esistenza di rapporti di parentela [...] attraverso l'individuazione di specifici atti che, per la loro valenza (superando il livello della voce generica), anche sul piano logico, portino al riscontro dell'accusa; c) la più puntuale definizione delle conseguenze delle condotte di cui al punto che precede, con individuazione delle attività che, per il prezzo conseguito, le modalità di acquisizione si caratterizzino per anomalie a loro volta dimostrative di scelte effettuate da altri imprenditori (vittime) perché condizionate, per effetto di intimidazione, dagli imputati».

Né, secondo la Corte, è sufficiente per colmare le lacune evidenziate far leva su una serie di atti intimidatori verificatisi a danno di pubblici funzionari e imprenditori e indicati nella sentenza di merito, perché se si può convenire «sulla percettibilità del significato dell'avvertimento mafioso da parte della vittima», non si dà però risposta a un interrogativo fondamentale, e cioè se quegli atti possano essere riferibili, anche solo sul piano logico, ai componenti del sodalizio.

Ora, è pur vero che i rilievi formulati dai giudici di legittimità tendono a dipanarsi su di un prevalente piano di ragionevolezza probatoria, e quindi di coerenza motivazionale; tuttavia, a ben vedere, essi verosimilmente costituiscono il riflesso di un più rigoroso approccio della Corte riguardo alla dimensione sostanziale della fattispecie contestata e, conseguentemente, ai requisiti oggettivi che si richiede risultino provati in giudizio. In particolare, sembra che la Corte non intenda rinunciare alla necessità di una verifica processuale della sussistenza effettiva della forza di intimidazione, di un concreto avvalersi di essa e delle conseguenze che ne derivano in termini di assoggettamento e omertà «ambientale»: elementi, questi, strettamente concatenati e la cui correlazione eziologica deve puntualmente risultare sul piano probatorio e quindi deve essere esplicitata nel tessuto motivazionale delle decisioni assunte.

3.5.

Il contrasto tra i giudici di legittimità sui requisiti oggettivi del delitto di associazione mafiosa: l'orientamento restrittivo.

L'indirizzo privilegiato nelle sentenze esaminate nel paragrafo che precede, ispirato a un rigoroso approccio ermeneutico al terzo comma dell'art. 416 *bis* c.p., ha ricevuto significative conferme assai di recente con due sentenze che hanno riguardato, l'una, un processo tra i più importanti scaturiti dalla ormai celebre indagine «Crimine» avente per oggetto le vicende connesse all'operatività di locali 'ndranghetiste in area lombarda; e l'altra concernente alcune posizioni stralciate dai processi celebrati a carico dei presunti membri delle locali 'ndranghetiste insediatesi in Piemonte e in particolare nella provincia di Torino.

Cominciando dalla prima, va subito detto che la decisione della Corte¹⁷ era molto attesa soprattutto perché si trattava di mettere il sigillo, anzitutto, a una visione d'insieme che aveva ispirato le scelte dell'autorità giudiziaria: e cioè l'idea che la 'ndrangheta fosse riconducibile a un fenomeno unitario, benché si riscontrassero autonome entità localmente insediate al di fuori dei luoghi di tradizionale radicamento.

Da questo punto di vista, la Cassazione dà atto che dal processo si trae piena conferma «dell'esistenza di una sorta di fenomeno di colonizzazione, dovuto al trasferimento di sodali calabresi in altri territori dello Stato precedentemente immuni da analoghe forme di manifestazione delinquenziale, soprattutto in regioni del Nord Italia [...]: sodali che, spostatisi in tali regioni settentrionali, avevano costituito nuove articolazioni di quelle medesima organizzazione criminale, denominate "locali", ciascuna delle quali aveva mutuato regole di funzionamento e forme delle iniziative criminali analoghe a quelle delle "locali" o dei "mandamenti" dell'organizzazione "casa madre" calabrese», così riproponendo rituali, regole di funzionamento, ripartizioni di ruoli e assetti strutturali simili a quelle adottate dagli analoghi gruppi delinquenziali operanti nella regione meridionale.

Risulta inoltre provato, aggiungono i giudici di legittimità, che, da un lato, le «numerose locali istituite presso diversi comuni delle province lombarde, avente ciascuna una propria tendenziale autonomia funzionale, si fossero, per così dire, consorziate ovvero confederate tra loro all'interno di una più ampia struttura, detta "Lombardia", cui erano state assegnate funzioni di coordinamento tra le singoli locali e di unitaria rappresentanza delle stesse verso l'esterno»; e, dall'altro, che le attività di raggruppamenti lombardi «fossero state qualificate da una costante tensione con gli affiliati all'organizzazione casa-madre calabrese, vivendo situazioni di acceso contrasto con coloro che, dalla regione del Sud, avevano sperato di poter dirigere le iniziative delinquenziali degli appartenenti ai gruppi nordici, laddove questi ultimi, pur nel rispetto dovuto a chi di quelle regole associative era stato il fondatore, avevano alla fine acquisito una propria autonomia decisionale e operativa».

Passando ai risvolti giuridici, una simile ricostruzione in fatto, riconoscono i giudici di legittimità, appare «rispettosa dell'indirizzo ermeneutico privilegiato da questa Corte di Cassazione, che ha già avuto modo di puntualizzare come sia ben possibile la configurabilità del reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. laddove, come nella fattispecie è accaduto, l'associazione per delinquere si sia radicata «in loco» con peculiari connotazioni e risultati aver conseguito, in concreto, nell'ambiente nel quale essa opera, un'effettiva capacità di intimidazione, mutuando il metodo mafioso da stili comportamentali in uso a clan operanti in altre aree geografiche». Si tratta di un preciso richiamo, da parte della Corte, all'indirizzo più restrittivo più su analizzato, adesione ancora più chiaramente rivendicata quando i giudici di legittimità si congedano criticamente da espressioni come «mafia silente» o «intimidazione potenziale», dando atto che nella sentenza impugnata risulta invece «congruamente spiegato come le indagini svolte nel processo avessero dimostrato che non di "mafia silente" si fosse trattato, cioè di una struttura organizzativa che, in una zona "colonizzata" da 'ndranghetisti, si era limitata a mutuare i ruoli, i rituali di affiliazione ed il livello organizzativo della "cellula-madre" calabrese, senza però esteriorizzare una propria forza intimidatrice rivolta verso i propri sodali e verso terzi vittime di reati-fine; non di "dimensione potenziale" di una forza intimidatrice la Corte d'Appello di Milano ha parlato, essendo stato puntualizzato che l'associazione per delinquere in esame aveva concretamente assunto i caratteri della mafiosità nel suo quotidiano operare, non solo per la sicura connessione con le caratteristiche delle analoghe associazioni criminali attive in Calabria, ma per la effettiva realizzazione in Lombardia di reati-fine attuativi del comune programma delittuoso, delitti nella cui commissione era stato possibile riconoscere l'utilizzo di quel metodo dell'intimidazione che si traduce in omertà e assoggettamento».

Insomma, la Cassazione ravvisa tutti gli elementi atti a configurare una «organizzazione che aveva integrato, nel suo effettivo operare, gli estremi della fattispecie dell'associazione mafiosa, in quanto sodalizio che si era verificato essere capace di sprigionare, per il sol fatto della sua esistenza, una capacità di intimidazione attuale, effettiva, ed obbiettivamente riscontrabile, capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti erano venuti a contatto con i suoi componenti».

Se rispetto alle vicende milanesi la Cassazione, con la sentenza fin qui esaminata, confer-

¹⁷ Cass. sezione VI, 5 giugno 2014, Albanese e altri, inedita.

ma le scelte compiute dai giudici inferiori sul duplice e connesso versante della ricostruzione in fatto del fenomeno 'ndranghetista in area lombarda e della conseguente configurazione in diritto con particolare riferimento all'applicabilità del delitto di associazione mafiosa, per quanto riguarda le analoghe vicende torinesi, invece, i giudici di legittimità¹⁸ sollevano molti dubbi sui medesimi aspetti appena segnalati, pervenendo alla decisione di annullare con rinvio una sentenza della Corte di Appello di Torino che aveva condannato, confermando in ciò la decisione di primo grado, due soggetti ai sensi dell'art. 416 *bis* per la loro appartenenza alle consorterie 'ndranghetiste ritenute operanti in quel territorio.

Anche nel contenuto torinese, i giudici del merito avevano ritenuto provato un radicamento nel relativo territorio della 'ndrangheta secondo moduli organizzativi simili a quelli accertati in Lombardia, e cioè: singole unità organizzate in «locali» coincidenti con un'area comunale o di quartiere nel caso di grandi città, a loro volta confederate in una struttura sovraordinata avente competenza regionale per lo svolgimento di azioni di interesse comune e per l'intermediazione strategica con la cosche tradizionali operanti in Calabria.

Orbene, le prime perplessità sollevate dalla Cassazione riguardano già la fondatezza del costruito motivazionale del merito concernente il modello organizzatorio adottato dalla 'ndrangheta nel torinese, ancorché il tema sia affrontato dal limitato punto di vista della verifica di due singole posizioni processuali. In particolare, la Cassazione ritiene non coerentemente e sufficientemente motivata la effettiva «coesistenza di un «crimine» (della montagna) in Calabria, e di un'autonoma struttura piemontese avente la stessa denominazione» in Piemonte, visto che dalle medesime dichiarazioni dei collaboratori di giustizia (ritenuti attendibili dai giudici di merito) si evince «la possibilità di organizzare presso ogni singola locale, previa autorizzazione della casa-madre in Calabria, strutture volte a dare corso alle condotte di violenza e prevaricazione volta a volta ritenute necessarie per gli scopi della cosca (*ergo*, senza che fosse mai posto il problema di creare una sorta di confederazione di locali, con un «crimine comune»». Il rilievo avanzato dalla Corte non ha, ovviamente, un valore meramente ricognitivo di un dato socio-criminologico, ma trova la sua ragion d'essere nella necessità giuridica di precisare meglio sia la definizione dell'area territoriale su cui misurare l'eventuale riscontro dell'impiego del metodo mafioso quale requisito indefettibile per la configurazione del delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., sia il ruolo assunto e concretamente esplicito dai singoli imputati nelle varie unità di base ovvero nelle strutture confederali regionali oppure ancora nell'organizzazione «matrice» radicata in Calabria.

Ecco, dunque, le prescrizioni per il giudice di rinvio, il quale «dovrà – eventualmente, e se possibile – colmare, in punto di individuazione in territorio piemontese non già di fenomeni criminali genericamente riconducibili ad un'associazione di tipo mafioso, nello schema socio-criminologico della 'ndrangheta calabrese, bensì di doveroso accertamento che i fenomeni in questione si inquadrino in un contesto organizzato su quella base territoriale, prima ancora della verifica dei rapporti dei presunti associati con l'ipotizzata casa-madre».

Vero è d'altra parte osserva la Cassazione, che «non pare dubitabile che in Piemonte, di fatti di intimidazione indicativi dell'esistenza di un'organizzazione criminale riconducibile a soggetti di origine calabrese, se ne siano verificati, a dispetto della tendenza delle difese di minimizzare gli episodi di guardiania o di estorsione più o meno consumata elencati nelle sentenze di merito»; ma, soggiungono i giudici di legittimità, «a meritare un approfondimento è però l'inquadramento dei fatti di rilievo, se limitatamente al contesto geografico e/o economico in cui occorsero (i territori di Courgnè e Volpiano, come addotto dalle difese, ovvero il settore dei locali notturni o di determinate attività imprenditoriali), od invece relativamente ad una più radicata ed ampia dimensione territoriale del fenomeno, su base regionale ed unitaria».

Anche stavolta, lungi dal risolversi in mere analisi di geo-politica criminale, i rilievi della Corte hanno un'immediata ricaduta sul piano della tenuta giuridico-penale di quanto sostenuto nel merito: «in linea di principio, non sarebbe neppure indispensabile la commissione effettiva di condotte di intimidazione per ritenere configurabile un reato associativo siffatto (anche in ambiti geografici diversi da quelli tradizionalmente ricollegabili alle varie tipologie storico-culturali delle organizzazioni criminali italiane), a condizione, però, che risulti *aliunde* dimostrata una tale diffusione della consapevolezza della capacità criminale dell'associazione da rendere inutile l'esigenza che di quella capacità si sia data prova conclamata. Il che com-

¹⁸ Cass. sezione V 20 dicembre 2013, D'Onofrio, inedita.

porta comunque l'adozione di atti materiali, per quanto non intimidatori, dei quali il tessuto sociale in cui l'organizzazione risulti inserita abbia avuto obbiettiva contezza, tanto più significativa e necessaria laddove il tessuto in questione non sia (ancora) aduso a confrontarsi con realtà di tal fatta, e manchi pertanto di già radicatesi condizioni di assoggettamento e omertà di cui il sodalizio possa più immediatamente avvalersi senza nuove manifestazioni esteriori».

Su queste basi, attinenti allo scrutinio del caso di specie, la Corte inserisce il proprio discorso giuridico nell'ambito delle correnti di pensiero che attraversano la giurisdizione di legittimità, condividendo l'orientamento che postula la necessità «di un'esteriorizzazione del metodo mafioso» e ritenendo «insufficiente la presa d'atto di una mafiosità meramente potenziale»: e ciò, per un verso, a tutela delle esigenze fissate dal «principio di materialità del fatto-reato desumibili dall'art. 25 Cost.»; e, per altro verso, per evitare il richiamo «a concezioni dei fenomeni criminali (come quella della mafia silente, evocata in atti), di taglio politico-sociologico, non sempre mutuabili in ambito giuridico».

A scanso di equivoci, e «contrariamente» a quanto sostenuto da altre sentenze recentemente emesse dalla stessa Cassazione, i giudici di legittimità ribadiscono di «trovare del tutto ragionevole – e, soprattutto, rispondente al dettato normativo – che le condizioni di assoggettamento e di omertà, in chiave sia esterna che interna al sodalizio, risultino in rapporto di stretta dipendenza dal radicamento dell'associazione mafiosa nel tessuto sociale di riferimento; ciò a prescindere dal rilievo, puramente empirico e da riservare al terreno del concreto accertamento probatorio, che quel tessuto sia più o meno esteso, o che i tempi del radicamento possano essere stati più o meno immediati».

Con la conseguenza, conclude la Corte, che «obbligata appare la soluzione di escludere la ravvisabilità di un metodo mafioso quando questo non sia stato percepito o quanto meno non risulti obiettivamente percepibile da una pluralità di soggetti posti paritariamente in condizione di avvertirne il peso».

3.5.1. *L'orientamento estensivo.*

A fronte della ripetute prese di posizione della Cassazione rimaste fedeli nel corso del tempo alla necessità di mantenere integro il *plafond* dei requisiti sostanziali occorrenti per ritenere integrata la fattispecie di associazione mafiosa, si riscontrano un blocco di sentenze, emesse tra il 2012 e il 2013 da diverse sezioni della Corte, che, pronunziandosi tutte nella fase cautelare dei procedimenti avviati con le indagini sulle ramificazioni 'ndranghetiste in Piemonte e in Liguria, arrivano a conclusioni ben diverse, nel senso di considerare più malleabili a livello di concretizzazione ermeneutica i predetti requisiti in vista di un migliore adattamento interpretativo dell'art. 416 *bis* alle risultanze investigative.

Molte di queste sentenze impiegano argomenti simili, e soltanto alcune avanzano ragionamenti originali rispetto alle altre¹⁹: pervengono, comunque, al medesimo risultato, e cioè di legittimare un'interpretazione del terzo comma dell'art. 416 *bis* c.p. che si accontenta di un accertamento della forza di intimidazione a livello solo «potenziale», con inevitabili riflessi sul piano della dimostrazione processuale in termini di alleggerimento dell'onere probatorio gravante sull'accusa.

Qui di seguito proveremo a passare in rassegna tali argomenti in modo trasversale alle sentenze stesse, cercando di cogliere – se c'è – la visione condivisa che le accomuna.

Anzitutto, quasi tutte le decisioni prendono a bersaglio l'orientamento che ritengono di dover correggere, identificandolo con la sentenza del 2006 che aveva censurato i giudici milanesi di merito per la loro insistenza sulla rilevanza ai sensi dell'art. 416 *bis* c.p. della c.d. «mafia silente»: curiosamente, però, attribuiscono un contenuto a tale pronunciamento che a ben vedere non corrisponde al principio di diritto che vi è affermato. Più volte, infatti, il ragionamento dei giudici di legittimità prende le mosse dall'interrogativo «se sia possibile configurare un sodalizio criminale di stampo mafioso in mancanza di compimento di reati satellite, tenuto conto che «un orientamento non isolato di questa Corte esclude tale evenienza». Ebbene, secondo queste sentenze «innovative», è ben «configurabile il reato associativo in presenza

¹⁹ Cass. sezione II, 11 Gennaio 2012, Pronesti; 11 gennaio 2012, Persico; sezione I, 10 Ottobre 2012, Garcea; sezione V, 7 maggio 2013, Maiolo; sezione V, 5 Giugno 2013, Cavallaro; sezione V, 19 Marzo 2013, Benedetto Massimo.

di una mafia silente purché l'organizzazione sul territorio, la distinzione di ruoli, i rituali di affiliazione, il livello organizzativo e programmatico raggiunto, lascino concretamente presagire [...] la prossima realizzazione di reati fine dell'associazione [...] concretando la presenza del "marchio" ('ndrangheta), in una sorta di franchising tra "province" e "locali". Vedremo nel prosieguo gli argomenti addotti a sostegno di tale conclusione, per il momento vale la pena però mettere subito in luce che la sentenza del 2006 criticata non ha affatto escluso la configurabilità del delitto di associazione mafiosa qualora manchi la prova della realizzazione di reati-fine: piuttosto, ha semplicemente ribadito che in tale evenienza è ancor più necessario l'accertamento puntuale di una «esteriorizzazione» del metodo mafioso nei termini di un *quid* che ne costituisca il riflesso sul piano ambientale in termini di assoggettamento e omertà.

Passando, per dir così, alla *pars costruens* dell'apparato motivazionale delle sentenze «innovative», cominciamo con l'argomento a cavallo tra diritto e prova, consistente nell'individuazione di alcuni indicatori di «mafiosità» suscettibili di fungere da equivalente funzionale dell'accertamento della forza d'intimidatrice del sodalizio: «a) rituali attraverso cui avviene l'affiliazione e la promozione dei diversi ruoli all'interno dell'associazione mafiosa; b) la vita sociale interna dell'associazione, caratterizzata da rigide regole, alla cui violazione è ricollegata l'irrogazione di sanzioni [...]; c) dall'essere l'associazione armata». Una volta che «convergono le caratteristiche sopra evidenziate deve ritenersi [...] sufficiente la mera struttura illecita dell'organizzazione finalizzata alla programmazione/realizzazione di reati quale finalità della consorterìa mafiosa che, tuttavia, non deve essere ancora allo stato embrionale, ma estrinsecarsi in un'organizzazione già effettiva sul territorio che consenta di attualizzare, attraverso una struttura organizzata [...] il pericolo per l'ordine pubblico, individuabile anche in mancanza di commissione di reati fine e, quindi, anche di percezione di tale pericolo da parte della collettività [...] senza che siano necessarie condotte eclatanti, ravvisandosi in tali evenienze, nella condotta positiva dei sodali, chiari sintomi di mafiosità». Come avremo modo di rilevare più compiutamente in sede di rilievi conclusivi, ci si trova al cospetto di una vera e propria riconversione ermeneutica del delitto di associazione mafiosa da reato originariamente concepito "a struttura mista" in reato associativo "a struttura semplice", se è vero che la nota caratterizzante di tale tipologia delittuosa è per lo più individuata nella presenza di un supporto organizzativo interno, di un apparato strumentale idoneo a renderla veramente pericolosa per gli interessi protetti.

Seppur non brilli per chiarezza espositiva, l'approccio è abbastanza netto sul piano giuridico: non occorre accertare un effettivo avvalersi della forza di intimidazione e delle conseguenti condizioni «ambientali» di assoggettamento e omertà, ma è sufficiente riscontrare in concreto l'esistenza di un sodalizio organizzato in forma non embrionale e secondo modalità interne tipicamente mafiose; in tal caso sussiste quel «pericolo» per l'ordine pubblico che legittima l'incriminazione a titolo di 416 *bis* c.p., anche se questo pericolo non è neanche percepito dalla collettività.

Non mancano in queste sentenze, per la verità, tentativi di poggiare la tesi della sufficienza di una mera capacità intimidatrice «potenziale» sulle specifiche e peculiari caratteristiche che ha assunto il fenomeno espansionistico della 'ndrangheta al di fuori di confini calabresi, come quando si osserva che il «collegamento della forza di intimidazione con il passato presuppone quindi non solo pregresse attività criminose di violenza e minaccia, ma anche che esse abbiano manifestato uno spessore qualitativo, territoriale, mediatico, tale da conferire una capacità promozionale all'espansione del timore, dell'assoggettamento e dell'omertà nella collettività originaria e in tutte le altre in cui l'associazione abbia deciso di radicarsi e agire, in vista della realizzazione di programmi intermedi e del programma finale di sostanziale esercizio del potere in uno o più territori»; e, nello stesso senso, i giudici rilevano analogamente che quando un sodalizio «ripete le caratteristiche della vera e propria 'ndrangheta, la cui fama ha trascorso i confini regionali se non nazionali», anche se insediata in un territorio diverso da quello di origine, sarà comunque dotato di quella «capacità di intimidazione al fine di perseguire le proprie finalità, a prescindere dalla concreta realizzazione delle stesse che pertanto potranno ben restare alla fine oggetto di mera rappresentazione volitiva».

Sempre in chiave critica rispetto alla richiesta di accertare forme di esteriorizzazione del metodo mafioso empiricamente verificabili soprattutto in zone tradizionalmente estranee al radicamento delle mafie, i giudici di legittimità provano anche ad attirare l'attenzione su quei «problemi interpretativi dall'esito incerto» che scaturirebbero in sede giudiziaria ove si ade-

risse all'orientamento restrittivo. Secondo la Cassazione, infatti, i giudici sarebbero chiamati a fare i conti con la <<ricostruzione e il rilievo da attribuire alle condizioni socio-economiche dei territori e delle popolazioni autoctone>>; nonché con l'elaborazione in via pretoria di affidabili <<criteri di misurazione della resistenza locale al metodo mafioso>> e <<la possibilità che, all'esito della misurazione della permeabilità del territorio alla cattiva fama dell'associazione di cui gli emigranti appaiono esponenti, tali condizioni siano idonee a supplire a un deficit di sintomi di mafiosità empiricamente percepibili>>; e infine, con <<la variabilità della rilevanza penale di medesimi comportamenti nei diversi territori dell'Italia costituzionalmente unita, ma economicamente e culturalmente frazionata>>.

Insomma, con questo tipo di argomentazioni la Cassazione critica l'orientamento restrittivo non più dall'ottica delle esigenze repressive, ma dal diverso punto di vista – per dir così tendenzialmente “garantistico ed egualitario” – della sua stessa praticabilità in modo razionalmente controllabile, visto che finisce per sospingere il giudice a compiere accertamenti fuori dalla portata della cognizione processuale per i quali non ritenuto professionalmente attrezzato, come appunto la misurazione delle condizioni socio-economiche di un dato territorio da cui dipenderebbe il riscontro di una qualche forma di «esteriorizzazione» del metodo mafioso.

3.5.2. *Recentissimi sviluppi: la Corte tra aspirazioni nomofilattiche e tentativi di accomodamento*

Proprio scrutinando l'esito del processo più importante celebrato nel distretto torinese nei confronti dei gruppi 'ndranghetisti insediati in Piemonte (il c.d. processo “Minotauro”), la Cassazione²⁰ torna recentissimamente a fare i conti con la diversità di orientamenti fin qui tratteggiati. Stavolta si tratta di prendere le misure a un giudizio conclusosi nel merito e non già de libertate, sicché il *plafond* probatorio risulta – per dir così – stabilizzato e consente alla Corte una valutazione più ponderata anche rispetto ai risvolti connessi alle soluzioni qualificatorie adottate sul piano sostanziale dai giudici inferiori.

Va subito rilevato che la Suprema Corte rigetta i ricorsi della difesa che mettevano in discussione la legittimità in punto di diritto dell'applicazione ai casi di specie del delitto di associazione mafiosa facendo leva, appunto, sull'errata interpretazione del 3° comma dell'art. 416 bis c.p. da parte dei giudici del merito in quanto non postulante l'accertamento di un'effettiva esteriorizzazione del metodo mafioso.

Ma l'avallo definitivo alle decisioni dei giudici del merito, non spinge i giudici di legittimità a dividerne per interno l'argomentare giuridico, in particolare laddove i primi mostrano di ritenere che “non occorre che (...) i singoli locali operanti nel torinese abbiano conseguito una capacità di intimidazione autonoma, potendo bastare anche soltanto che l'associazione abbia conservato la forza di intimidazione e la capacità di sopraffazione già acquisite dall'organizzazione madre.”

Da un canto, infatti, la Corte rileva che i giudici di merito, al di là delle affermazioni di principio, “hanno ad ogni modo accertato che tale capacità di intimidazione non è solo quella derivata dalla casa madre e ben presente nella memoria collettiva di tutta la comunità nazionale oltre che di quella del Piemonte, ove risiedono molti cittadini di origine calabrese”, bensì che “essa si rivela anche per concreti e specifici episodi, verificatisi nel territorio piemontese in cui, per commettere delitti (in genere estorsioni in danno di imprenditori e commercianti) e assumere il controllo di attività economiche, gli affiliati si sono concretamente avvalsi della forza di intimidazione mafiosa, con conseguente assoggettamento delle vittime e rifiuto omeroso delle stesse di collaborare con gli inquirenti”.

D'altro canto, gli stessi giudici di legittimità, dopo aver nitidamente fotografato il dissidio emerso anche in Cassazione sulla necessità o meno di accertare una capacità intimidatoria attuale, effettiva e non solo potenziale per ritenere integrato il requisito di fattispecie del “metodo mafioso” richiesto dall'art. 416 bis c.p., riconoscono che il termine “si avvalgono” adoperato dal legislatore nel 3° comma del medesimo articolo impedisce all'interprete di relegare nel campo della mera potenzialità un elemento che piuttosto connota il delitto, ossia l'effettivo

²⁰ Cass. 23 febbraio 2015, Agresta e altri.

impiego della forza di intimidazione da parte del sodalizio criminale. Con una significativa precisazione, però, che rimanda al dibattito sviluppatosi in giurisprudenza e di cui abbiamo dato conto in precedenza: “meglio sarebbe ridefinire la nozione di cd. mafia silente non già come associazione criminale aliena dal cd metodo mafioso o solo potenzialmente disposta a farvi ricorso, bensì come sodalizio che tale metodo adopera in modo silente, cioè senza ricorrere a forme eclatanti (omicidi e/o attentati di tipo stragistico), ma avvalendosi di quella forma di intimidazione – per certi aspetti ancor più temibile – che deriva dal non detto, dall'accennato, dal sussurrato, dall'evocazione di una potenza criminale cui si ritenga vano resistere”.

Si badi, se così ragionando i giudici di legittimità intendono frenare quegli orientamenti giurisprudenziali che esplicitamente predicano l'abbandono di ogni verifica probatoria diretta ad accertare una qualche forma di esteriorizzazione del metodo mafioso, tuttavia al contempo il collegio non rinuncia a far proprie alcune considerazioni tra politica giudiziaria e diritto che avevano sostenuto l'orientamento da loro stessi censurato. In particolare, la Corte osserva che – sempre sul versante della prova processuale del concreto avvalersi del metodo mafioso in un determinato ambito territoriale – “la verifica di tale penetrazione in zone diverse da quelle di insediamento storico richiederebbe indagini sociologiche incompatibili con gli strumenti dell'accertamento penale (...) e che poco importa che l'impiego della forza di intimidatoria del vincolo associativo e delle condizioni di assoggettamento e omertà abbia avuto maggiore o minore successo, successo che è in proporzione inversa alla capacità di resistenza civile e culturale delle comunità che della forza di intimidazione siano state destinatarie: in realtà, tale impiego, munito della connotazione finalistica delineata dal comma 3° dell'art. 416 bis c.p., è già di per sé sufficiente ad integrare il delitto”.

A ben vedere, dunque, la Cassazione sembrerebbe provare a concepire una terza via tra gli orientamenti recentemente entrati in conflitto, una approccio che potremmo sintetizzare nel seguente modo: nelle aree di non tradizionale insediamento mafioso, l'accertamento del requisito modale di cui al 3° comma dell'art. 416 bis c.p. richiede sì la prova di un effettivo avvalersi della forza di intimidazione da parte del sodalizio, senza però che sia necessario a tal fine riscontrare un consequenziale e diffuso stato di assoggettamento e omertà quale connotato “ambientale” empiricamente verificabile.

Che in questa presa di posizione dei giudici di legittimità risiedessero peraltro aspirazioni nomofilattiche con l'ambizione di trascendere la specifica vicenda processuale, si desume anche da due pronunzie immediatamente successive rese dalla stessa sezione seconda della Cassazione con le quali addirittura si rimette al giudizio delle sezioni unite la messa a punto dei requisiti oggettivi del delitto di associazione mafiosa, sul versante appunto della precisazione dei presupposti materiali in presenza dei quali poter ritenere integrato il 3° comma dell'art. 416 bis c.p.

Con due identiche ordinanze di rimessione, infatti, i giudici della seconda sezione, dando atto nuovamente di un ritenuto insanabile contrasto tra orientamenti contrapposti nei termini più su già accennati, hanno sottoposto il seguente quesito in punto di diritto: “se, nel caso in cui un'associazione mafiosa, nella specie 'ndrangheta, costituisca in Italia o all'estero una propria diramazione, sia sufficiente, ai fini della configurabilità della natura mafiosa, il semplice collegamento con l'associazione principale, oppure se la suddetta diramazione debba esteriorizzare in loco gli elementi previsti dall'art. 416/3 c.p.”²¹

Ora, benché il quesito non brillasse certo per chiarezza e le fattispecie concrete da cui scaturisce – verosimilmente – non si prestassero a costituirne il presupposto casistico, non era del tutto improbabile che si cogliesse l'occasione per dipanare un contrasto emerso – del resto in modo evidente – in seno alla Corte: tuttavia il primo presidente della Corte, cui è devoluta la decisione in questi casi sulla rimessione alle sezioni unite, ha restituito gli atti alla II sezione, con una motivazione – depositata il 28 aprile 2015 – che in realtà lascia perplessi. E ciò perché in tale provvedimento si ripercorrono i filoni giurisprudenziali in contrasto segnalando la diversità di approccio sul punto, soprattutto, della ritenuta o meno necessità di accertare una capacità intimidatoria del sodalizio “effettiva” e non solo “potenziale”, ma derubricandola, alla fine, a una mera differenza di accenti, se non addirittura a un problema di linguaggio suscettibile di correzione senza l'intervento delle sezioni unite.

Vero è, d'altra parte, che nel medesimo provvedimento non si manca di prendere posizio-

²¹ Cass. 25 marzo 2015, Nesci e, rispettivamente, Albanese.

ne sulla strada seguire, concludendosi che “il panorama giurisprudenziale complessivamente considerato sembra infatti convergere nella affermazione del principio secondo cui *l'integrazione della fattispecie di associazione mafiosa implica che un sodalizio criminale sia in grado di sprigionare, per il sol fatto della sua esistenza, una capacità di intimidazione non soltanto potenziale, ma attuale, effettiva ed oggettivamente riscontrabile, capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano a contatto con i suoi componenti?*”

Basterà un simile richiamo, in guisa di *moral suasion*, a sanare il contrasto apertosi in seno alla Cassazione? Può darsi. Intanto occorre prendere atto che persistono nodi interpretativi non dipanati che incidono sensibilmente sulla portata applicativa del delitto di associazione mafiosa, nodi interpretativi che non sempre risulta possibile (e utile) aggirare con un valzer di parole e definizioni a cui attribuire funzione ortopediche rispetto a questioni sostanziali.

4.

Rilievi conclusivi.

Dagli orientamenti giurisprudenziali sopra passati in rassegna, sul duplice versante delle “mafie straniere” e delle mafie delocalizzate in aree geografiche non tradizionali, possiamo ricavare alcune considerazioni di sintesi.

L'interrogativo di fondo suona pressappoco così: è possibile registrare, sul duplice terreno criminologico e giuridico-penale, l'emersione giurisprudenziale di sotto-tipi associativi suscettibili di rimettere in discussione il modo consolidato di intendere i requisiti costitutivi del modello normativo di riferimento? Più in particolare, il “metodo mafioso”, descritto dal terzo comma dell'art. 416 *bis* c.p., quale elemento essenziale cui è affidato il compito di esprimere *l'in sé* del reato, in sede di concretizzazione applicativa in relazione ai suddetti nuovi contesti subisce manipolazioni ermeneutiche, quando non vere e proprie torsioni applicative, così da lasciare affiorare approcci distanti, o addirittura alternativi, rispetto alle tradizioni interpretative correnti?

a) Come già anticipato, quanto ai rapporti tra il trinomio intimidazione- assoggettamento-omertà e il fenomeno delle mafie straniere, l'atteggiamento complessivamente mostrato dalla pur esigua prassi applicativa formatasi su tale specifico terreno non si spinge fino a forzare i limiti di tipicità della fattispecie: procede semmai ad alcune marginali correzioni di rotta, che non ne alterano nella sostanza la fisionomia strutturale. Pur con tali aggiustamenti interpretativi, viene cioè pur sempre ribadita la natura del reato di associazione mafiosa come reato associativo “a struttura mista”.

Un primo aggiustamento, ritagliato sulle specifiche situazioni contestuali di riferimento, riguarda la possibile proiezione puramente “endo-comunitaria” del metodo mafioso: nel senso che, in rapporto a tali nuove fenomenologie criminose, se ne propone una versione, per dir così, *light* che si accontenta di accertare un'orientazione del metodo mafioso tutta interna al gruppo etnico considerato. Di duplice ordine le argomentazioni comunemente spese sul punto dai giudici: in primo luogo, il grado minimo di intensità richiesto per ritenere integrato il requisito della forza di intimidazione viene concretamente modulato in misura direttamente proporzionale al (basso) livello di reattività solitamente posseduto dai membri delle comunità interessate, per lo più formate da soggetti vulnerabili che normalmente versano in condizioni di clandestinità e di semi-legalità e dunque di minorata difesa, se non altro per l'oggettiva difficoltà di rivolgersi alle agenzie istituzionali di protezione legale; in secondo luogo, il livello di diffusività richiesto per ritenere integrate le correlative condizioni di assoggettamento e di omertà viene ricondotto, sul piano della loro possibile estensione quantitativa, entro più proporzionati rapporti dimensionali o di scala, sia pure nella prospettiva di un potenziale futuro incremento della relativa consistenza numerica delle vittime. Vero è d'altra parte che, come è stato opportunamente rilevato in dottrina, «occorre evitare ogni forma di equivoco: la vulnerabilità delle vittime rende più facile che la forza di intimidazione di un'associazione criminale riesca a realizzare le richieste condizioni di assoggettamento e di omertà, ma essa certamente non si sostituisce a tali requisiti»²².

²² Così GRASSO, *Compatibilità tra la struttura del reato di cui all'art. 416 bis e i moduli organizzativi della criminalità straniera*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, 2010, vol. IV, p. 1770.

Ma forse una ulteriore preoccupazione, di tipo – per dir così – “multiculturalista”, non andrebbe del tutto trascurata: e cioè che possa prendere piede, anche al prezzo di fraintendimenti, equivoci e semplificazioni, una sorta di approccio “etnocentrico” che, soprattutto a causa delle scarse conoscenze empiriche disponibili sul variegato universo delle comunità straniere che, a ritmo incalzante, si insediano nel nostro territorio, finisca per mostrarsi eccessivamente cedevole verso una omnicomprensiva rilettura, in chiave di criminalità mafiosa, di complesse forme di interazione altrimenti spiegabili in base ai codici culturali interni al gruppo etnico considerato.

Nello stesso orizzonte fin qui delineato, tutto sommato, sembra muoversi, nonostante qualche apparenza in senso contrario, anche il Tribunale di Bari nella sentenza resa sul caso dei cinesi levantini: i giudici baresi non avendo riscontrato gli estremi di una diffusione territoriale su larga scala del metodo mafioso a danno dell’intera collettività locale, né una sua più circoscritta incidenza a danno della singola comunità etnica di appartenenza, si limitano in fin dei conti a non reputare sufficiente la dimostrata sussistenza di pratiche di sopraffazione esclusivamente orientate a danno dei singoli aderenti al gruppo criminale nella gestione dei rapporti interni al sodalizio.

Anche la pronuncia del Tribunale di Rimini sul c.d. “gruppo di Mosca” (come pure una sentenza della Cassazione di contenuto affine su un gruppo criminale di origine moldava operante in Italia) si mostra propensa a interpretare, nella prospettiva del reato associativo a struttura mista, il requisito della autonoma forza di intimidazione, e del connesso stato di assoggettamento e di omertà, come requisito oggettivo di fattispecie dotato dei necessari caratteri di effettività ed attualità. Così come ribadisce la consolidata tendenza giurisprudenziale alla “deterritorializzazione” del metodo mafioso, come tale esplicabile anche a danno di più o meno estese comunità etniche. L’elemento di novità riguarda piuttosto il piano dell’accertamento probatorio: non ritenendo sufficiente, ai fini della verifica processuale di un’autonoma capacità di intimidire, il mero riscontro di una serie ripetuta di concreti atti di minaccia e violenza, il Tribunale riminese propone un ulteriore protocollo di giudizio, questa volta basato sul possesso di un prestigio criminale già acquisito in patria e sulla percezione della sua immanente persistenza da parte dei connazionali all’estero. E ai fini della suddetta verifica, la regola di giudizio proposta si affida al sapere tecnico degli esperti, eventualmente coadiuvato da concordanti testimonianze dirette.

Il metodo di accertamento suggerito da tale innovativa pronuncia, valorizzando il già avvenuto consolidamento all’estero di una indiscussa fama criminale, sembrerebbe volersi emancipare dalle notevoli difficoltà probatorie che evidentemente emergono al momento di diagnosticare *in loco* la presenza di un alone di intimidazione diffusa a partire da un condensato di pregressi, concreti atti di violenza o minaccia: una tecnica questa che, per la verità, si espone a consistenti riserve critiche perché di per sé opaca e poco controllabile, potenzialmente pronta a sostenere esiti assolutori o di condanna in modo non sufficientemente argomentabile.

Ma, a ben guardare, neanche la tecnica di accertamento processuale basata sull’accumulazione primaria di capitale intimidatorio in terra straniera, come comprovata da studi empirici di settore, va del tutto esente da possibili obiezioni. Innanzitutto, il criterio proposto, condizionando l’intervento repressivo a circostanze tutto sommato estrinseche come sono quelle che fanno leva sulla già avvenuta formazione di un patrimonio di conoscenze pregresse, ha un campo di applicazione limitato soltanto a quelle consorterie criminali notorie e blasonate per cui è già disponibile una più o meno cospicua letteratura specialistica di stampo socio-criminologico. In secondo luogo, un ulteriore inconveniente da segnalare potrebbe essere quello di affidarsi, con soverchio automatismo, al non sempre univoco parere tecnico degli esperti di sociologia criminale per la diagnosi di mafiosità del sodalizio, con tutti i rischi di un uso opportunistico-strumentale dei saperi specialistici a fini contingenti di politica criminale giudiziaria.

Infine, un’indagine di tipo esclusivamente cognitivo» basata su una delega in bianco agli «studi specializzati di settore» potrebbe finire col risultare viziata da un alto tasso di concettualismo teorico-astratto: l’ipotizzato «effetto di trascinamento» oltre confine del deposito reputazionale formatosi nella patria d’origine potrebbe cioè lasciare almeno parzialmente in ombra l’irrinunciabile esigenza di verificare in concreto l’operante presenza di una forza di intimidazione effettivamente attiva *in loco* di cui l’articolazione territoriale della organizzazione-matrice di fatto si sia avvalsa. Per rispondere a questa esigenza, la pronuncia del giudice riminese, sulla falsariga del trattamento riservato alle mafie classiche storicamente operanti

nel nostro Paese, sembra assegnare peso risolutivo alla presenza ubiquitaria e immanente di una primordiale e originaria forza di intimidazione ritenuta attivamente operante anche in territorio italiano grazie alla capacità dei connazionali di avvertirne agevolmente il potenziale coattivo, col risultato di determinare una generica condizione di assoggettamento e di omertà. Ma siamo davvero sicuri che ciò sia sufficiente a conseguire l'obiettivo di una sufficiente concretizzazione del metodo mafioso? Non sarebbe forse raccomandabile un equilibrato impiego congiunto dei due criteri astrattamente a disposizione del giudicante, e cioè sia di quello che fa leva sul dato statico del già acquisito possesso in patria di un prestigio criminale comprovato dal sapere empirico, sia sul dato dinamico dell'effettivo avvalersi di metodi violenti e intimidatori?

Un tentativo di fare interagire virtuosamente i due criteri suddetti parrebbe, almeno a prima vista, potersi rintracciare nella sopra richiamata sentenza della Cassazione sul gruppo criminale di origine moldava attivo in Italia, la quale, per un verso afferma che «il sodalizio criminoso oggetto della contestazione sia di fatto la manifestazione di un più ampio, potente e temuto sodalizio criminale operante a livello internazionale a struttura piramidale, con un livello superiore di stanza in Moldavia»; e per altro verso, che gli affiliati «per raggiungere i propri obiettivi delittuosi, non hanno esitato a servirsi di metodi violenti e intimidatori, ingenerando così un generale assoggettamento psicologico nei soggetti nei cui confronti si dirigeva l'azione delittuosa»²³. Resta da chiarire se, nell'*iter* argomentativo seguito dai giudici, il riferimento all'avvenuto compimento di specifici atti di intimidazione e violenza sul territorio nazionale, in aggiunta all'affermato possesso di un prestigio criminale desumibile dal rapporto di filiazione diretta tra cellula italiana e casa madre straniera, sia destinato a svolgere il ruolo di un mero espediente retorico-argomentativo *ad adiuvandum*, e se dunque la vera *ratio decidendi* si incentri esclusivamente sul criterio statico della fama criminale dell'organizzazione²⁴; o se, invece, il richiamo supplementare all'effettivo impiego di metodi intimidatori o violenti non sia destinato a svolgere la funzione di attualizzare, rinsaldare o rin vigorire il potenziale intimidatorio dell'organizzazione.

Volendo in chiusura abbozzare una sintetica valutazione d'insieme del panorama giurisprudenziale formatosi sullo specifico terreno delle mafie straniere, non ci sembra che si tratti di operazioni ermeneutiche particolarmente eccentriche o trasgressive. Piuttosto, ci troviamo in presenza di semplici ritocchi che non mirano, almeno dichiaratamente, ad alterare le caratteristiche strutturali del tipo criminoso, mantenendosi pur sempre all'interno di una prospettiva di generale fedeltà interpretativa al dato testuale. Semmai, il contributo "creativo" di tali elaborazioni giurisprudenziali riguarda prevalentemente il piano dei criteri probatori di accertamento dei requisiti sostanziali: resta cioè confinato al piano degli indicatori fattuali, delle regole processuali di giudizio, pur se non va trascurata l'indubbia incidenza che i fenomeni di interscambio e di fertilizzazione reciproca tra fatto e prova producono sull'estensione applicativa della fattispecie.

b) Di segno diverso le conclusioni cui è possibile pervenire con riferimento al trattamento giudiziale riservato al fenomeno criminologico dell'espansione al Nord delle mafie tradizionali, e in particolare della 'ndrangheta. In tali costellazioni di casi, si assiste alla programmatica tentazione di alcuni settori della prassi applicativa di procedere, in nome di preoccupazioni sostanzialistiche di tipo preventivo-repressivo, alla tipizzazione giurisprudenziale di un'autonoma sotto-fattispecie criminosa con caratteristiche proprie: con un tasso di "creatività", dunque, comparativamente più elevato rispetto a quello rilevabile nella giurisprudenza relativa alle mafie straniere. Nel bilanciamento tra esigenze di tutela oggettiva dei beni protetti e garanzie individuali, alcuni filoni della giurisprudenza sia di merito che di legittimità hanno infatti patrocinato, talora senza inibizioni, l'enucleazione, in sede di normazione pretoria, di un vero e proprio sotto-tipo criminoso che intende prendere definitivo congedo in tale specifico settore dalla camicia di forza dell'illecito associativo a struttura mista. Tale trasformazione ermeneutica dell'associazione mafiosa in illecito meramente associativo è, a nostro avviso, individuabile nel tentativo di attribuire esplicitamente alla ravvisata presenza di una struttura organizzativa interna, in combinazione con una fama criminale 'per attrazione' dai contorni

²³ Cass. sezione VI 27 marzo 2007, Tarlev, citata da PETRALIA, *La criminalità organizzata di origine straniera: il fenomeno delle nuove mafie fra paradigma socio-criminologico e paradigma normativo*, in *Indice pen.*, 2013, p.107.

²⁴ Per analoghe considerazioni v. PETRALIA, *La criminalità organizzata*, cit., p. 108.

indefiniti, effetti surrogatori o di rimpiazzo nei confronti di un'analitica e puntuale verifica degli estremi di una sufficiente esternalizzazione del metodo mafioso²⁵. Detto per inciso, si tratta dell'ennesima riconferma del ricorrente fenomeno della c.d. "processualizzazione delle categorie sostanziali", frequentemente osservabile anche sul terreno della risposta giudiziaria alla criminalità mafiosa: il fenomeno per cui il materiale probatorio disponibile condiziona la costruzione dei concetti sostanziali (nel nostro caso, il metodo mafioso). Per comprendere più a fondo la portata di tale riconversione ermeneutica della fattispecie da reato a struttura mista in reato associativo puro, è forse opportuno ripercorrere i tratti salienti dell'indirizzo teorico che, collocandosi in posizione intermedia tra l'orientamento di chi ritiene necessari all'integrazione del tipo atti concreti di sfruttamento della forza di intimidazione²⁶ e l'orientamento opposto di chi ritiene sufficiente il fine di intimidire²⁷, sembra avere influenzato negli ultimi anni non poco gli atteggiamenti applicativi della giurisprudenza sul modo di intendere gli specifici contenuti del metodo mafioso.

Tale orientamento teorico intermedio²⁸ si mostra propenso ad attribuire pur sempre all'associazione di tipo mafioso natura di reato associativo a struttura mista, ma lo fa in base ad un meno pretenzioso e più debolmente caratterizzato connotato identificativo costituito dalla presenza effettiva ed attuale di una «carica intimidatoria autonoma», vista come elemento «statico» o «inerziale» già incorporato nel corredo genetico dell'associazione. Tale «elemento oggettivo di fattispecie deve però essere invariabilmente accompagnato, questo è il punto, dal suo necessario «riflesso esterno», costituito dalla presenza, anch'essa «obiettivamente riscontrabile», di «una corrispondente diffusa propensione al timore nei confronti del sodalizio», e cioè da un «assoggettamento primordiale» (o «generico») che costituisce la proiezione speculare esterna, dal lato dei possibili soggetti passivi, dell'«alone permanente di intimidazione diffusa» che sprigiona dal sodalizio in quanto tale. Si tratterebbe in altri termini di un «concetto a due facce», di due aspetti complementari di una medesima vicenda che *stanno e cadono insieme*: carica intimidatrice autonoma e diffusa propensione al timore sono, cioè, condizioni «disgiuntamente necessarie» e «congiuntamente sufficienti» a integrare la tipicità del metodo mafioso. Con le parole dell'autore che più ha rielaborato il tema: «quello che chiamiamo assoggettamento primordiale altro non è se non il risvolto passivo immediato e automatico della carica intimidatoria autonoma, riscontrabile all'esterno del sodalizio in termini di *alone di intimidazione diffusa*, e in mancanza del quale la suddetta carica intimidatoria non potrebbe considerarsi perfezionata»²⁹.

Orbene, si ha la netta sensazione che, nell'applicare questo schema teorico al caso tipologico delle «mafie al Nord», l'orientamento giurisprudenziale che abbiamo denominato «estensivo», per sopperire a comprensibili esigenze di efficienza repressiva e di semplificazione probatoria in contesti considerati «refrattari», abbia finito con l'assecondare una tendenza «divisionista» che spezza il nesso di immedesimazione reciproca necessariamente intercorrente tra capacità intimidatrice e diffusa propensione al timore. Più precisamente, nell'interpretare il requisito della capacità intimidatrice autonoma come dato ontologico *in re ipsa* (necessariamente incorporato in una struttura interna che si presenta come specifica emanazione di un'associazione mafiosa classica altrove insediata riproducendone i tratti organizzativi tipici),

²⁵ Forniscono copertura teorica all'indirizzo giurisprudenziale suddetto BALSAMO e RECCHIONI, *Mafie al nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *questa Rivista*, 18 ottobre 2013, 19 e ss., ad avviso dei quali «plausibile ed efficace si presenta l'indirizzo interpretativo che consente di riconoscere la forza di intimidazione in ragione del collegamento (che deve essere accuratamente provato) della cellula delocalizzata con la cellula-madre calabrese, e della piena coerenza dell'organizzazione della mafia delocalizzata con quella della mafia tipica». Il che sarebbe «il dato fenomenico che da solo assicura [...] il riconoscimento anche alle cellule delocalizzate della forza intimidatrice, seppure in una dimensione potenziale»; tale interpretazione, soggiungono gli autori, «consente di assegnare alla norma un'efficacia repressiva idonea a intervenire 'prima' che il pericolo associativo precipiti in atti violenti e percepiti», mentre «l'interpretazione che richiede l'effettività e concretezza della intimidazione depotenzia la funzione preventiva della fattispecie, comunque orientata alla anticipazione della tutela attraverso la penalizzazione del fatto 'fatto' organizzativo, nella sua configurazione speciale ovvero mafiosa».

²⁶ Limitandoci solo ad alcune citazioni essenziali: SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1997, pp. 59 e ss.; DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 115.

²⁷ FIANDACA, *Commento all'art. 1 l. 3 settembre 1982 n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 259 (il quale, successivamente, ha però riconsiderato la questione aderendo alla tesi intermedia: *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, vol. II, Milano, 1991, p. 57); BERTONI, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1014.

²⁸ TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008, pp. 134 e ss.; INGRÒIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, pp. 71 e ss.; per certi versi anche DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, voce del *Dig. disc. pen.*, vol. I, 1987, p. 310, il quale però non accoglie la ricostruzione in termini «misti» del reato.

²⁹ TURONE, *Il delitto*, cit., p. 136.

tale orientamento si è di fatto mostrato disponibile a rompere, senza ogni ulteriore indugio, i richiesti ponti di collegamento con l'ambiente sociale esterno. La forza di intimidazione, una volta sganciata dal suo necessario correlato fenomenico esterno, finisce perciò con l'assomigliare molto da vicino a un dato auto-assertivo ed immanente che si certifica da sé. Né, ad integrare il requisito della "diffusa propensione al timore" nel particolare *milieu* sociale in cui la singola articolazione territoriale dell'organizzazione si trova ad operare, può bastare il sommario e impersonale riferimento alla fama criminale generalmente acquisita dall'associazione complessivamente considerata come tipo mediatico-sociologico, fintantoché questa generica fama criminale non abbia realmente prodotto un "alone permanente di intimidazione diffusa" come dato effettuale empiricamente comprovabile nello specifico contesto ambientale di riferimento. È proprio in base a tali astrazioni generalizzatrici, e cioè nel prospettare questa versione dimidiata del metodo mafioso che concede all'elemento organizzativo interno e al generico patrimonio reputazionale di cui gode l'associazione nel suo complesso un ruolo "vicariante" o di supplenza nei confronti del *quid pluris* "capacità intimidatrice autonoma" che si attua il passaggio, la metamorfosi, dal tipo associativo misto al sotto-tipo associativo puro.

Una simile prospettazione sembrerebbe allora riaccreditare, con specifico riferimento al caso paradigmatico delle "mafie in trasferta", quella vecchia tesi, affacciata già all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 416 *bis* c.p., e poi per lo più non coltivata dal formante dottrinale e giurisprudenziale, in ragione del suo inconciliabile contrasto con il tenore letterale della fattispecie: si allude alla tesi che interpretava il metodo mafioso come elemento finalistico e non come requisito oggettivo di fattispecie.

Ma se è così che si intende impostare la questione, sarebbe forse il caso di chiedersi se non costituisca alla fine una strada obbligata un più ortodosso inquadramento penalistico di tale specifica costellazione casistica all'interno del reato di associazione a delinquere semplice (o, ammesso che se ne ritengano configurabili i già problematici estremi, del mero tentativo di associazione mafiosa), pur pagando il prezzo di un notevole abbattimento della risposta sanzionatoria.

In questa prospettiva, un dato preme mettere in luce in conclusione: che la sotto-tipologia casistica in questione è la cartina di tornasole che mette allo scoperto insufficienze, limiti di rendimento e difficoltà di gestione processuale della soluzione intermedia che punta sul deposito inerte di forza coattiva come indice di riconoscimento di un illecito associativo a struttura mista.

Se si vuole davvero rimanere fedeli – al di là di comode scorciatoie probatorie di tipo presuntivo – ai vincoli imposti dal ricorso al modello del reato associativo a struttura mista, sembrerebbe allora non residuare altra possibilità se non quella di recuperare, con limitato riferimento ai contesti ambientali tradizionalmente immuni dal controllo mafioso del territorio, l'impostazione ricostruttiva di chi, con più generale riferimento ai contesti territoriali di tradizionale radicamento, aveva ritenuto necessario il compimento di specifici atti di sfruttamento della forza di intimidazione. *Nel preciso senso che, nei presunti "contesti immuni", il metodo mafioso assume una marcata caratterizzazione evolutiva o in fieri, come il condensato o la risultante finale di una pregressa serie di reiterati atti di intimidazione e violenza. Fermo restando che la verifica probatoria dell'intervenuto 'distacco' di una capacità intimidatrice autonoma, di difficilissima e incerta individuazione se proiettata su scala macro-sociale, risulta comparativamente più agevole (e plausibile) se tarata su micro-contesti socio-economici e/o locali (per esempio, una ben delimitata area territoriale, oppure il settore della movimentazione terra, quello della grande distribuzione, e così via).*

E del resto, il pesante carico sanzionatorio connesso ad un'imputazione per 416 *bis* trova la sua giustificazione sostanziale, in linea con le pretese avanzate dal principio di materialità-offensività, solo nell'ottica di un effettivo riscontro degli estremi tipici dell'agire mafioso.

L'OBBIETTIVO SU...

-
- 383** **Disturbo da gioco d'azzardo ed imputabilità**
Raffaele Bianchetti
-
- 410** **Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione**
Annalisa Mangiaracina
-
- 430** **Violenza di genere e femminicidio**
Antonella Merli
-
- 469** **Uno sguardo 'oltremanica': strategie di contrasto
del sovraffollamento carcerario nel modello inglese**
Chiara Mancuso

DISTURBO DA GIOCO D'AZZARDO ED IMPUTABILITÀ*

Note criminologiche alla luce della giurisprudenza di merito e di legittimità

Raffaele Bianchetti

ABSTRACT

L'evoluzione quantitativa e qualitativa delle opportunità ludiche nell'ambito del gioco d'azzardo sta comportando, in questi anni, l'implementazione del volume complessivo degli affari legali e illegali del settore e l'incremento del numero delle persone affette da disturbo patologico da gioco d'azzardo. Cresce infatti, secondo le rilevazioni empiriche, la quantità di soggetti ludopatici e, tra questi, la quota di coloro che mettono in atto condotte a rischio, devianti o antiggiuridiche, per le quali essi sono chiamati a rispondere, sul piano della responsabilità individuale, dei reati commessi. Il presente lavoro, attraverso l'esame della giurisprudenza di merito e di legittimità edita in Italia, cerca di verificare 'se' e 'come' la prassi giudiziaria ha trattato la questione del disturbo da gioco d'azzardo rispetto al tema dell'imputabilità, fornendo indicazioni utili a tutti coloro che, per motivi di studio o per esigenze di pratica professionale, possono essere interessati all'argomento.

SOMMARIO

1. Il gioco d'azzardo: prospettive di analisi ed aspetti socio-istituzionali ambivalenti. – 2. Limiti e scopi della presente indagine. – 3. Il gioco d'azzardo patologico: apprezzamenti clinici e penalistici. – 3.1. L'eziopatogenesi, i *problematic gamblers* ed i *pathological gamblers*. – 3.2. L'inquadramento diagnostico del "Disturbo da gioco d'azzardo". – 3.3. L'incidenza criminogenetica della dipendenza da gioco d'azzardo. – 3.4. La rilevanza clinico-forense e l'apprezzamento penalistico del disturbo da gioco d'azzardo. – 4. Il gioco d'azzardo patologico: le considerazioni giurisprudenziali. – 4.1. La giurisprudenza di merito. – 4.2. La giurisprudenza di legittimità. – 5. Alcune note conclusive di matrice criminologica. – 5.1. I risultati complessivi dell'indagine: limiti e rischi rilevati.

* Versione aggiornata, oltre che nella giurisprudenza, anche nei contenuti a seguito dell'intervenuta pubblicazione dell'edizione italiana, a cura di BIONDI M., dell'AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali* – DSM-5, Quinta edizione, Milano, 2014 (il volume è stato pubblicato per la prima volta negli Stati Uniti d'America nel corso del 2013 da parte dell'*American Psychiatric Publishing*, Arlington, VA, una divisione dell'AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, con il titolo: "*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition, DSM-5™*"). Il testo originale di tale lavoro, intitolato "*Gioco d'azzardo patologico ed imputabilità*", è stato pubblicato in *Dir. pen. cont.* il 22 maggio 2014.

1.

Il gioco d'azzardo: prospettive di analisi ed aspetti socio-istituzionali ambivalenti.

Giocare d'azzardo è uno di quei comportamenti umani che, a seconda dei punti di vista e dei saperi scientifici via via coinvolti, può essere considerato – nelle sue manifestazioni negative – vizio, oppure malattia, oppure ancora comportamento illecito da punire e da reprimere. Esso, infatti, assume connotazioni diverse e suscita 'risposte' differenti a seconda che lo si esamini da una prospettiva sociologica, clinica o giuridica.

Dal punto di vista sociologico, ad esempio, il gioco d'azzardo rappresenta un vizio, un capriccio, un'opportunità¹, in altre parole una delle tante attività quotidiane, legittime e socialmente incentivate attraverso cui, nell'epoca contemporanea, diviene possibile coltivare l'idea – per così dire moderna – di essere un uomo libero da confini e limiti che tutto può 'fare', 'avere' e 'consumare'².

Secondo una prospettiva clinica, invece, il gioco d'azzardo può divenire foriero di problematiche esistenziali o, peggio ancora, elemento facilitatore dell'insorgenza, nel singolo soggetto, di una vera e propria patologia psichiatrica, caratterizzata dalla messa in atto di comportamenti ludici ricorrenti, in grado di compromettere le attività personali, familiari e lavorative dello stesso giocatore³.

Sotto il profilo giuridico, infine, il "giuoco d'azzardo" può rilevare quale condotta pericolosa e contro la moralità pubblica. Esso, infatti, è "un fatto profondamente antisociale", un vizio "che fomenta la cupidigia di denaro, diffonde l'avversione al lavoro e al risparmio, deprime la dignità della persona ed è causa di molte tragedie individuali e familiari e, spesso, anche di delitti"⁴. Per contrastare tale tipo di comportamento, lo Stato ha previsto norme regolarizzanti di tipo amministrativo⁵ e norme repressive di carattere penale⁶ ma, al contempo, ha anche promosso giochi d'azzardo legalizzati e 'responsabili', inclini a 'tutelare' maggiormente i soggetti

¹ Secondo Freud, inoltre, la "febbre del gioco" e, quindi, il "vizio del gioco" può essere concettualizzato come un surrogato della masturbazione. Per maggiori ragguagli si veda FREUD S., *Dostoevskij e il parricidio*, in FREUD S., *Opere*, vol. X, Torino, 1978, p. 519 ss.

² Cfr., a tal proposito, quanto evidenziato da GIDDENS A., *Runaway world: how globalization is reshaping our lives*, London, 1999, trad. it. *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Bologna, 2000; BENASAYAG M., SCHMIT G., *Les passions tristes. Souffrance psychique et crise sociale*, Paris, 2003, trad. it. *L'epoca delle passioni tristi*, Milano, 2004; LIPOVETSKY G., *Le bonheur paradoxal. Essai sur la société d'hyperconsommation*, Paris, 2006; BAUDRILLARD J., *The consumer society: myths and structures*, London, 1970, trad. it. *La società dei consumi. I suoi miti e le sue strutture*, Bologna, 2010.

³ L'attuale denominazione di tale malattia è "Disturbo da gioco d'azzardo" e va a sostituire quella di "Gioco d'azzardo patologico" (il cui acronimo è G.A.P.) presente nella precedente edizione del manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (2001). Questo ennesimo cambiamento di 'etichetta' – prima ancora, infatti, esso si chiamava "Impulso patologico al gioco d'azzardo" (1984) – non altera però il significato del disturbo mentale descritto. Sul punto, v. diffusamente *infra*, il paragrafo 3 e i relativi sottoparagrafi.

⁴ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte speciale, I, Quindicesima edizione integrata ed aggiornata a cura di Grosso C.F.*, Milano, 2008, p. 600. Cfr. inoltre, sul punto, PIOLETTI G., *Giocchi vietati*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milano, 1969, p. 70 ss.; BENASSI R., *Aspetti del problema della rovina dei giocatori*, Bologna, 1976, p. 86 ss.

⁵ La vasta regolamentazione amministrativa del settore dei giochi e delle scommesse è rintracciabile sul sito ministeriale dell'amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (A.A.M.S.) che è l'organismo istituzionale garante della legalità e della sicurezza in materia di apparecchi e congegni da divertimento ed intrattenimento (dal 1° dicembre 2012, l'Agenzia delle Dogane, in applicazione del d.l. 06.07.2012, n. 95, ha incorporato l'A.A.M.S. sotto la nuova denominazione di Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, pertanto il sito di riferimento è oggi il seguente: www.agenziadoganemonopoli.gov.it). Un'altra raccolta dei provvedimenti amministrativi che disciplinano il settore in Italia è rintracciabile al seguente indirizzo www.lexgiochi.it, nella sezione "normativa" della "Rivista di diritto dei giochi e delle scommesse".

⁶ Il codice penale punisce, infatti, l'esercizio e la partecipazione ai giochi d'azzardo (artt. 718 e 720 c.p.) e l'esercizio abusivo di un giuoco non d'azzardo ma comunque vietato dall'autorità (art. 723 c.p.); il testo unico delle leggi di pubblica sicurezza sanziona, invece, l'impiego illecito dei giochi automatici, semiautomatici ed elettronici (art. 110 r.d. 18.06.1931, n. 773, T.U.L.P.S.). In proposito si vedano, tra molti, PIOLETTI G., *Il gioco nel diritto penale*, Milano, 1970; VIGNA P.L., BELLAGAMBA G., *Le contravvenzioni nel codice penale*, Milano, 1974; BERNARDI A., *Note critiche sulla giurisprudenza in materia di giochi d'azzardo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 1982, p. 413 ss.; ALESSANDRI R., MAZZANTI M. (a cura di), *Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*, Roma, 1988; MAZZA L., *Giocchi d'azzardo e proibiti nel diritto penale*, in *Digesto Penale*, V, Torino, 1991, p. 411 ss.; ROMANO S., *Gioco d'azzardo 'non truffaldino' e principio di offensività*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 3, 1992, p. 961 ss.; DI MARTINO A., *Gioco corrotto, giuoco corruttore: due problemi penali dell'homo ludens*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 2002, p. 137 ss.; CALESINI G., *Leggi di pubblica sicurezza ed illeciti amministrativi. Con il prontuario per i controlli di polizia*, Roma, 2013.

deboli⁷ e ad assicurare – a discapito del gioco illegale – una significativa redditività⁸.

Le valutazioni negative del gioco d'azzardo dal punto di vista sociologico, clinico e giuridico non hanno comunque impedito che gli atteggiamenti individuali e sociali, storicamente caratterizzati da sentimenti ambivalenti e da continue oscillazioni tra permissivismo e proibizionismo, ne favorissero di fatto lo sviluppo su larga scala e, contemporaneamente, la composizione di un quadro normativo in materia alquanto frammentato, confuso e per certi aspetti ambiguo. Tale situazione – a ben vedere – è riscontrabile nell'attuale persistenza, all'interno del nostro sistema sociale, di determinati paradossi, primo fra tutti quello relativo all'anfibia inclinazione istituzionale a condannare, a livello morale e legale, il fenomeno ma a tollerarlo e promuoverlo a livello collettivo⁹.

Ciò che è certo, è che da oltre un decennio stiamo ormai assistendo – non solo come spettatori ma anche come co-autori – ad una costante trasformazione e sistematica implementazione dell'offerta ludica nel nostro Paese: un'offerta caratterizzata da una significativa metamorfosi dei tempi e dei luoghi in cui il gioco d'azzardo può essere esercitato, da un'estrema semplificazione delle sue modalità di accesso e di consumo, da un preoccupante aumento dei rischi di deriva dei fruitori problematici verso condizioni di franca dipendenza da gioco d'azzardo¹⁰.

A tal proposito, alcuni studi empirici hanno rilevato come l'ampliamento delle opportunità ludiche stia di fatto comportando la crescita, di pari passo con il numero complessivo dei giocatori, anche della quantità di coloro che presentano disturbi patologici da gioco d'azzardo, e come il passaggio qualitativo dai giochi *soft* (quelli sociali, lenti, manuali, complessi e contestualizzati) ai giochi *hard* (ovvero a giochi solitari, caratterizzati da velocità, bassa soglia di accesso, invisibilità, tecnologia, riscossione immediata, semplicità) stia concretamente facilitando, nei fruitori, l'evolversi di quadri sintomatici di compulsività, dipendenza e depressione¹¹.

Di fronte al quadro così tratteggiato, che rappresenta in breve lo sfondo situazionale del gioco d'azzardo in Italia, è doveroso soffermarsi ancora un attimo e sottolineare in particolare due aspetti, ovvero due facce della stessa medaglia, che destano qualche legittima perplessità ma che, in realtà, risultano significativi nell'ottica della presente trattazione e rispetto ai quali il giurista, ma non solo, dovrebbe mostrare sensibilità ed attenzione adeguata sia in ambito teorico che pratico. Da una parte, infatti, vi è il fatto 'noto', di cui si è detto appunto, ossia quello che l'evoluzione quantitativa e qualitativa delle opportunità ludiche nell'ambito del gioco d'azzardo sta obiettivamente comportando, in questi anni, oltre che l'implementazione del volume complessivo degli affari legali e illegali del settore anche l'incremento del numero di

⁷ Infatti, come si evince dal sito governativo a ciò deputato (www.agenziadoganemonopoli.gov.it) "l'amministrazione autonoma dei monopoli di Stato regola il comparto del gioco pubblico in Italia attraverso una verifica costante dell'operato dei concessionari e una mirata azione di contrasto all'irregolarità. Nello svolgimento del ruolo pubblico assegnato, l'A.A.M.S. ha l'obiettivo primario di assicurare un ambiente di gioco legale e responsabile in un contesto tecnologicamente monitorato e in grado di certificare l'operato dei concessionari. In particolare A.A.M.S. è garante dei principi alla base dello Stato democratico attraverso la tutela dei consumatori, in particolare dei minori, delle fasce deboli e sensibili a fenomeni patologici e/o ludopatici".

⁸ Secondo un'indagine dell'Associazione Libera, questo segmento di mercato, oltre ad offrire lavoro a 120.00 addetti e a far operare 5.000 aziende di diverse dimensioni, tra cui una decina di concessionarie, genera un fatturato legale annuo di 76,1 miliardi di euro circa. Per rendere l'idea, tale ammontare è il portato di quattro 'normali' manovre finanziarie, una cifra due volte superiore a quanto le famiglie italiane spendono per la salute e, addirittura, otto volte di più di quanto viene riservato all'istruzione. Cfr., in proposito, [Poro D. \(a cura di\), Dossier Azzardopoli. Il Paese del gioco d'azzardo. Quando il gioco si fa duro... le mafie iniziano a giocare](#), 2012, in www.libera.it.

⁹ Per un approfondimento sul punto, sia consentito rinviare a BIANCHETTI R., CROCE M., *Il crescente mercato del gioco d'azzardo in Italia: violenza nascosta o indifferenza collettiva? Questioni sui costi sociali e sui... "legittimi" guadagni*, in *Sociologia del diritto*, 2, 2007, p. 113 ss.

¹⁰ Si pensi, ad esempio, al fatto che nel 2013, oltre all'incremento del numero complessivo di *mobile site* e di applicazioni specifiche sviluppate dai vari operatori di settore, è di fatto raddoppiata, rispetto all'anno precedente, la quota di mercato di gioco online per mezzo di *device* mobili ('*Smartphon*' e '*Tablet*'), con una capacità di penetrazione commerciale – ad oggi raggiunta – pari al 7% dei potenziali utenti. Indicazioni fornite, in data 8 aprile 2014, nel corso del convegno di presentazione dei risultati di ricerca dell'Osservatorio Gioco Online promosso dalla School of Management del Politecnico di Milano, congiuntamente con l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (A.A.M.S.) e Sogei (società in *house* di ICT del Ministero dell'Economia e delle Finanze). Per maggiori ragguagli in proposito si veda il sito www.osservatori.net/gioco_online.

¹¹ Cfr., tra molti, DE CARIA C.M., BEZAG T., HOLLANDER E., *Serotonergic and noradrenergic functions in pathological gambling*, in *CNS Spectrum*, 3, 1998, p. 38 ss.; inoltre, i lavori di GUERRECHI C., *Giocati dal gioco. Quando il divertimento diventa una malattia: il gioco d'azzardo patologico*, Milano, 2000; RECALCATI M., *Clinica del vuoto: anoressie, dipendenze, psicosi*, Milano, 2002; LAVANCO G., CROCE M. (a cura di), *Psicologia delle dipendenze sociali. Mondo interno e comunità*, Milano, 2008; BELLIO G., *Clinica del disturbo da gioco d'azzardo: diagnosi, storia evolutiva e psicopatologia del giocatore*, in BELLIO G., CROCE M. (a cura di), *Manuale sul gioco d'azzardo. Diagnosi, valutazione e trattamenti*, Milano, 2014, p. 46 ss..

persone affette da disturbi patologici da gioco d'azzardo¹²; dall'altro lato, invece, vi è l'aspetto 'meno noto', ma non per questo meno preoccupante, vale a dire quello inerente alle crescenti ricadute economico-finanziarie, socio-comportamentali e clinico-sanitarie che tale fenomeno comporta sul nostro Paese¹³: ricadute che, ad oggi, paiono rimanere in ombra, o comunque in una sorta di "volontaria indifferenza o di funzionale disattenzione"¹⁴.

Ebbene, è lecito chiedersi a questo punto: ma se il gioco d'azzardo patologico è riconosciuto a tutti gli effetti come una malattia e questo, secondo debito apprezzamento clinico-forense, ha potenzialmente valore di infermità, quale rilevanza ha assunto e che apprezzamento ha avuto in questi anni, a livello giurisprudenziale, rispetto al tema dell'imputabilità? Esso, se rilevato, è stato considerato vizio o malattia? E ancora: quali sono i limiti connessi a tale tipo di riconoscimento e, quindi, i rischi che esso potrebbe comportare sul 'fronte' della rimproverabilità del soggetto rispetto all'illecito commesso?

2.

Limiti e scopi della presente indagine.

Tralasciamo ora – per evidenti esigenze di sintesi – la trattazione di alcuni interessanti aspetti dell'argomento, quali quelli riguardanti l'evoluzione storica del fenomeno sociale in questione, gli sviluppi psico-dinamici della dipendenza da gioco d'azzardo, i riverberi di tale problematica comportamentale sul piano della condotta, i rischi ed i costi sociali correlati, rinviando a quanto analiticamente illustrato in un altro recente lavoro¹⁵, e atteniamoci invece agli intenti iniziali del presente contributo. Concentriamoci, quindi, sulle questioni clinico-forensi riguardanti il gioco d'azzardo e su quelle giurisprudenziali, ad esso correlate, in tema di imputabilità, per poi operare, al termine di questo lavoro, alcune brevi riflessioni criminologiche, in risposta ai quesiti sopraesposti, sulla base della casistica giurisprudenziale analizzata.

3.

Il gioco d'azzardo patologico: apprezzamenti clinici e penalistici.

3.1.

L'eziopatogenesi, i problematic gamblers ed i pathological gamblers.

L'attenzione medica per la "mania del gioco d'azzardo"¹⁶ risale nei tempi, perché essa costituisce una condotta umana a rischio, ossia una tipologia di comportamento che suscita nel soggetto un elevato grado di desiderabilità e che può avere, a seconda dell'intensità del

¹² Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità (O.M.S.) sono circa 1.800.000 gli italiani a rischio di ludopatia, vale a dire più del 3% della popolazione adulta, di cui circa 1.000.000 sono coloro che sono già affetti da tale tipo di malattia. I giovani coinvolti poi, secondo l'Istituto di Fisiologia Clinica-Cnr di Pisa, sarebbero grossomodo 600.000 con un incremento annuo del 13% circa. Tali indagini sono state più diffusamente analizzate in Poro D. (a cura di), *op. cit.*, 2012.

¹³ È di 1 miliardo e 800 milioni di euro la stima dei costi socio-sanitari in Italia causati da circa 120.000 soggetti in preda al gioco compulsivo. Un dato che – affermano alcuni studiosi – in un prossimo futuro potrebbe crescere in modo esponenziale, sino a giungere ad oltre 46 miliardi di euro l'anno (sei o sette volte meno degli incassi dello Stato in tale settore) poiché, stando così le cose, circa 3 milioni di soggetti sono a rischio di incorrere nella ludopatia cronica. Disoccupazione e perdita di produttività, spese giudiziarie, terapie e ricoveri, oltre che sostegno economico ai familiari, sono le principali voci di spesa su cui si è basato lo studio di RICCIARDI W., CADEDDU C., *Considerazioni sul gioco d'azzardo in Italia: impatto sulla sanità pubblica e conseguenze economico-sociali*, in *Italian Health Policy Brief*, 2, 2013, in www.ihpb.it.

¹⁴ BIANCHETTI R., CROCE M., *op. cit.*, 2007, p. 154. Ci si riferisce, in questo senso, alla violenza strutturale, indiretta e di tipo culturale, ossia a quell'azione della cultura egemone che agisce sulla realtà cambiandone la definizione, oscurandola, presentando – in altre parole – la natura illegale e/o antisociale insita in determinati eventi o processi come qualcosa di diverso, di accettabile o addirittura di invisibile. Per un approfondimento su questi temi si vedano, inoltre, GALTUNG J., *Cultural violence*, in *Journal of Peace Research*, 3, 1990, p. 291 ss.; COHEN S., *States of denial. Knowing about atrocities and suffering*, Cambridge, 2001; CASTEL R., *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Paris, 2003, trad.it. *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Milano, 2004; COTTINO A., *Disonesto ma non criminale. La giustizia e i privilegi dei potenti*, Roma, 2005.

¹⁵ BIANCHETTI R., *I giocatori compulsivi*, capitolo XXVI, in CENDON P., ROSSI S. (a cura di), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, Volume II, Roma, 2013. Per accedere all'abstract e all'indice del volume, pubblicato all'interno della collana "Diritto. Grandi temi" per i tipi di Aracne editrice s.r.l., [clicca qui](http://www.aracneeditrice.it).

¹⁶ Così Emil Kraepelin, neuropsichiatra tedesco e massimo esponente dell'indirizzo clinico-nosografico descrittivo in psichiatria, definì, oltre un secolo fa, il gioco d'azzardo patologico. Cfr., in proposito, BLACK D.W., MOYER T., *Clinical features and psychiatric comorbidity of subjects with pathological gambling behavior*, in *Psychiatric Services*, 49, 1998, p. 1434 ss.

coinvolgimento e del livello di 'consumo', effetti per lui alquanto nocivi¹⁷. Essa è un'attività non necessaria all'individuo – a differenza quindi del gioco – che si situa al di fuori della cosiddetta vita "consueta"¹⁸; per taluni si limita ad essere un'innocua parentesi esperienziale, per altri, invece, diventa un'attività "emotiva insostituibile"¹⁹, capace di trasformarsi, con il passare del tempo, in una forma di compulsività comportamentale e di dipendenza situazionale, tale da provocare nei giocatori, e di conseguenza nei loro familiari, pesanti riverberi sul piano del vivere sociale²⁰.

Quanto agli aspetti eziopatogenetici è bene rilevare – da subito – che non è il semplice ed occasionale incontro con il gioco d'azzardo che determina il futuro evolversi di un quadro problematico o patologico di dipendenza, ma sono – come in tutte le forme di dipendenza, siano esse da sostanze o non da sostanze²¹ – il concorso e l'interazione di diversi fattori legati alla persona (quali quelli biologici e psicologici), al contesto microsociale (famiglia, lavoro e ambiente di vita), a quello macrosociale (momento storico, culturale ed economico) che, unitamente alla sperimentazione di un comportamento, alimentano, da un lato, la vulnerabilità individuale e, dall'altro, lo sviluppo di un vero e proprio processo di dipendenza.

Poi, in funzione del differente livello di coinvolgimento del singolo soggetto con il gioco d'azzardo, è possibile distinguere il grado della specifica situazione, ovvero se questa è problematica oppure patologica²². Risulta, pertanto, possibile inquadrare – da un punto di vista descrittivo – due particolari tipologie di giocatori: i problematici ed i patologici²³.

I primi – i *problematic gamblers* – sono coloro per i quali l'attività del gioco assorbe energie di tempo e di denaro considerevoli o comunque tali da mettere in crisi o in difficoltà le aree del lavoro, delle relazioni, degli impegni sociali, della salute e del risparmio. Tali soggetti possono presentare periodi di astinenza, di lontananza e addirittura di apparente disinteresse verso il gioco, alternati a periodi di ritorno all'attività ludica con elevati rischi di *escalation* e di perdita di controllo.

I secondi – i *pathological gamblers* – sono invece persone che presentano i sintomi propri della patologia psichiatrica del "Disturbo da gioco d'azzardo" la quale, secondo il Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM-5), è oggi clinicamente considerata "un comportamento disadattivo [...], persistente o ricorrente, che sconvolge le attività familiari, personali e/o professionali"²⁴ dell'individuo e che l'Organizzazione Mondiale della Sanità (O.M.S.) considera essere "una forma morbosa chiaramente identificata" annoverabile tra i "disturbi delle abitudini e degli impulsi"²⁵.

¹⁷ Per maggiori ragguagli storici si vedano CROCE M., *Vizio, malattia, business? Storia dei paradigmi sul gioco d'azzardo*, in CROCE M., ZERBETTO R. (a cura di), *Il gioco & l'azzardo*, Milano, 2001, p. 55 ss.; BOYER T.W., *The development of risk-taking: a multi-perspective review*, in *Developmental Review*, 26, 2006, p. 291 ss.

¹⁸ HUIZINGA J., *Homo ludens*, Torino, 1982, p. 48.

¹⁹ CAILLOIS R., *Les Jeux et les hommes: le masque et le vertige*, Paris, 1958, trad. it. *I giochi e gli uomini. La maschera e la vertigine*, Milano, 1981, p. 56.

²⁰ Secondo alcuni Autori, il gioco d'azzardo si configura come un vero e proprio flagello sociale, in quanto "un giocatore influisce negativamente su almeno dieci persone che hanno un ruolo significativo nella sua vita". Così POLITZER R.M., MORROW J.S., *The John Hopkins University Compulsive Gambling Centre*, in *American Psychological Association Annual Meeting*, 4, 1980, p. 122.

²¹ Ci si riferisce, ad esempio, alle cosiddette addittività o dipendenze da lavoro, da internet, da sport, da sesso, da ricorso alla chirurgia estetica... ossia da tutte quelle forme di patologia ritenute 'socio-sintoniche' perché perfettamente coerenti con i modelli proposti dalla nostra stessa società. Al riguardo v. CROCE M., "Consuma senza limiti ma con moderazione". *Il messaggio paradossale dentro cui nascono le nuove dipendenze*, in *Animazione Sociale*, Agosto-Settembre, 2011, p. 45 ss. Inoltre cfr. gli interessanti contributi di LIPOVETSKY G., *op. cit.*, 2006; BERNAIS E.L., *Propaganda*, New York, 1928, trad. it. *Propaganda. Della manipolazione dell'opinione pubblica in democrazia*, Bologna, 2008.

²² Non è certamente facile tracciare un'ipotetica linea di demarcazione tra ciò che è 'semplicemente' problematico e ciò che invece è ormai 'purtroppo' patologico, oppure graduare scientificamente la soglia oltre la quale la problematica comportamentale diviene espressione di una vera e propria patologia psichiatrica, bisognosa, come tale, di essere clinicamente apprezzata e curata. Piuttosto è utile considerare che l'evoluzione del rapporto con il gioco d'azzardo in una forma di compulsività e di dipendenza avviene, per molte persone, in maniera nascosta, insidiosa e subdola. Per un ragguaglio sulle fasi di tale 'deriva' esistenziale cfr. CUSTER R.L., *Profile of the pathological gambler*, in *Journal of Clinical Psychiatry*, 45, 1984, p. 35 ss.

²³ Per una maggiore descrizione di tali tipologie di giocatori, unitamente alle diverse tipizzazioni dei *social gamblers*, si veda BIANCHETTI R., CROCE M., *op. cit.*, 2007, p. 119 ss.

²⁴ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *op. cit.*, 2014, p. 683.

²⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION (W.H.O.), *The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders. Clinical descriptions and diagnostic guidelines*, reperibile online, in formato pdf, in www.who.int.

3.2.

L'inquadramento diagnostico del "Disturbo da gioco d'azzardo".

Dal punto di vista sistematico, il gioco d'azzardo patologico è stato riconosciuto ufficialmente come disturbo psichiatrico dall'*American Psychiatric Association* nel 1980, da prima come entità autonoma, poi (dal 1984) come appartenente alla categoria dei "Disturbi del controllo degli impulsi non classificati altrove" ed ora (nel 2014) all'interno del capitolo dei "Disturbi correlati a sostanze e disturbi da *addiction*"²⁶, dando così formale riconoscimento a quanto l'evidenza clinica da tempo andava sostenendo, cioè che "i comportamenti legati al gioco d'azzardo riescono ad attivare sistemi di ricompensa simili a quelli attivati dalle sostanze di abuso e producono alcuni sintomi comportamentali che sembrano comparabili a quelli prodotti dai disturbi da uso di sostanze"²⁷.

L'inclusione, per oltre un trentennio, del gioco d'azzardo patologico nella categoria dei disturbi del controllo degli impulsi²⁸ non è stata mai immune da critiche, tanto che gli stessi studiosi incaricati di esaminare il problema al fine di un suo corretto inquadramento diagnostico si sono basati, sin dal principio, sui criteri della "Dipendenza patologica da sostanze"²⁹.

A parte ciò, la comunanza degli aspetti clinici della ludopatia con altri noti disturbi psichiatrici³⁰ ne ha suggerito, per lungo tempo, una collocazione nosografica prudenziale e del tutto particolare, nell'ambito di uno spettro patologico 'ampio' che, come noto, andava dall'impulsività alla compulsività. Precisamente, esso è stato inserito all'interno della dimensione categoriale dei "Disturbi del controllo degli impulsi non classificati altrove", unitamente al "Disturbo esplosivo intermittente", alla "Cleptomania", alla "Piromania" ed alla "Tricotillomania"³¹.

Pertanto, sotto il profilo squisitamente diagnostico, l'attuale "Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali – DSM-5", dopo aver precisato che tale comportamento non deve essere inscrivibile in un episodio maniacale (criterio B) ma che può essere espressione anche

²⁶ Tale diversa collocazione è rinvenibile, rispettivamente, all'interno delle seguenti edizioni italiane del manuale dell'AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION: *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali – DSM-III*, Milano, 1984; *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali – DSM-IV*, Milano, 2001; *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali – DSM-5*, Milano, 2014.

²⁷ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *op. cit.*, 2014, p. 563. Più precisamente, questo capitolo del manuale comprende, in aggiunta ai "Disturbi correlati a sostanze", quelli "non correlati a sostanze", vale a dire modelli di comportamento eccessivo con manifestazioni sintomatiche simili ai primi ma che sono, ad eccezione del "Disturbo da gioco d'azzardo", ancora sottoposte a revisione scientifica. Così, gruppi di comportamenti ripetitivi, da cui il termine "dipendenze comportamentali", con sottocategorie quali "dipendenza da sesso", "dipendenza da esercizio fisico" o "dipendenza da acquisti" non sono attualmente compresi nel manuale perché, al momento, non vi è sufficiente letteratura basata sulle evidenze cliniche per stabilire criteri diagnostici e descrizioni di decorso necessari per identificare questi comportamenti come disturbi mentali. In via sperimentale, nella sezione intitolata "Condizioni che necessitano ulteriori studi", è stato inserito il "Disturbo da gioco su internet" poiché esso ha un'importanza significativa per la sanità pubblica. Esso consiste, in estrema sintesi, in una "modalità di eccessivo e prolungato impiego" della rete a fini ludici con "manifestazioni di sintomi cognitivi e comportamentali, tra cui la progressiva perdita di controllo sul gioco, la tolleranza ed i sintomi di astinenza analoghi a quelli presenti nei disturbi da uso di sostanze" (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *op. cit.*, 2014, p. 923).

²⁸ In generale, i pazienti affetti da discontrollo degli impulsi hanno tra loro in comune il fatto di non riuscire a resistere all'impulso o alla tentazione di eseguire una certa azione che è pericolosa per se stessi o per gli altri; prima di compiere l'azione avvertono, di regola, un aumento dello stato di tensione o di *arousal* [in psicologia fisiologica l'*arousal* (dall'inglese eccitazione, risveglio) è una condizione temporanea del sistema nervoso, in risposta ad uno stimolo significativo e di intensità variabile, di un generale stato di eccitazione, caratterizzato da un maggiore stato attentivo-cognitivo di vigilanza e di pronta reazione agli stimoli esterni]; successivamente alla commissione dell'atto possono esservi o meno sensazioni di rimorso, autoriprovazione o senso di colpa.

²⁹ Secondo alcuni, la dipendenza da gioco d'azzardo viene assimilata a quella da cocaina, anche perché "il giocatore patologico non giocherebbe in funzione del denaro che spera di ricavare dal gioco, ma della dipendenza: dipendenza dal piacere e dalle vie per ottenerlo. Il denaro è dunque non il fine del gioco, bensì il mezzo per poter giocare ancora" (COLOMBO C.A., MERZAGORA BETSOS I., *Tentare nuoce: il gioco d'azzardo in criminologia e psicopatologia forense*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 6, 2002, pp. 1364-1365). Cfr. inoltre, sull'argomento, LESIEUR H.R., ROSENTHAL R.J., *Pathological gambling: a review of literature (prepared for the American Psychiatric Association Task Force of DSM-IV Committee on Disorders of Impulse Control Not Elsewhere Classified)*, in *Journal Gambling Studies*, 7, 1991, p. 5 ss.; BLASZCZYNSKI A., *Pathological gambling and obsessive-compulsive spectrum disorders*, in *Psychological Reports*, 13, 1999, p. 107 ss.

³⁰ Oltre a quelli connessi alla dipendenza da sostanze, il "Disturbo da gioco d'azzardo" presenta 'vicinanze' diagnostiche con i "Disturbi d'ansia", i "Disturbi di personalità" ed il "Disturbo ossessivo-compulsivo e disturbi correlati". Per un approfondimento sulla questione diagnostica di tale disturbo si vedano, tra molti, CANCRINI L., *Una tossicomania senza farmaci*, prefazione a DOSTOEVSKIJ F., *Il giocatore*, Roma, 1996; HOLLANDER E., *Treatment of obsessive-compulsive spectrum disorders with SSRIs*, in *British Journal of Psychiatry*, 173, 1998, p. 7 ss.; BLASZCZYNSKI A., *Pathways to pathological gamblers: identifying typologies, e-gambling*, in *The electronic Journal of Gambling Issues*, 1, 2000, in jgi.camh.net; CASTELLANI B., *Pathological gambling: the making of a medical problem*, New York, 2000; DICKERSON M.G., BARON E., *Contemporary issues and future directions of research into pathological gambling*, in *Addiction*, 95, 2000, p. 1145 ss.

³¹ Ad esempio, v. l'edizione italiana, a cura di ANDREOLI V., CASSANO G.B., ROSSI R., dell'AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali: Text Revision – DSM-IV-TR*, Milano, 2005, p. 715 ss.

di un "Disturbo antisociale di personalità"³², indica che per operare una diagnosi di "Disturbo da gioco d'azzardo" è necessario riscontrare la presenza di almeno quattro criteri, tra i seguenti nove, entro un periodo di 12 mesi³³:

- 1) [il soggetto, n.d.a.] ha bisogno, per giocare d'azzardo, di quantità crescenti di denaro per ottenere l'eccitazione desiderata;
- 2) [il soggetto, n.d.a.] è irrequieto/a o irritabile se tenta di ridurre o di smettere di giocare d'azzardo;
- 3) [il soggetto, n.d.a.] ha fatto ripetuti sforzi infruttuosi per controllare, ridurre o smettere di giocare d'azzardo;
- 4) [il soggetto, n.d.a.] è spesso preoccupato/a dal gioco d'azzardo (per es., ha pensieri persistenti che gli/le fanno rivivere passate esperienze di gioco d'azzardo, analizzare gli ostacoli e pianificare la prossima avventura, pensare ai modi di ottenere denaro con cui giocare d'azzardo);
- 5) [il soggetto, n.d.a.] spesso gioca d'azzardo quando si sente a disagio (per es., indifeso/a, colpevole, ansioso/a, depresso/a);
- 6) [il soggetto, n.d.a.] dopo aver perduto denaro al gioco d'azzardo, spesso torna un'altra volta per ritentare ('rincorrere' le proprie perdite);
- 7) [il soggetto, n.d.a.] mente per occultare l'entità del coinvolgimento nel gioco d'azzardo;
- 8) [il soggetto, n.d.a.] ha messo in pericolo o perduto una relazione significativa, il lavoro, opportunità di studio e di carriera a causa del gioco d'azzardo;
- 9) [il soggetto, n.d.a.] conta sugli altri per procurare il denaro necessario a risolvere situazioni finanziarie disperate causate dal gioco d'azzardo"³⁴.

Inoltre, a supporto di questa diagnosi, il volume precisa che possono essere rilevabili anche alcune caratteristiche associate, come la presenza di una distorsione del pensiero (ad esempio nella superstizione oppure nel senso di potere e di controllo sugli esiti degli eventi causali); l'assunzione di atteggiamenti irrequieti, impulsivi e competitivi; l'eccessiva preoccupazione di ottenere l'approvazione altrui; l'esagerata generosità verso gli altri nei momenti di vincita; la presenza di un'ideazione suicidaria o la messa in atto di gesti autolesivi³⁵.

In aggiunta a ciò, da un punto di vista epidemiologico, non è infrequente riscontrare, in capo ad un soggetto affetto da ludopatia, anche la presenza, contemporanea o meno, di altri disturbi psichici. Quelli più frequentemente rilevati sono i "Disturbi depressivi", i "Disturbi d'ansia" e i "Disturbi da uso di sostanze", con forti rischi, in quest'ultimo caso, d'instaurazione di quadri clinici di dipendenza multipla o crociata³⁶. Inoltre, sono state rinvenute diverse situazioni di comorbidità psichiatrica, in specie sulla base della co-esistenza di disturbi della personalità, quali il "Disturbo antisociale di personalità", il "Disturbo narcisistico di personalità" o il "Disturbo *borderline* di personalità". A tal proposito, alcuni studi hanno registrato la compresenza patologica, nel corso dell'esistenza del soggetto, tra gioco d'azzardo patologico e "depressione maggiore"³⁷ nel 76% dei casi analizzati, e tra ludopatia e mania nel 46% delle

³² Il "Disturbo antisociale di personalità" è altrimenti denominato "psicopatia", "sociopatia" o "disturbo dissociale di personalità". Esso si caratterizza per essere un quadro pervasivo cronico di inosservanza normativa e di violazione dei diritti altrui.

³³ La gravità attuale del disturbo può essere di livello diverso a seconda del numero di criteri soddisfatti. Nello specifico, il grado può essere "lieve" (4-5 criteri), "moderato" (6-7 criteri) o "grave" (8-9 criteri). Inoltre, il disturbo può essere "episodico", perché "soddisfa i criteri diagnostici più di una volta, con sintomi di cedimento fra i periodi di disturbo da gioco d'azzardo almeno per diversi mesi", oppure "persistente", in quanto il soggetto "fa esperienza di sintomi continui, tali da soddisfare i criteri diagnostici per molteplici anni". AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *op. cit.*, 2014, p. 682.

³⁴ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *op. cit.*, 2014, p. 681.

³⁵ Molti individui affetti da ludopatia sono depressi e solitari e ricorrono al gioco quando si sentono tristi, indifesi o colpevoli. "La metà degli individui in trattamento per disturbo dal gioco d'azzardo ha ideazione suicidaria e circa il 17% di costoro ha tentato il suicidio". AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *op. cit.*, 2014, p. 683.

³⁶ A tal proposito, è stata rilevata la sussistenza di una forte prevalenza di giocatori d'azzardo tra gli alcolisti ed i tossicomani: una prevalenza quantificata empiricamente da 3 a 6 volte superiore rispetto alla popolazione generale [RIGLIANO P., CROCE M., *Giochi d'azzardo e tossicodipendenza*, in CROCE M., ZERBETTO R. (a cura di), *op. cit.*, 2001, p. 128 ss.]. Al contempo, è stato anche evidenziato che la presenza di abuso di sostanze tra i giocatori patologici è riscontrabile in una percentuale oscillante tra il 25% ed il 63% dei casi [SPAZZAPAN B., LENASSI P., *Il gioco d'azzardo patologico in soggetti con abuso di alcolici*, in CROCE M., ZERBETTO R. (a cura di), *op. cit.*, 2001, p. 139 ss.].

³⁷ Il "Disturbo depressivo maggiore" o "depressione maggiore" è un grave disturbo che colpisce ogni anno circa il 5 % della popolazione, che presenta caratteristiche di persistenza e può interferire pesantemente sul modo di pensare di un individuo, sul suo comportamento, sulle condizioni dell'umore, sull'attività ed il benessere fisico dello stesso. Per maggiori ragguagli in proposito si veda, tra gli altri, GIBERTI F., ROSSI R., *Manuale di Psichiatria*, Padova, 1996, in part. p. 404 ss.

situazioni³⁸. È stata poi rilevata, all'interno di un gruppo di *Gamblers Anonymous*, una comorbidità *lifetime* del 20% per "Disturbo ossessivo-compulsivo" e del 16% per attacchi di panico³⁹, mentre, per quanto concerne le altre tipologie di disturbi, le percentuali oscillano, con significative differenze, tra il 9% ed il 33% dei campioni esaminati⁴⁰.

Altre correlazioni cliniche e problematiche sanitarie connesse allo stile di vita assunto dall'individuo o derivate dalla stessa patologia ludica sono poi riscontrabili in larga scala tra i giocatori patologici, a dimostrazione del fatto che, da un punto di vista socio-sanitario, il gioco d'azzardo patologico si presenta, spesso e volentieri, come un disturbo non isolato ma 'accompagnato' da altre problematiche fisiche e/o mentali⁴¹, andando così ad inserirsi all'interno di un quadro clinico della persona piuttosto complesso e articolato.

3.3.

L'incidenza criminogenetica della dipendenza da gioco d'azzardo.

Come intuibile, oltre che sul piano della salute, gli effetti della dipendenza da gioco d'azzardo si estendono anche all'ambito sociale del singolo soggetto, favorendo la sua esposizione giudiziaria a vicende sia di stampo privatistico (come in sede di contenziosi lavorativi, di inadempienze contrattuali, di separazioni e divorzi oppure di inabilitazione del soggetto per prodigalità) sia di rilievo pubblicistico, in specie penalistico, in base ai frequenti sconfinamenti comportamentali nell'illegalità (come ad esempio nella commissione di evasioni fiscali, appropriazioni indebite, truffe, furti, rapine, ricattazioni, minacce ed estorsioni). È del tutto evidente, infatti, come il giocatore patologico, non raramente, si trovi coinvolto nella commissione di attività criminali, o direttamente, perché si rende autore di specifici reati, o indirettamente, in quanto diviene "oggetto/bersaglio" privilegiato della criminalità organizzata che, approfittando delle evidenti vulnerabilità, lo impiega come "manovalanza criminale di facile ed economica reperibilità"⁴².

Vi sono studi, in proposito, che dimostrano come i giocatori patologici siano con una certa frequenza coinvolti in attività illecite⁴³ e come vi sia una superiore incidenza di arresti e di carcerazioni tra giocatori patologici rispetto a quelli non patologici o, ancora, rispetto a persone

³⁸ McCORMICK R.A., RUSSO A.M., RAMIREZ L.F., TABER J.I., *Affective disorders among pathological gamblers seeking treatment*, in *American Journal of Psychiatry*, 141, 1984, p. 215 ss.

³⁹ LINDEN R.D., POPE H.G., JONAS J.M., *Pathological gambling and major affective disorders: preliminary findings*, in *Journal of Clinical Psychiatry*, 47, 1986, p. 201 ss.

⁴⁰ Si vedano, tra gli altri, gli studi BLASZCZYNSKI A., MCCONAGHY N., *Anxiety and/or depression in the pathogenesis of addictive gambling*, in *International Journal of the Addiction*, 24, 1989, p. 337 ss.; SPEACKER S.M., CARLSON G.A., CHRISTENSEN G.A., MARCOTTE M., *Impulse control disorders and attention deficit disorder in pathological gamblers*, in *Annals of Clinical Psychiatry*, 7, 1995, p. 175 ss.; MILESI A., CLERICI M., *Gioco d'azzardo, comorbidità e strutture di personalità*, in CROCE M., ZERBETTO R. (a cura di), *op. cit.*, 2001, p. 119 ss.; SAVRON G., *Gioco d'azzardo e struttura di personalità*, in BELLIO G., CROCE M., *op. cit.*, 2014, p. 46 ss.

⁴¹ Il "Disturbo da gioco d'azzardo" è associato ad una scarsa salute in generale dell'individuo. Insonnia, disturbi fisici associati allo stress (tachicardia, angina, ulcera peptica, ipertensione arteriosa, allergie, problemi respiratori, lombosciatalgie, obesità, emicrania), deficit dell'attenzione con iperattività, sindromi astinenziali, repentine oscillazioni umorali, disturbi d'ansia e reattività sono tutti quadri diagnostici che sono stati rilevati nei giocatori patologici. Per un'illustrazione più ampia sul punto si vedano, ad esempio, i lavori di CROCE M., ZERBETTO R. (a cura di), *op. cit.*, 2001; OLIVEIRA M.P., SILVEIRA D.X., SILVA M.T., *Pathological gambling and its consequences for public health*, in *Revista de Saúde Pública*, 42, 2008, p. 542 ss.; RICCIARDI W., CADEDDU C., *op. cit.*, 2013.

⁴² ROMANI P., *Ipotesi legislative e contenimento delle attività illecite*, in CROCE M., ZERBETTO R. (a cura di), *op. cit.*, 2001, pp. 350-352. A titolo esemplificativo si pensi, tra le altre cose, alle immense possibilità che le organizzazioni criminali hanno di riciclare denaro, frutto di attività illecite, per mezzo di soggetti ludopatici. A questi, per esempio, vengono offerte somme di denaro 'sporco', con sovrapprezzo che va dal 5% al 10%, in cambio di contrassegni vincenti del lotto, del superenalotto, delle lotterie, di gratta e vinci o di altre scommesse legali, mediante i quali giustificare allo Stato l'acquisto lecito di determinati beni [cfr. PORO D. (a cura di), *op. cit.*, 2012]. Oppure ancora, sempre in tema di riciclaggio, si considerino le immense opportunità del gioco online effettuato, laddove non è garantito l'anonimato del partecipante, da una moltitudine di persone 'insospettabili' con problemi di ludopatia. Da un recente studio sul mercato globale del gioco d'azzardo emerge, infatti, che i proventi illegali possono venire facilmente 'ripuliti', mediante transazioni di scommessa, prima, e di incasso, poi, della vincita o della minima perdita conseguita. Inoltre, sul fronte delle modalità di pagamento, il giocatore "può scegliere tra opzioni di deposito o di ritiro, tra cui carte di credito, carte di debito, carte prepagate, bonifici bancari, bonifici ACH, assegni, gateway per i pagamenti, bonifici tra giocatori, addebiti e accrediti tramite fatturazione a telefono cellulare...", rendendo alquanto difficile tracciarne la movimentazione. Per un approfondimento cfr. [MCAFFEE LABS, Jackpot! Money laundering through online gambling](http://www.mcafee.com), 2014, p. 8 ss., reperibile dal sito www.mcafee.com.

⁴³ Cfr., al riguardo, IMBUCCI G., *Il gioco. Lotto, totocalcio, lotterie. Storia dei comportamenti sociali*, Venezia, 1997; MEYER G., STADLER M., *Criminal behavior associated with pathological gambling*, in *Journal of Gambling Studies*, 15, 1999, p. 29 ss.

che non hanno mai giocato nella propria vita⁴⁴.

Secondo una prospettiva criminologica, prendendo spunto anche dall'analisi della casistica peritale⁴⁵, si può persino ritenere che vi siano alcune situazioni in cui il gioco d'azzardo diviene, di fatto, la 'porta di ingresso' nel mondo dell'illegalità ed altre, invece, in cui gli autori di condotte illecite accedono alle dipendenze, tra cui anche quella in questione, direttamente dal mondo della malavita⁴⁶.

3.4.

La rilevanza clinico-forense e l'apprezzamento penalistico del disturbo da gioco d'azzardo.

Scarsi o del tutto assenti sono, in verità, gli studi criminologici e psichiatrico-forensi in merito al riconoscimento della responsabilità penale per gli illeciti commessi da parte di giocatori patologici. Ciò è presumibilmente dovuto, per un verso, al fatto che sovente le problematiche connesse al gioco d'azzardo emergono a condanna avvenuta, in genere in sede di esecuzione penale⁴⁷, e, per altro verso, al fatto che la ludopatia, nella cultura degli operatori del diritto, non è ancora stata appieno ricompresa tra le problematiche psicopatologiche rilevanti ai fini della valutazione dell'imputabilità del soggetto agente ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p.

Eppure, per quanto sia innegabile che, al pari di ogni altro comportamento umano, anche l'azione del giocare d'azzardo dipende in larga misura da una scelta del soggetto – una scelta che si presume libera, ancorché condizionata da fattori sociali, ambientali, socio-economici e da processi stigmatizzativi ed emarginativi –, non può disconoscersi che, in taluni casi, la presenza di una dipendenza patologica da gioco d'azzardo possa avere, come altri disturbi patologici, qualche rilevanza giuridica sul piano dell'imputabilità.

Si possono ipotizzare, infatti, casi di specie in cui il gioco d'azzardo patologico potrebbe assumere 'valore di malattia', e quindi agire come se si trattasse di un processo morboso⁴⁸, così

⁴⁴ Si vedano, ad esempio, i lavori di BLASZCZYNSKI A., McCONAUGHY N., FRANCOVA A., *Crime, antisocial personality and pathological gambling*, in *Journal of Gambling Behaviour*, 5, 1989, p. 137 ss.; THOMPSON W., GAZEL R., RICKMAN D., *The social costs of gambling in Wisconsin*, in *Wisconsin Policy Research Institute Report*, 9, 1996, p. 1 ss.; LESIEUR H.R., *Costs and treatment of pathological gambling*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, in AA.VV. *Gambling: socioeconomic impacts and public policy*, New York, 1998, p. 153 ss.; POTENZA M.N., STEINBERG M.A., McLAUGHLIN S.D., ROUNSAVILLE B.J., O'MALLEY S.S., *Illegal behaviors in problem gambling: analysis of data from a gambling helpline*, in *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 28, 2000, p. 389 ss.

⁴⁵ Ci si riferisce agli elaborati peritali, di matrice psichiatrico-forense e criminologico-clinica, in tema di imputabilità e di pericolosità sociale del soggetto, autore di reato, con problematiche connesse al gioco d'azzardo. Tali documenti, oltre che contenuti in alcuni fascicoli processuali o custoditi presso alcune raccolte archivistiche, sono resi noti, talvolta, negli studi clinici sull'argomento, a seguito della loro pubblicazione all'interno di riviste scientifiche specializzate.

⁴⁶ In tal senso Foschini rileva che gli adolescenti problematici (in quanto soliti a mettere in atto comportamenti fortemente a rischio), che 'gravitano' attorno ad organizzazioni criminali, sono più inclini di altri coetanei a sviluppare vere e proprie forme di *addiction*. Per maggiori ragguagli v. FOSCHINI V. (a cura di), *Dipendenze. Nuovi scenari e sfide di cambiamento*, Ravenna, 2004, p. 257 ss.

⁴⁷ Cfr., in proposito, WALTERS G.D., *Problem gambling in a federal prison population: results from the South Oaks Gambling Screen*, in *Journal of Gambling Studies*, 13, 1997, p. 7 ss.; MEYER G., STADLER M., *Delinquenz im rahmen pathologischen glücksspiels*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 81, 1998, p. 29 ss.; WILLIAMS R. J., ROYSTON J., HAGEN B.F., *Gambling and problem gambling within forensic populations. A review of the literature*, in *Criminal Justice and Behavior*, 6, 2005, p. 665 ss.; ZERBETTO R., FOGLIA C., *Gioco d'azzardo e detenzione, una ricerca nelle carceri milanesi*, in *The Italian Journal on Addiction*, 3-4, 2012, p. 103 ss.

⁴⁸ In altre parole, secondo il pensiero di Ponti, un agire "configurante l'infermità", concetto all'interno del quale – in estrema sintesi – vi possono rientrare "ciascuno dei tanti disturbi psichici qualificabili con termine tecnico preciso [...] ma anche qualsiasi altra condizione", che risulti idonea ad interferire sull'intendere o sul volere, in grado di produrre "effetti psichici paragonabili a quelli conseguenti a un vero stato morboso" (PONTI G., *Compendio di Criminologia*, Milano, 1999, p. 424). Sulla stessa linea di pensiero si pongono anche coloro che, rilevando una maggiore ampiezza del concetto d'infermità rispetto a quello di malattia, considerano che, "ai fini del giudizio sulla capacità di intendere e di volere, non interessa tanto che la condizione del soggetto sia esattamente catalogabile nel novero delle malattie elencate nei trattati di medicina, quanto che il disturbo abbia in concreto l'attitudine a compromettere gravemente la capacità sia di percepire il disvalore del fatto commesso, sia di recepire il significato del trattamento punitivo" (FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale. Parte generale*, Bologna, 2010, p. 338). Secondo tale logica, oggi, l'effettiva concretizzazione del concetto di infermità mentale deve essere ricercata nelle linee di tendenza della prassi applicativa (cfr., ad esempio, i contributi di FIORAVANTI L., *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale*, Padova, 1988; PIETRALUNGA S., *Difficoltà interpretative e prospettive di evoluzione nella ricezione giurisprudenziale della diagnostica psichiatrico-forense*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1, 2000, p. 285 ss.; COLLICA M.T., *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3, 2002, p. 879 ss.; BERTOLINO M., *Dall'infermità di mente ai disturbi della personalità: evoluzione e/o involuzione della prassi giurisprudenziale in tema di vizio di mente*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2004, p. 508 ss.).

incidendo, con rilevanza quantitativa e qualitativa, sulle capacità di intendere⁴⁹ o di volere⁵⁰ del singolo soggetto (abolendole *in toto* o diminuendole in parte): ebbene, in questi casi, la ludopatia dovrebbe ricevere un adeguato riconoscimento ai sensi degli artt. 85, 88 e 89 c.p., nel rispetto, ovviamente, delle altre condizioni di applicabilità dei predetti articoli (in particolare: presenza della compromissione delle capacità di intendere o di volere al momento della commissione del fatto di reato; sussistenza di un rapporto di causalità tra l'una e l'altra).

D'altra parte, tralasciando in questa sede l'esame del vivace dibattito dottrinale sviluppatosi in ordine alla disciplina dell'imputabilità⁵¹, possiamo fin d'ora rilevare che, all'interno della nostra giurisprudenza penale persiste, ancor più che in ambito clinico-forense, un atteggiamento estremamente prudente, se non addirittura scettico, nei confronti del disturbo da gioco d'azzardo, soprattutto nel momento in cui questo possa essere riconosciuto incidente, in quanto costituente condizione di infermità, sulle funzioni dell'intendere e/o del volere del singolo soggetto⁵².

Tale 'prudente' atteggiamento è deducibile, in concreto, dal fatto che sebbene la ludopatia sia, per molti versi, assimilabile a quelle dipendenze da sostanze incidenti sulla capacità di autodeterminazione dell'autore di reato che il legislatore ha specificamente considerato (quali la cronica intossicazione da alcol o da sostanze stupefacenti *ex art. 95 c.p.*), e sia accomunabile a quei disturbi ossessivo-compulsivi o a quei discontrolli degli impulsi non altrimenti classificati (come la "Cleptomania" e la "Piromania") che potenzialmente sono in grado di compromettere la capacità di volere del soggetto⁵³, quasi mai i nostri giudici – come risulterà dalla rassegna giurisprudenziale sotto riportata – hanno riscontrato il difetto d'imputabilità (*ex artt. 88 o 89 c.p.*) in capo ad un soggetto affetto da disturbo patologico da gioco d'azzardo.

Infatti sono pochi, anzi decisamente rari, i provvedimenti giudiziari che hanno riconosciuto che lo spazio di libertà del singolo, al momento della commissione del reato e in relazione al reato stesso, fosse di fatto risultato ridotto sul piano del volere, del controllo e dell'autode-

⁴⁹ La capacità di intendere viene definita come l'attitudine del soggetto ad "orientarsi nel mondo esterno secondo una percezione non distorta della realtà, e quindi come la capacità di comprendere il significato del proprio comportamento" (FIANDACA G., MUSCO E., *op. cit.*, 2010, p. 335). In tal modo, l'individuo si deve rendere conto "del valore sociale, positivo o negativo, di tali accadimenti e degli atti" via via compiuti (MANTOVANI F., *Diritto Penale. Parte generale*, Padova, 2010, p. 644).

⁵⁰ La capacità di volere consiste nel potere di controllo dei propri impulsi ad agire e nel potere di determinarsi "secondo il motivo che appare più ragionevole o preferibile in base ad una concezione di valore". In altri termini, "è l'attitudine a scegliere in modo consapevole tra motivi antagonisti" (FIANDACA G., MUSCO E., *op. cit.*, 2010, p. 335). Cfr., inoltre, MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, p. 1391 ss.; GRASSO G., ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale, art. 85-149*, Milano, 2012, p. 15 ss.

⁵¹ Cfr., tra molti, PONTI G., MERZAGORA I., *Psichiatria e giustizia*, Milano, 1993; PONTI G., *Il dibattito sull'imputabilità*, in CERRETTI A., MERZAGORA I. (a cura di), *Questioni sull'imputabilità*, Padova, 1994, p. 21 ss.; INTRONA F., *Se e come siano da modificare le vigenti norme sull'imputabilità*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 3, 1999, p. 657 ss.; MANNA A. (a cura di), *Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2003; CENTONZE F., *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 2005, p. 247 ss.; BERTOLINO M., *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2006, p. 539 ss.; FIANDACA G., *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel Progetto Grosso*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3, 2002, p. 867 ss.; MANNA A., *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, in *La Legislazione Penale*, 1, 2006, p. 220 ss.; PULITANÒ D., *La disciplina dell'imputabilità tra diritto e scienza*, in *La Legislazione Penale*, 1, 2006, p. 248 ss.; CATANESI R., MARTINO V., *Verso una psichiatria forense basata su evidenze*, in CIPOLLA S., BANA A. (a cura di), *Crimini, criminali e malattia mentale. Scienze giuridico-penalistiche e scienze empirico-sociali a confronto*, Milano, 2007, p. 155 ss.; COLLICA M.T., *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007; BERTOLINO M., *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in *Criminalia*, 2, 2008, p. 325 ss.; COLLICA M.T., *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3, 2008, p. 1170 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale. Parte generale*, Padova, 2013, p. 297 ss.

⁵² Come segnala Ponti, il concetto di infermità, così com'è posto dal codice penale, "è più ampio di quello di malattia, nel senso che non si limita esclusivamente alle vere e proprie malattie mentali, esattamente inquadrabili nella nosografia psichiatrica, ma ricomprende anche più estensivamente qualsiasi condizione patologica che sia stata in grado di interferire sulla capacità di intendere o di volere anche solo transitoriamente" (PONTI G., *op. cit.*, 1999, p. 424). Inoltre, sul punto, cfr. MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 356 ss.; PADOVANI T., *Diritto Penale*, Milano, 2012, p. 194 ss.

⁵³ Per un approfondimento v. VOLTERRA V., *Disturbi ossessivo-compulsivi e discontrollo degli impulsi*, in VOLTERRA V. (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Milano, 2010. Per quanto riguarda la giurisprudenza, dati i pochi casi riscontrati, si vedano, quanto all'incidenza totale o parziale della "Cleptomania" sull'imputabilità del soggetto, Cass. Pen., Sez. II, 05.10.1982 ud., n. 2945, Valente, CED 158311; quanto alla difficoltà di controllo degli impulsi e, quindi, alla potenziale limitazione della capacità di volere, Cass., Pen., Sez. V, 09.02.2006 ud., n. 8282, Scarpinato, CED 233228. In particolare, la Suprema Corte ha precisato che "la capacità di volere assente può assumere rilevanza autonoma e decisiva, valorizzabile agli effetti del giudizio *ex artt. 85 e 88 c.p.*, anche in presenza di accertata capacità di intendere e di comprendere il disvalore sociale dell'azione delittuosa, ove sussistano le due essenziali e concorrenti condizioni che seguono: a) che gli impulsi all'azione, che l'agente percepisce e riconosce come riprovevole (in quanto dotato di capacità di intendere), siano di tale ampiezza e consistenza da vanificare la capacità di apprezzarne le conseguenze; b) che ricorra un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto reato sia ritenuto causalmente determinato da quello specifico disturbo mentale, che deve appunto essere ritenuto idoneo ad alterare non l'intendere, ma solo il volere dell'autore della condotta illecita" (Cass. Pen., Sez. VI, 05.04.2012 ud., n. 18458, Sessa, CED 252686).

terminazione a causa della diagnosticata patologia da gioco d'azzardo.

Così, ad esempio, è stata riconosciuta, a seguito di accertamento peritale, la sussistenza di una condizione di seminfermità mentale in un soggetto, condannato per il reato di peculato (*ex art. 314 c.p.*), poiché affetto da patologia da gioco d'azzardo. Il giudice, in sede decisionale, ha infatti tenuto conto, tra le altre cose, dell'incidenza di tale disturbo sulla commissione dell'illecito, in quanto tale condizione ha parzialmente compromesso la capacità volitiva del soggetto al momento della commissione del fatto, pur essendo in lui conservata – seppur indebolita – la capacità di intendere⁵⁴.

Se quindi, da un punto di vista clinico-forense, pare essere assodato il fatto che il gioco d'azzardo patologico sia a tutti gli effetti un disturbo che, qualora presente e di qualità tale da comportare il funzionamento psicopatologico dell'individuo, possa potenzialmente incidere sulle capacità volitive del soggetto, divenendo pertanto rilevante ai fini della valutazione della condizione di imputabilità penale, è pur vero che, sul piano giurisprudenziale, tale tipo di riconoscimento tarda ancora a venire.

Un siffatto 'ritardo' pare facilmente comprensibile – a parere di chi scrive – laddove la ludopatia risulti essere l'unica patologia riscontrata nel soggetto, al pari di ciò che avviene per altri disturbi, come ad esempio le parafilie, ove queste non rilevano di per sé sole, per il diritto penale, sul piano dell'infermità⁵⁵. Appare invece meno comprensibile, e quindi necessiterebbe di avere un apprezzamento giuridico diverso – o perlomeno quantitativamente maggiore – rispetto a quello sino ad ora osservato nella prassi, la situazione in cui il gioco d'azzardo patologico si presenti all'interno di un quadro diagnostico articolato, ovvero sia alla compresenza di altre problematiche morbose (come ad esempio i "Disturbi correlati a sostanze" e i "Disturbi di personalità"), oppure laddove esso abbia comportato l'emergere di chiari sintomi psicopatologici: un quadro composito quindi, per niente infrequente, che, come sopra si è visto, è realmente in grado di determinare, nel singolo soggetto, una situazione complessa di mal-funzionamento psichico⁵⁶.

Ebbene in tali casi, facendo sempre un parallelismo emblematico con quanto riscontrato per le parafilie, qualora i sintomi del disturbo in questione (la ludopatia) si manifestino in soggetti affetti anche da altre malattie psichiatriche (come ad esempio il ritardo mentale, la psicosi, la demenza e l'alcolismo), è doveroso che l'operatore preli molta attenzione e consideri sempre che la 'condotta anomala' (vale a dire giocare d'azzardo) può non rappresentare altro che uno dei comportamenti-sintomo dovuti alla malattia⁵⁷. In condizioni come queste, infatti, l'imputabilità del soggetto dovrebbe essere valutata secondo i criteri che abitualmente si adottano quando la capacità di intendere o di volere è in concreto compromessa da una

⁵⁴ Trib. Torino, 20.01.2003 ud., n. 154, D. (provvedimento inedito). Poiché si tratta di una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi degli artt. 444 e ss. c.p.p., la sua parte motiva è alquanto contenuta.

⁵⁵ "Talché", osserva Ponti, "chi ha compiuto un reato in quanto esibizionista o pedofilo o sadico, viene ritenuto capace ai fini della responsabilità penale". Infatti, "nella maggior parte dei casi, le deviazioni sessuali si realizzano in soggetti che non sono portatori di nessuna infermità mentale" e che, come tali, sono in grado di autodeterminarsi, cioè di controllare le proprie pulsioni, anche se anomale. Così PONTI G., *op. cit.*, 1999, pp. 484-485.

⁵⁶ Cfr., in merito all'incidenza delle problematiche psicopatologiche sull'imputabilità del soggetto autore di reato, i contributi scientifici di COLOMBO C.A., MERZAGORA BETSOS I., *Il gioco d'azzardo: profili psichiatrici, sociologici, criminologici*, in CENDON P. (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, Volume II, Padova, 2004, p. 1611 ss.; FURNARI U., *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2008; LINGIARDI V., DEL CORNO F. (a cura di), *Manuale diagnostico psicodinamico (PDM)*, Milano, 2008; FERRACUTI F., SANI G., *Disturbi di personalità e imputabilità*, in VOLTERRA V. (a cura di), *op. cit.*, 2010, p. 180 ss.

⁵⁷ Sempre Ponti, in relazione al comportamento-sintomo, nell'esaminare la correlazione tra malattia mentale e disturbi parafilici rileva, appunto, "che l'esibizionismo di uno schizofrenico, ad esempio, è da valutarsi nell'ambito della destrutturazione della personalità che la psicosi comporta [...]; anche l'intossicazione alcolica, cronica o acuta che sia, può favorire la manifestazione di tendenze perverse, per gli effetti di disinibizione e di scadimento dei sentimenti morali". PONTI G., *op. cit.*, 1999, p. 485.

causa morbosa (disturbi della personalità compresi)⁵⁸, e, quindi, essa dovrebbe essere da prima apprezzata in funzione della gravità dell'infermità stessa e, successivamente, posta in relazione allo specifico fatto commesso.

4.

Il giuoco d'azzardo patologico: le considerazioni giurisprudenziali.

Affrontiamo ora, come da intenti iniziali, l'aspetto giurisprudenziale, ovvero sia 'se' e 'come' la prassi giudiziaria ha trattato la questione del disturbo da giuoco d'azzardo rispetto al tema dell'imputabilità.

Per fare questo tipo d'indagine si è identificata, inizialmente, la giurisprudenza di merito e di legittimità attinente all'argomento che è stata edita all'interno di alcune banche dati giuridiche: "Leggi d'Italia"⁵⁹, "De Jure"⁶⁰ e "ItalgireWeb, banca dati del CED – Corte di Cassazione"⁶¹. Successivamente, si sono esaminati i singoli provvedimenti ritrovati⁶² e di questi si è analizzato, in funzione del riconoscimento della sussistenza in capo al soggetto di un disturbo da giuoco d'azzardo, il modo con cui esso è stato considerato dai diversi organi giudicanti: in pratica, se esso è stato ritenuto un processo morboso avente valore di infermità e poi se esso, in relazione al tipo di reato commesso, è stato stimato come incidente sulle capacità intellettive e/o volitive dell'autore del gesto al momento della commissione del fatto.

In realtà, nonostante siano numerose le condotte illecite attuate da tale tipologia di soggetti, i provvedimenti rinvenuti sul tema in questione non sono molti e questo perché, molto probabilmente, oltre all'incidenza dell'elevato numero oscuro e – come detto – alla scarsa emersione del problema nella fase della cognizione penale, è ingente, in questi casi, il ricorso all'applicazione dei procedimenti speciali previsti dal nostro ordinamento giuridico. Infatti, l'applicazione della pena su richiesta delle parti (*ex artt. 444 ss. c.p.p.*) ed il giudizio abbreviato

⁵⁸ Ci si riferisce, ovviamente, a quanto stabilito dalla Suprema corte nella cosiddetta sentenza 'Raso' (Cass. Pen., Sez. Un., 25.01.2005 ud., n. 9163, Raso, CED 230317) che, come noto, ha riconosciuto la possibilità, per i gravi disturbi di personalità, di essere 'incidenti' sul piano della non imputabilità dell'autore di reato. In sintesi, la Corte di Cassazione, con tale provvedimento, ha posto un'interpretazione 'allargata' del concetto di infermità, facendo proprio un orientamento "a favore di un concetto meno medico e più psicologico di malattia mentale" [BERTOLINO M., *L'infermità mentale al vaglio delle sezioni unite: Cassazione Penale, Sez. Un., 8 marzo 2005 (u.p. 25 gennaio 2005)*, n. 9163, in *Diritto Penale e Processo*, 7, 2005, p. 854]. L'organo di legittimità, infatti, ha riconosciuto che anche i "Disturbi di personalità", che non sono sempre inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di "infermità", a condizione che essi siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità intellettive e volitive del soggetto (escludendo o scemando grandemente tali capacità) e che sussista un nesso eziologico tra tale disturbo e la specifica condotta criminosa (cfr., in proposito, BERTOLINO M., *op. cit.*, 2005, p. 837 ss.; inoltre, FIDELBO G., *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cassazione Penale*, 3, 2005, p. 1873 ss.; COLLICA M.T., *Anche i disturbi della personalità sono infermità mentale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 2005, p. 420 ss.; FORNARI U., *I disturbi gravi della personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *Cassazione Penale*, 1, 2006, p. 274 ss.; PULEIO F., *Brevi note a margine della sentenza S.U. n. 9163 del 25 gennaio 2005*, in *Rivista Penale*, 7, 2006, p. 827 ss.; FERRARI S., *Disturbi della personalità e infermità di mente*, in *Giurisprudenza Italiana*, 6, 2007, p. 1502 ss.; PAVAN G., *L'imputabilità è presupposto della colpevolezza: considerazioni in ordine al rapporto tra la scelta dogmatica operata dalle SS.UU. 25.1.2005 n. 9163 e l'estensione dell'infermità ai gravi disturbi di personalità*, in *L'Indice penale*, 1, 2008, p. 307 ss.; FERRACUTI F., SANI G., *op. cit.*, 2010, p. 180 ss.). Con tale decisione, dal punto di vista sostanziale, la Suprema corte ha enunciato chiaramente lo spostamento del punto focale del tema dell'infermità, passando "dalla questione 'nosografica' alla questione 'eziologica' e ritenendo necessario accertare in concreto se ed in quale misura la condizione morbosa abbia inciso", effettivamente, sulla capacità di intendere e/o di volere del soggetto, "compromettendola del tutto o grandemente scemandola" [DE MATTEIS L., *Art. 88. Vizio totale di mente*, in DE MATTEIS L., LA GRECA G., SILVESTRI P. (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. IV, *Il reo e la persona offesa dal reato*, Milano, 2010, p. 25]. Dal punto di vista della prassi, invece, si veda l'evoluzione del concetto di infermità in molti, tra tanti, dei provvedimenti successivi: Cass. Pen., Sez. I, 22.11.2005 ud., n. 1038, Volonté, CED 233278 e in *Rivista italiana di medicina legale*, 1, 2005, p. 373 ss.; Cass. Pen., Sez. V, 09.02.2006 ud., n. 8282, Scarpinato, CED 233228; Cass. Pen., Sez. II, 02.12.2008 ud., n. 2774, Di Gaetano, CED 242710; Cass. Pen., Sez. VI, 27.10.2009 ud., n. 43285, Bolognani, CED 245253; Cass. Pen., Sez. V, 16.01.2013 ud., n. 9843, Picini, CED 255226.

⁵⁹ La banca dati "Leggi d'Italia" contiene i provvedimenti nel testo vigente e coordinato a partire dal 1860 con le massime delle Magistrature Superiori a partire dal 1980.

⁶⁰ "De Jure" ripropone il patrimonio informativo di "Juris Data", di cui costituisce la nuova versione, ampliandone di fatto i contenuti e le funzionalità. La risorsa permette di effettuare una ricerca integrata e simultanea sulle diverse banche dati giuridiche ivi contenute. In particolare, nella sezione "Giurisprudenza" è possibile ricercare le massime e le sentenze degli organi giurisdizionali italiani, di ogni ordine e grado, editate dal 1997.

⁶¹ Tale banca dati, nella sezione denominata "Corti di merito", raccoglie le pronunce di merito emanate dai principali Fori italiani a far data dal 1° gennaio 2005, oltre che una selezione delle principali pronunce emesse dal 2000 al 2004; nella sezione "Cassazione penale", invece, sono rintracciabili le sentenze e le ordinanze emesse dalla Suprema Corte in ambito penale a partire dal 1995 e precisamente: a) dal 1° gennaio 2004, tutte le pronunce della Corte; b) per le annate dal 1995-2003, le pronunce ufficialmente massimate.

⁶² La selezione, in ogni banca dati, è stata effettuata mediante la funzione "Ricerca", semplice ed avanzata, messa a disposizione dal sistema. In particolare, in sede d'indagine, sono state impiegate, singolarmente o associate tra loro, le seguenti parole: giuoco, giuoco, azzardo, imputabilità, ludopatia, gambler, gambling, capacità, intendere, volere, responsabilità, giuoco d'azzardo, giuoco e scommesse.

(*ex artt.* 438 ss. c.p.p.) sono i riti deflattivi maggiormente impiegati in tali circostanze, sia per i benefici e gli effetti processuali che naturalmente ad essi conseguono, sia per l'elevata difficoltà di provare e di vedere riconoscere, in sede giudiziale, la concreta incidenza del disturbo patologico da gioco d'azzardo sul piano dell'imputabilità⁶³.

Tale esiguità numerica, per altro verso, ha consentito a chi scrive di effettuare, sul piano espositivo, una più ampia ed articolata trattazione dei singoli provvedimenti ritrovati ed una maggiore enunciazione di quanto in essi contenuto. In pratica, essa ha permesso di realizzare, più che un'analisi per 'sommi capi' o per discrezionali accorpamenti (ad esempio per patologia psichiatrica, per vizio totale o parziale di mente), una sorta di rassegna cronologica e ragionata della giurisprudenza riscontrata in materia, al fine di fornire, a tutti coloro che possono essere interessati all'argomento, vuoi per motivi di studio o per esigenze di pratica professionale, una raccolta di facile consultazione sul tema in questione.

4.1. *La giurisprudenza di merito.*

Iniziamo quindi dalla giurisprudenza di merito, riportando cronologicamente quanto reperito in materia. Ogni singolo provvedimento, a partire appunto da quello meno recente, sarà di seguito rappresentato con analoghe modalità, ossia da prima con una sintetica descrizione dei fatti di causa e poi con i passaggi motivazionali della sentenza ritenuti maggiormente rilevanti ai nostri fini.

a) Tribunale di Venezia, 19.05.2005 ud., 04.07.2005 dep., S.R.⁶⁴

Il caso di specie riguarda un soggetto (S.R.) che, resosi responsabile di omicidi, rapine aggravate, violazioni della disciplina sulle armi e ricettazione, è stato condannato alla pena complessiva di anni 26 e mesi 4 di reclusione. Il Tribunale, infatti, nel dichiararlo colpevole dei reati a lui ascritti, ha tenuto conto delle diminuenti del rito, dell'unificazione dei delitti commessi sotto il vincolo della continuazione, del bilanciamento delle circostanze tra quelle attenuanti e quelle aggravanti ma, soprattutto, del riconosciuto vizio parziale di mente ai sensi dell'art. 89 c.p.

Proprio su quest'ultimo aspetto, appunto, l'organo giudicante si è soffermato a lungo: inizialmente dissentendo dalle conclusioni tecniche a cui erano giunti alcuni periti incaricati; successivamente, apprezzando le valutazioni clinico-forensi operate dai consulenti tecnici di parte; infine, argomentando sul punto in maniera ricca ed articolata quanto dedotto in proposito.

Più precisamente, nella parte motiva della sentenza, il giudice procedente, dopo aver richiamato il principio espresso dalla Suprema Corte relativamente ai disturbi della personalità (Cass., Sez. Un., 25.01.2005, n. 9163, Raso, CED 230317) ed aver illustrato i diversi orientamenti giurisprudenziali in tema di "anomalie psichiche non classificabili secondo rigidi e precisi schemi nosografici", ha sostenuto che "è compito del giudice accertare di volta in volta, in relazione alla personalità dell'imputato, ai fatti ed alle loro circostanze, se sussiste un'infermità di mente totale o parziale ai fini del processo penale".

In pratica, con tale affermazione, il Tribunale si è discostato dalle conclusioni peritali, poiché le ha considerate "rigide, dottrinali e troppo categoriche", ed ha assunto, quale *peritus peritorum*, un ruolo centrale nella valutazione sul punto.

Innanzitutto, ha fatto proprie le osservazioni di alcuni consulenti tecnici di parte, precisamente laddove questi hanno ritenuto che S.R., affetto da disturbi della personalità, "presentasse [all'epoca dei fatti, n.d.a.] un sovvertimento radicale di tutti gli aspetti inerenti al campo relazionale ed affettivo, sui quali si andò ad innestare una problematica di tipo compulsivo al

⁶³ Sul punto si veda meglio oltre quanto riportato nel paragrafo 5.

⁶⁴ Tale individuo, artefice di molteplici reati in svariate parti d'Italia, è stato sottoposto, nel tempo, a diversi procedimenti penali. Per un maggiore ragguaglio in proposito si vedano oltre, nella giurisprudenza di legittimità, anche il caso a) Corte Suprema di Cassazione, Sez. I penale, 15.03.2007 ud., 12.04.2007 dep., n. 14664, S.R., CED 231328 ed il caso b) Corte Suprema di Cassazione, Sez. I penale, 04.04.2007 ud., 02.05.2007 dep., n. 16689, S.R.

gioco d'azzardo", e dove essi hanno affermato che egli fosse persona portatrice di un "evidente deficit del controllo degli impulsi" che si andò progressivamente a strutturare in un vero e proprio "disturbo patologico da gioco d'azzardo".

In secondo luogo, l'organo giudicante ha effettuato direttamente alcune proprie considerazioni, ritendendo che:

"Il disturbo da gioco d'azzardo patologico non è altro che il portato del disturbo di personalità di tipo istrionico, del disturbo narcisistico di personalità e del disturbo antisociale [...].

In tale ottica, le rapine, le aggressioni e gli omicidi non sono altro che una nuova ed ulteriore manifestazione della sua personalità disturbata tendente alla riaffermazione di un suo 'potere', dopo le tante 'frustrazioni' ed i vari 'fallimenti' che emergono dal suo passato [...].

Trovano credito le considerazioni [...] secondo le quali S.R. al momento dei fatti era in condizioni di intensa confusione e, soprattutto, di scompenso [...].

Basti pensare alla strana sicumera di S.R., il quale ha commesso tanti e tali fatti delittuosi in tutta Italia, lasciando continuamente tracce evidenti e significative che hanno condotto alla sua identificazione ed all'accertamento della sua responsabilità, a cominciare dal far salire le prostitute che intendeva uccidere sulla sua auto, facilmente identificabile per la targa straniera [targa della Confederazione Elvetica, n.d.a.], in luoghi dove vi erano altre persone.

Ciò dimostra definitivamente che S.R. era in preda ad una sorta di 'delirio di onnipotenza' che certamente è frutto di una personalità malata.

Tanto è confermato dal fatto che col cellulare di una vittima, subito dopo aver commesso un omicidio rimasto non certo per sua volontà allo stadio di tentativo, ha telefonato ad un 'telefono erotico'!

Tali turbe mentali hanno grandemente scemato la capacità di intendere e di volere dell'imputato senza eliminarla del tutto, in quanto proprio con le sue dichiarazioni spontanee rese [...] ha dimostrato di essere consapevole dell'antisocialità dei suoi comportamenti".

b) Tribunale di Campobasso, 19.05.2006 ud., 22.06.2006 dep., B.C. e D.G.S.

Trattasi di un caso di peculato (*ex art. 314 c.p.*) dove le due coimputate sono state ritenute responsabili dei reati ascritti ma con parametri di giudizio alquanto diversi tra loro: ad una di queste (B.C.) è stata riconosciuta la diminuzione di cui all'art. 89 c.p. in ragione del fatto che la sua capacità di intendere e di volere fosse grandemente scemata, al momento dei fatti, a causa della patologia depressiva di cui la stessa era risultata portatrice; all'altra (D.G.S.), invece, tale diminuzione non è stata applicata, anche se ella è stata considerata affetta da disturbo patologico da gioco d'azzardo.

Infatti, benché ambedue siano state sottoposte, seppure in momenti e contesti diversi, a valutazione clinico-forense, la loro posizione, sul piano strettamente sanzionatorio, è stata sostanzialmente differenziata.

B.C. è risultata essere una persona malata, con "personalità disturbata, che evidenziava una certa labilità comportamentale, in cui si era innestato, in corrispondenza dei fatti contestati, un processo di depressione", tale da "scatenare una mancanza di coscienza della realtà, scemando, così, la capacità di intendere, di autogestirsi e di autodeterminarsi".

D.G.S., invece, è stata ritenuta affetta da "un quadro clinico compatibile con una diagnosi di gioco d'azzardo patologico, rientrante, secondo i criteri nosografici vigenti, fra i disturbi del controllo degli impulsi". "Tale patologia", ha sostenuto il consulente tecnico incaricato, "era presente [...] all'epoca dei fatti [...] in misura tale da scemare grandemente la capacità di volere, pur non incidendo affatto sulla capacità di intendere".

Ebbene, su questo punto, il Tribunale così si è espresso:

"In tema di mancanza di imputabilità per infermità mentale, le anomalie che influiscono sulla capacità di intendere e di volere sono le 'malattie mentali in senso stretto', cioè le insufficienze cerebrali originarie e quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche – queste ultime – da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e non per quantità. Esula dall'infermità mentale, invece, il vasto gruppo delle cosiddette 'abnormità psichiche',

quali le nevrosi e le psicopatie, che non sono indicative di uno stato morboso e si sostanziano in anomalie del carattere non rilevanti ai fini dell'applicabilità degli articoli 88 e 89 del c.p. Esse hanno natura *transeunte*, si riferiscono alla sfera psico-intellettuale e volitiva e costituiscono la naturale portata degli stati emotivi e passionali, che, normativamente, non escludono né diminuiscono l'imputabilità (cfr. Cass., Sez. VI, 07.04.2003, n. 24614).

Ne consegue che nessun rilievo, ai fini dell'imputabilità, deve essere dato ad anomalie caratteriali o alterazioni e disarmonie della personalità che presentino i caratteri sopra indicati, nonché gli stati emotivi e passionali, salvo che questi ultimi non si inseriscano, eccezionalmente, in un quadro più ampio di infermità (cfr. Cass., Sez. Un., 25.01.2005, n. 9163).

Proprio sulla scorta di tali argomentazioni, ritenendo che il diagnosticato 'gioco d'azzardo patologico' non sia annoverabile in realtà fra le patologie in senso stretto, ma rientri piuttosto fra i c.d. disturbi della personalità, D.G.S. è stata considerata da questo Collegio pienamente capace di intendere e di volere, al momento dei fatti, oggetto del presente processo".

c) Tribunale di Bologna, 17.05.2010 ud., 25.05.2010 dep., B.G.⁶⁵

La vicenda giudiziaria riguarda un soggetto (B.G.), di professione fisioterapista, che, dopo avere rubato n. 6 assegni bancari in bianco, sottraendoli di fatto al detentore suo cliente, li ha compilati abusivamente in ogni parte e poi li ha negoziati all'interno di un Casinò. Per tali fatti l'individuo è stato ritenuto penalmente responsabile, anche se, nel computo della pena, gli è stata applicata l'attenuante di cui all'art. 89 c.p. perché ritenuto affetto da un vizio parziale di mente di origine complessa ed articolata.

Nel caso di specie il Tribunale, data la presenza in atti di aggiornata e copiosa documentazione sanitaria, ha preferito non procedere a conferimento di incarico peritale, bensì ha deciso di operare mediante valutazione diretta, libera e personale.

Si legge infatti, nel provvedimento in esame, quanto segue:

"È documentato che B.G. risulta essere stato seguito dal Dipartimento di Salute mentale dell'Azienda USL di Bologna dal 2007 per una dipendenza da gioco d'azzardo, dipendenza da alcol e da un disturbo compulsivo cleptomane, diagnosticato sulla base della criteriologia del manuale DSM-IV.

Tale diagnosi [...] «si basa sulla ricorrente incapacità del sig. B.G. di resistere all'impulso di rubare oggetti anche se non ne ha bisogno o il valore è trascurabile; il paziente prova tensione prima del furto e piacere dopo averlo commesso». Ed ancora «il sig. B.G. non appare pienamente consapevole delle sue azioni antisociali: in alcune vicende ricorda l'accaduto, ma non sa spiegare la condotta assolutamente inadeguata ad ottenere lo scopo prefisso. Appare coartato da un bisogno compulsivo, infatti si sente obbligato a compiere l'atto anche quando è evidente che non potrà andare a buon fine. In altri casi manca qualsiasi traccia mnemonica».

Di tale disturbo compare altresì traccia nella lettera dimissoria [...] del Dipartimento di Neuroscienze dell'Ospedale di [...].

Risultano altresì dalla documentazione clinica e da quella relativa agli esami strumentali problematiche di ordine cerebrovascolare.

Appare quindi evidente, risultandosi la diagnosi confermata nel tempo, che in costanza dell'attività illecita B.G. era affetto da disturbo cleptomane associato a sindrome depressiva e dipendenza da gioco d'azzardo.

La copiosa messe di dati, la stretta contiguità temporale degli stessi, la loro attualità, ed infine la natura pubblica delle certificazioni redatte che vale ad attestarne la particolare affidabilità inducono a non ricorrere al dato peritale, ben potendo le conclusioni essere tratte dallo stesso giudicante [...].

La proiezione di tali informazioni sul piano della imputabilità induce a ritenerla severamente compromessa, dovendosi ritenere che la sindrome cleptomane – in questo caso debitamente diagnosticata sulla base della più attendibile criteriologia – esprimesse una tendenza impulsiva all'azione predatoria su base organica tale da escludere o scemare grandemente la

⁶⁵ Nel caso di specie, il giudice precedente ha posto l'accento principalmente sul problema della "Cleptomania", più che su quello della ludopatia.

capacità di intendere o di volere [...]. Si verte infatti al cospetto di una patologia che, come ben chiarito nelle relazioni del servizio pubblico, appare di tale consistenza e gravità da determinare in concreto una situazione psichica incolpevolmente incontrollabile da parte del soggetto che, di conseguenza, non può gestire le proprie azioni e non ne percepisce il disvalore. Il giudizio clinico della struttura pubblica è formulato in termini di non piena consapevolezza dell'antisocialità delle azioni, ciò che induce a qualificare il vizio di mente di B.G. come parziale, residuando una capacità di giudizio critico”.

d) Corte di Assise di Appello di Bologna, Sez. I, 09.02.2011 ud., 28.02.2011 dep., Z.Y.

Il caso in esame riguarda Z.Y., soggetto condannato a pena detentiva e a misura di sicurezza, perché ritenuto responsabile di una molteplicità di reati, connessi tra loro dal vincolo della continuazione, tra cui un omicidio aggravato, una rapina aggravata, alcune violazioni della legge sulle armi e della disciplina sulle sostanze stupefacenti. Dopo alcune valutazioni peritali, effettuate nei due diversi gradi di giudizio, la Corte di Assise di Appello di Bologna ha deciso di riformare in parte la sentenza di primo grado, riconoscendo ed applicando l'attenuante di cui all'art. 89 c.p. che inizialmente era stata esclusa.

L'imputabilità di Z.Y. è stata considerata ridotta in quanto egli è risultato affetto da una grave ed articolata sindrome psicopatologica avente valore di malattia, caratterizzata da comportamenti impulsivi, schizoidi e antisociali, dove il gioco o l'abuso di sostanze psicotrope sono stati ritenuti tra i sintomi del funzionamento psicopatologico del soggetto.

A tal proposito la Corte ha rilevato che:

“Il Collegio peritale, attraverso un'indagine accurata ed approfondita, i cui risultati sono pienamente condivisibili, ha rappresentato che Z.Y. soffre di un grave disturbo di personalità, propendendo non già per una minimale diagnosi di disturbo *borderline*, bensì per un disturbo *cluster* di tipo A con prevalenza della componente schizoide [...].

I periti hanno rilevato che il quadro sintomatico è desumibile dalla storia personale, dall'anamnesi e dai dati del colloquio clinico [...] ed hanno opportunamente rappresentato che la diagnosi [da loro effettuata, n.d.a.] è simile a quella formulata sia dal perito d'ufficio sia dai consulenti di parte che operarono nel corso del giudizio di primo grado [...].

La conclusione del Collegio peritale è stata quindi nel senso di affermare che Z.Y., in quanto affetto da un grave quadro psicopatologico avente carattere di malattia e [...] da un disturbo ossessivo-compulsivo in una personalità patologica, caratterizzata da tratti schizoidi e paranoidei con tendenza a passaggi all'atto mediante modalità esplosive (tipo *borderline*), fosse in condizioni tali da scemare grandemente le sue capacità di intendere e di volere *ex art. 89 c.p.* e che il perdurare allo stato attuale della condizione medica di cui sopra e la sua possibile correlazione con i comportamenti attribuiti al periziando [...] sia da considerare indice [...] di pericolosità sociale”.

e) Corte di Appello di Milano, Sez. III penale, 08.10.2012 ud., 22.10.2012 dep., D.A.

Con sentenza emessa in data 30.01.2012 il Tribunale di Varese, a seguito di giudizio abbreviato, ha ritenuto responsabile e perciò ha condannato D.A. per il reato di furto aggravato perché, in concorso con altra persona, “agendo con violenza sulle cose – aveva forzato con un cacciavite le chiusure del macchinario, un video poker – si era impossessato indebitamente di diverse migliaia di euro”. L'attribuzione di responsabilità si è fondata, tra le altre cose, sulle dichiarazioni rilasciate dallo stesso soggetto il quale, presso i locali della Questura, aveva ammesso di “aver sottratto le monete con le modalità sopradescritte, e di averlo fatto perché adirato, a seguito di una cospicua perdita di denaro” al gioco delle “macchinette”.

In sede di impugnazione, egli ha invocato a proprio discarico “lo stato di alterazione mentale al momento del fatto, dovuto ad una forma di dipendenza patologica da gioco d'azzardo”, ma tale motivo è stato respinto dall'organo di secondo grado, in quanto inidoneo a giustificare la riforma del provvedimento emesso.

In particolare, si legge in sentenza:

“La questione inerente allo stato di imputabilità è stata già esaminata dal Giudice di primo grado, con considerazioni condivisibili, incentrate sull'impossibilità di considerare la dedotta anomalia caratteriale di D.A., che secondo la prospettazione difensiva sarebbe vittima di una grave dipendenza da gioco d'azzardo, una patologia psico-fisica rilevante e idonea a influire sulla capacità di intendere e volere del soggetto. In proposito [...] può evocarsi il principio – ben calzante alla fattispecie in esame – secondo cui «in tema di imputabilità, la malattia di mente rilevante per la sua esclusione o riduzione è solo quella medico-legale, dipendente da uno stato patologico serio che comporti una degenerazione della sfera intellettiva o volitiva dell'agente. Ne consegue che la capacità di intendere e di volere è esclusa dal fatto che il soggetto sia affetto [...] da infermità mentale in senso patologico, [...] e non solo da anomalie psichiche o da disturbi della personalità» (Cass. 25.03.2004, n. 16940). A quest'ultima categoria può ricondursi, invero, la tendenza compulsiva dell'imputato al gioco, e le eventuali reazioni dalla medesima scatenate (nella specie, particolare stato di collera in conseguenza della perdita economica subita), non potendosi peraltro trascurare che la sottrazione di denaro, in concorso con altro soggetto non identificato, non denota certamente una compromessa capacità cognitiva, ma anzi una ben presente – nonché condivisa – volontà di asportare e impossessarsi delle monete contenute nel macchinario (video poker)”.

4.2.

La giurisprudenza di legittimità.

Passiamo ora alla disamina delle pronunce della Corte di Cassazione, adottando sempre il criterio cronologico e la metodologia espositiva sopra impiegata.

a) Corte Suprema di Cassazione, Sez. I penale, 15.03.2007 ud., 12.04.2007 dep., n. 14664, S.R., CED 231328⁶⁶

Il 07.06.2006 la Corte di Assise di Appello di Torino, in parziale riforma della sentenza emessa dal GUP presso il Tribunale di Aosta in data 18.04.2005, ha condannato S.R. ad alcuni anni di reclusione perché lo ha ritenuto responsabile della commissione dei reati di rapina, tentata rapina, violazione della legge sulle armi e ricettazione. In modo particolare, la Corte di Assise d'Appello, richiamando la diagnosi espressa dal perito circa la sussistenza in capo a S.R. di “disturbi della personalità (narcisistico e antisociale) [...] e di criteri sintomatici del disturbo da gioco d'azzardo patologico”, ha considerato non possibile riscontrare in tali problematiche “i connotati della consistenza, della gravità e dell'intensità del disturbo, idonei ad incidere concretamente – alla stregua dell'insegnamento della sentenza della Corte a S.U. n. 9163/05 – sulla capacità di intendere e di volere del soggetto stesso, avendo l'imputato sempre mantenuto intatti il giudizio critico, l'aderenza alla realtà, la coscienza del significato delle proprie azioni, le facoltà di attenzione e di concentrazione nelle elaborazioni intellettive, e non essendosi mai verificati [in lui, n.d.a.] scompensi o situazioni di assetto psichico incontrollabile ed ingestibile”.

Avverso tale sentenza il difensore del condannato ha proposto ricorso per Cassazione, ma i motivi di impugnazione sono stati tutti rigettati. Nel dettaglio, per quel che attiene al tema di nostro interesse, si riporta quanto segue:

“Con il secondo motivo il ricorrente ha quindi prospettato violazione ed erronea applicazione di legge con riguardo alla non ravvisata seminfermità mentale, nonostante il riconoscimento dei numerosi disturbi della personalità di cui era affetto l'imputato e le lucide conclusioni scientifiche rassegnate dal consulente di parte, conclusioni delle quali non si era in sentenza tenuto alcun conto. Il motivo si fonda soltanto sulla pretesa totale omissione valutativa delle decisive considerazioni del consulente [...], omissione che avrebbe portato i Giudici a discostarsi senza ragione dalle opportunità valutative offerte dalla pur richiamata decisione

⁶⁶ V. *supra* quanto specificato nella nota n. 64.

n. 9163/05 delle Sezioni Unite.

La censura appare totalmente inconsistente solo che si rammenti che, nell'ambito di una attenta valutazione del motivo di appello afferente la imputabilità di S.R., valutazione articolata alle pagine da 64 a 80 della sentenza, non è affatto mancata la esposizione analitica e la valutazione critica comparativa degli apporti scientifici forniti, anche nei procedimenti diversi, dai periti di ufficio e di parte [...].

Di tali valutazioni la sentenza ha preso atto, ma da esse la valutazione finale si è motivatamente discostata, essendo la Corte di merito pervenuta all'approdo finale dell'affermazione per la quale i disturbi a carico di S.R. non cagionavano un assetto psichico incontrollabile e ingestibile. E di qui la inidoneità della scarna ed inconsistente censura a revocare in dubbio la coerenza e completezza del percorso argomentativo seguito dalla pronunzia".

b) Corte Suprema di Cassazione, Sez. I penale, 04.04.2007 ud., 02.05.2007 dep., n. 16689, S.R.⁶⁷

Il caso in esame riguarda il medesimo soggetto della vicenda precedente, ma concerne una situazione diversa e a sé stante, anche se per certi versi correlata ad altri procedimenti giudiziari a carico dello stesso autore di reati.

Con sentenza del 19.04.2006, la Corte di Assise di Appello di Bologna ha confermato la condanna inflitta in data 11.05.2005, da parte del GUP presso il Tribunale di Ravenna, nei confronti di S.R. per essersi reso responsabile dei seguenti delitti: omicidio, occultamento di cadavere, ricettazione, tentata rapina, detenzione e porto illegale di arma clandestina.

Nel dettaglio, si legge in atti, il soggetto è stato condannato a trent'anni di reclusione perché, tra le altre cose, dopo aver condotto la vittima (una prostituta) in una zona appartata, l'aveva colpita mortalmente alla nuca con un proiettile e l'aveva abbandonata, del tutto esanime, in un luogo nascosto.

Per analoghi fatti commessi in tempi ravvicinati S.R. (che spontaneamente aveva riferito all'Autorità giudiziaria di aver compiuto altre sette aggressioni a giovani donne) era stato condannato il 18.04.2005 dal GUP presso il Tribunale di Aosta e sottoposto a provvedimento di fermo su disposizione del P.M. della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Venezia. Egli era risultato essere – si legge in quest'ultimo provvedimento – un individuo alquanto "dedito alla vita girovaga e al gioco d'azzardo".

In particolare S.R., nell'ambito delle numerose vicende giudiziarie che lo avevano visto imputato, era stato sottoposto molteplici volte a valutazioni peritali di stampo clinico-forense, ottenendo però, da parte dei differenti organi giudicanti coinvolti, riconoscimenti tra loro diversi. Ad esempio, nel corso dell'espletamento dei processi penali presso i Tribunali di Aosta e di Ravenna era emersa chiaramente la non sussistenza in capo al soggetto di una vera e propria patologia psichiatrica, ma la presenza di "disturbi della personalità non incidenti sulla sua capacità di giudizio" (disturbi rilevati a seguito dell'analisi della documentazione clinica attinente al ricovero di S.R. presso una clinica svizzera, ove egli si era recato per superare la smodata passione per il gioco, e dalle perizie psichiatriche via via eseguite). Di diverso avviso, invece, era stato il GUP presso il Tribunale di Venezia che con sentenza del 19.05.2005, dopo aver acquisito le valutazioni tecniche di cui sopra, aveva ritenuto sussistente in S.R. "un vizio parziale di mente in ragione dei disturbi della personalità interagenti, in particolare quello compulsivo al gioco d'azzardo"⁶⁸.

In sostanza, il mancato riconoscimento della seminfermità da parte del GUP presso il Tribunale di Ravenna è stato proprio uno dei motivi d'appello per il caso attualmente descritto, che ha dato poi luogo anche al ricorso per Cassazione.

La Corte di Assise di Appello di Bologna, infatti, ha disatteso le argomentazioni del difensore, osservando che "nella vicenda in esame, non era ravvisabile l'ipotizzata coartazione comportamentale", non essendosi l'imputato, come in altra occasione, recato immediatamente dopo il delitto a giocare d'azzardo; egli, invece, era riuscito a mantenere una condotta sostanzialmente coerente e lucida, occultando di fatto il cadavere e prendendo rapidamente

⁶⁷ V. *supra* quanto specificato nella nota n. 64.

⁶⁸ V. *supra*, nella giurisprudenza di merito, il caso a) Tribunale di Venezia, 19.05.2005 ud., 04.07.2005 dep., S.R.

le distanze dal luogo dell'omicidio. La Corte territoriale ha dedotto inoltre, dal complessivo comportamento del soggetto, connotato da richieste di denaro ai genitori, insolvenze fraudolente, spostamenti continui, rapine a prostitute ed azioni violente in caso di resistenza delle vittime, che S.R. non uccidesse “per giocare”, ma che “egli si procurava denaro con qualsiasi mezzo anche criminoso per impiegarlo – in conformità allo stile di vita prescelto, alieno da impegni lavorativi e modesti guadagni – anche giocando d'azzardo, nell'illusione di qualche colpo di fortuna che risolvesse ogni suo problema esistenziale”. Il Collegio, quindi, ha escluso l'esistenza di un nesso di causalità tra i reati commessi e l'impulso al gioco, affermando che egli “non aveva ucciso ogni volta che aveva deciso di giocare e non aveva giocato solo dopo la commissione di omicidi”. In sostanza, ha affermato che S.R. era solito ottenere denaro con vari espedienti, per lo più illeciti, ma anche che egli era passato alla soppressione delle vittime solo quando doveva garantirsi la sicurezza e l'impunità di fronte ad una loro reazione. Per tali ragioni, l'organo giudicante di secondo grado ha ritenuto che “i disturbi della personalità di tipo narcisistico ed istrionico e la patologica inclinazione al gioco non raggiungevano una consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, né esisteva un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto della quale questa potesse ritenersi da essi causalmente determinata”.

La Suprema Corte di Cassazione, nel dichiarare inammissibile il ricorso presentato, ha precisato che:

“Il giudizio sul vizio parziale, relativamente ai reati per cui si è proceduto in Venezia, non vincola ad analoga decisione per i fatti di Ravenna, dovendosi l'imputabilità valutare nel (diverso) momento in cui questi ultimi furono commessi; a questo fine, le risultanze dei processi celebrati in altre sedi valgono soltanto come elementi sintomatici delle caratteristiche della personalità del soggetto. Pertanto [...] la motivazione della sentenza impugnata [...] muove dal rilievo che i delitti in questione non hanno carattere ‘seriale’, ma occasionale: fra i censurabili espedienti adottati dall'imputato per procurarsi i mezzi necessari a condurre una vita estranea ad ogni considerazione di solidarietà sociale e intesa unicamente alla ricerca di gratificazioni personali (fra cui la possibilità di giocare d'azzardo) era compresa la rapina a mano armata nei confronti di prostitute, soggetti in minorate condizioni di difesa per le modalità di esercizio della loro attività e la connaturata riluttanza a ricorrere alle forze dell'ordine; qualora si fossero verificate resistenze o eventualità imprevedute, tali da impedire il buon esito dell'impresa criminosa o pregiudicare l'impunità, l'eliminazione della vittima, alla stregua delle assodate e ripetitive condotte in più sedi giudicate, era prevista e scontata.

È quindi escluso ragionevolmente un nesso diretto tra l'omicidio e la propensione al gioco; lo stesso ricorrente indica un solo caso – e non è quello qui giudicato – in cui all'uccisione della vittima aveva fatto seguito l'ingresso in una casa da gioco, onde il criterio di regolarità causale non avvalorava l'argomento *'post hoc, ergo propter hoc'* su cui si fonda la tesi prospettata con il ricorso.

D'altra parte, pur riferendosi a plurimi e interagenti disturbi della personalità, la difesa considera proprio la tendenza al gioco come la manifestazione che tutti li esprime e che sarebbe causa immediata delle azioni criminose, sicché, escluso il rapporto eziologico, viene a cadere l'intera argomentazione. Al proposito va ricordato che, secondo il consolidato orientamento di questa Corte (Cass., Sez. Un., 25.01.2005, n. 9163, Raso, CED 230317), ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente anche i ‘disturbi della personalità’, non sempre inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto normativo di ‘infermità’, purché siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto della quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale; la mancanza di quest'ultima condizione, ragionevolmente esclusa dal giudice *a quo* senza puntuale replica del ricorrente, esclude dunque il fondamento di gravame, che va conseguentemente dichiarato inammissibile”.

c) Corte Suprema di Cassazione, Sez. IV penale, 21.10.2008 ud., 03.02.2009 dep., n. 4658, A.F.

La Corte di Appello di Catania, in data 28.06.2007, ha confermato la sentenza del 18.03.2002 con la quale il Tribunale di Giarre aveva condannato A.F. perché, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, mediante effrazione con un cacciavite della catena posta a salvaguardia dell'armadietto personale di C.R. (soggetto degente con il condannato presso un centro terapeutico), si era impossessato, in due diverse circostanze, di 300 euro complessive che la vittima custodiva all'interno di una giacca riposta nel predetto armadietto.

Avverso detta sentenza, il difensore di A.F. ha proposto ricorso per Cassazione sulla base di diversi ordini di motivi, tra cui: l'errata interpretazione ed applicazione del concetto di infermità di mente da parte della Corte di merito, poiché essa ha escluso che la patologia di cui era affetto A.F. potesse rientrare nella categoria dell'infermità e rilevare ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p.; l'illogicità e contraddittorietà motivazionale rispetto al mancato riconoscimento del nesso di causa tra infermità mentale e condotta illecita commessa.

La Suprema Corte, con ampia trattazione, ha rigettato punto per punto le doglianze presentate, specialmente sulle questioni di cui si è detto. Nel dettaglio, essa ha inteso osservare quanto segue:

“Considerato che l'imputabilità è la capacità di rendersi conto del valore delle proprie azioni e di autodeterminarsi in relazione ai normali impulsi che ne motivano l'azione, afferma la difesa che A.F. ha un grave disturbo del comportamento che attiene ad una personalità disarmonica, dipendente e coartata da una condizione volizionale assente in cui la capacità di gestire il controllo comportamentale in alcuni casi è mancante, come nel caso del furto (Cleptomania), determinato dalla incapacità di controllo che incide notevolmente sulla sua capacità di volere compiere l'atto criminoso.

Evidenzia, altresì, come, dalle certificazioni sanitarie, risulta che A.F. è affetto da «disturbo *borderline* di personalità con impulso al gioco d'azzardo» e da «disturbo di personalità con predominio di manifestazioni antisociali, pregresso abuso di sostanze stupefacenti», con conseguente grave alterazione della capacità di volere dell'imputato. Ciò, secondo il ricorrente, avrebbe dovuto indurre il Collegio a ritenere che l'imputato si trovasse in uno stato mentale tale da escludere o grandemente scemare la capacità di intendere e di volere del soggetto agente.

Invero, l'impugnata pronuncia è immune dai vizi dedotti. Essa, infatti, si uniforma alle enunciazioni di principio espresse in materia dalla giurisprudenza di questa Suprema Corte e, in particolare, da quella espressa dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 9163 del 25.01.2005. Secondo tale giurisprudenza non interessa che le condizioni del soggetto siano sussumibili in una delle classiche malattie, ma rileva che il disturbo della sfera psichica sia in concreto idoneo a compromettere le capacità di intendere e di volere. Le anomalie della personalità possono avere attitudine ad influire sull'imputabilità. Tali disturbi possono acquisire rilevanza solo ove siano di consistenza, intensità, gravità, tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere e di volere. Tra il disturbo mentale ed il reato deve sussistere un nesso eziologico per cui la condotta criminosa deve trovare la propria motivazione nella psicopatologia dell'imputato (cfr. Cass., Sez. IV, 13.07.2007, n. 36190, CED 23777).

La Corte di Appello, con motivazione analitica, coerente ed immune da vizi logici, fondandosi sulle certificazioni in atti, individua in A.F. un «Disturbo di personalità» che non è tale da incidere sulla sua capacità di intendere e di volere, tenuto altresì conto che, all'epoca dei fatti per cui è causa, il ricorrente risultava ricoverato presso un centro terapeutico e, quindi, era sottoposto a programma riabilitativo e curativo per «Disturbo *borderline* di personalità con impulso al gioco d'azzardo» già dal 04.12.2000, data del suo ingresso presso la struttura [...].

Detto giudice ha fatto, pertanto, buon governo dei principi enunciati dalle Sezioni Unite nella citata sentenza n. 9163/2005 avendo ritenuto che, pur riconoscendo che i «disturbi della personalità» possono in astratto rientrare nel concetto di infermità *ex* artt. 88 e 89 c.p., ha in concreto considerato che il disturbo riscontrato in A.F. non fosse di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla sua capacità di intendere e di volere, escludendola o scemandola gravemente e che non sussistesse un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa per effetto del quale il fatto di reato potesse essere ritenuto causalmente determi-

nato dal disturbo mentale. Ciò in armonia con la già richiamata sentenza delle Sezioni Unite, secondo cui, come pure si è accennato, il disturbo di personalità, per rilevare nell'ottica di cui si discute, deve avere rilevanza eziologica, deve cioè influire concretamente sullo specifico processo motivazionale e deliberativo che conduce alla commissione del reato.

Né, sul punto, è dato rilevare, contrariamente a quanto ritenuto dal ricorrente nel terzo motivo, alcuna illogicità e contraddittorietà della motivazione; l'aver considerato A.F. pienamente capace in ordine ai furti effettuati, nel marzo 2001, ai danni di C.R. non si pone in contrasto logico con una precedente assoluzione, per infermità di mente dello stesso, relativa ad un diverso episodio di furto [...]. Corretto, logico ed adeguato appare sul punto l'*iter* argomentativo sviluppato dalla Corte di Appello che ha evidenziato l'insussistenza di incompatibilità logico giuridica tra due sentenze emesse nei confronti dello stesso imputato per fatti diversi, commessi in tempi diversi, delle quali l'una (relativa ad un reato commesso in epoca anteriore al ricovero presso il centro terapeutico [...]) lo ritenga incapace di intendere e di volere e l'altra, invece (come quella gravata dal presente ricorso e relativa al furto commesso successivamente al ricovero e alla sottoposizione alle relative cure), capace”.

d) Corte Suprema di Cassazione, Sez. III penale, 20.04.2011 ud., 20.05.2011 dep., n. 19984, C.A.

Il caso di specie riguarda C.A., cancelliere in servizio presso il Tribunale di Lagonegro, che con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, dopo aver attestato falsamente nell'apposito registro l'avvenuta consegna agli uffici competenti di diversi corpi di reato, si era impossessato indebitamente di numerosi di questi oggetti (armi, munizioni e sostanze stupefacenti), cedendo a terzi taluni di loro.

Per tali fatti la Corte di Appello di Potenza, in data 10.12.2009, ha condannato in via definitiva C.A., confermando in pieno la sentenza di primo grado del 19.11.2008, ritenendo di fatto il soggetto pienamente responsabile delle proprie azioni. La Corte, infatti, ha rigettato il motivo di gravame, considerando di non dovere prosciogliere l'interessato, per incapacità di volere, dai reati a lui ascritti.

Avverso tale decisione, il difensore dell'imputato ha proposto ricorso per Cassazione, perché il Tribunale prima e la Corte di Appello poi non hanno mai ammesso, nel corso dei vari gradi di giudizio, lo svolgimento di una perizia psichiatrica sul soggetto, nonostante una consulenza tecnica di parte attestasse la sussistenza, in C.A., “di una patologia inquadrabile sotto un duplice profilo diagnostico costituito da polidipendenza da G.A.P. (Gioco d'azzardo patologico) e cocaina e da Disturbo schizoide della personalità”.

In questo caso, la Cassazione ha ritenuto manifestamente infondato il ricorso per diversi motivi, tra cui:

“La ritenuta superfluità della indagine richiesta in relazione alle risultanze della stessa consulenza medica prodotta dalla difesa dell'imputato.

La stessa sentenza delle Sezioni Unite citata dal ricorrente (Cass., Sez. Un., 25.01.2005, n. 9163, Raso, CED 230317) attribuisce rilevanza ai disturbi della personalità, quale fattore che può incidere sulla capacità di intendere e di volere, sempre che vi sia un rapporto di causalità tra il disturbo della personalità ed il reato.

Orbene, la sentenza di appello ha escluso proprio l'esistenza di tale nesso eziologico con motivazione assolutamente esaustiva.

La sentenza, infatti, dopo avere in primo luogo rilevato che il disturbo schizoide descritto nella consulenza non rientra in alcuno dei disturbi della personalità codificati dal cosiddetto Manuale diagnostico statistico dei disturbi mentali (DSM-IV), ha rilevato che, in ogni caso, la dipendenza dell'imputato dal gioco d'azzardo può avere costituito l'occasione per la commissione dei reati, per far fronte alla sua ampia esposizione per debiti di gioco, ma non rappresenta la causa degli stessi.

Eguale per la dipendenza dell'imputato dall'uso di sostanze stupefacenti si è osservato che non sussiste un nesso causale tra la stessa e la cessione a terzi delle predette sostanze e tanto meno con i reati riguardanti l'appropriazione di armi”.

e) Corte Suprema di Cassazione, Sez. II penale, 22.05.2012 ud., 20.06.2012 dep., n. 24535, B.D., CED 253079

Avverso la sentenza di condanna per rapina della Corte di Appello di Trento del 10.02.2011, che ha parzialmente riformato la decisione di primo grado del 18.09.2009, B.D., per mezzo del proprio difensore di fiducia, ha proposto formale ricorso per Cassazione in ordine al mancato riconoscimento della diminuzione del vizio parziale di mente in quanto – come documentato tramite una consulenza di parte – egli era risultato affetto, all'epoca dei fatti, da patologica dipendenza da gioco d'azzardo.

La Suprema Corte, con succinta argomentazione, ha rigettato il ricorso in punto di diritto, ritenendolo infondato per le seguenti ragioni:

“Non si può disconoscere che i «disturbi della personalità», tra i quali rientra anche il disturbo *borderline* di personalità riferibile all'incontenibile impulso al gioco d'azzardo, possano in astratto rientrare nel concetto di infermità *ex artt. 88 e 89 c.p.* (vedi, in generale, Cass., Sez. Un., 9163/2005), ma occorre comunque valutare caso per caso se il disturbo, oltre ad essere di consistenza, intensità e gravità tali da incidere effettivamente sulla capacità di intendere e di volere del reo, escludendola o scemandola gravemente, sia in concreto collegato da un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa [...].

Ebbene, indipendentemente da qualche poco felice o 'incompiuta' espressione contenuta nella sentenza impugnata, i giudici di appello sottolineano però efficacemente che l'incontestato movente della rapina era consistito nella necessità del ricorrente di procurarsi il denaro necessario per far fronte alla sua disastrosa condizione economica debitoria, provocata dalle perdite al gioco. Il vizio del gioco costituiva quindi, nella specie, solo l'antefatto del crimine, commesso non in vista di un'immediata occasione di necessario approvvigionamento finanziario, ma per rimediare agli effetti economici devastanti già prodotti dal vizio. E in quest'ordine di considerazioni si colloca, in definitiva, l'affermazione della Corte di merito secondo cui la condotta criminosa del ricorrente si caratterizza per connotati di lucidità e professionalità incompatibili con la spiegazione patologica del movente. Una volta escluso il necessario nesso di causalità, nei termini indicati, tra la condotta di reato e il disturbo della personalità asseritamente legato al vizio del gioco, non occorre poi indugiare sugli aspetti propriamente clinici della questione, quali sono quelli evidenziati nella consulenza di parte allegata al ricorso, essendo peraltro corrispondente ad una inammissibile e manifesta forzatura l'attribuzione alle deviate pulsioni ludiche del ricorrente del suo coinvolgimento in un episodio delittuoso di cui è assolutamente intuitivo il grave disvalore sociale, ed altrettanto intuitiva l'esclusione della dimensione del 'gioco', tanto più in relazione alle modalità della rapina, commessa in concorso con altri soggetti, con l'uso di armi da fuoco, con l'immobilizzazione fisica delle vittime e con inutili e pesanti brutalità ai loro danni”.

f) Corte Suprema di Cassazione, Sez. VI penale, 04.02.2014 ud., 04.06.2014 dep., n. 23353, M.G.

In data 03.11.2011 la Corte di Appello di Cagliari ha confermato la decisione assunta in data 06.07.2010, in esito a giudizio abbreviato, dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Oristano, con la quale M.G. è stato dichiarato colpevole del delitto continuato di peculato a norma dell'art. 314 c.p.

Nella sostanza il condannato, reo confesso dei fatti a lui ascritti, in un periodo compreso tra il maggio 2001 ed il febbraio 2008, si era appropriato, quale tutore incaricato dal Sindaco del Comune di Zerfaliu – ente presso il quale era assunto come dipendente – di diverse somme di denaro (complessivamente circa 71.000 euro) appartenenti ad alcune persone interdette: ogni singolo importo, in realtà, era destinato al pagamento della retta dell'Istituto di accoglienza ove le persone erano state collocate.

Avverso detta sentenza, l'interessato ha proposto formale ricorso per Cassazione, adducendo, tra i motivi, il fatto di aver prodotto, in sede di giudizio di merito, una certificazione relativa ad “una dipendenza da *gambling* ed episodio depressivo maggiore”; che tale “patologia avrebbe effetti invalidanti”; che dalla stessa malattia “sarebbe dipesa la compulsiva necessità di

procurarsi denaro”.

La Suprema Corte di Cassazione, nel rigettare il ricorso presentato perché palesemente privo di fondamento, ha motivato, per quel che attiene al tema di nostro interesse, nell'evidenziare la totale mancanza di nesso eziologico tra il disturbo mentale dichiarato e le molteplici condotte illecite messe in atto dal soggetto, in più occasioni, nell'arco di un settennio. Precisamente, la Corte di legittimità si è espressa nel seguente modo:

“Il ricorrente ha sostanzialmente replicato i motivi di appello sul punto, senza neppure specificare se aveva fatto questione di imputabilità [...]. Già nella sentenza impugnata si rilevava come, pur allegando documentazione inerente alla patologia indicata, la difesa non avesse compiuto alcuna richiesta specifica e che [...] certamente non avrebbe potuto esigersi un approfondimento in proposito, discutendosi nella specie di condotte metodicamente reiterate per anni ed anni”.

5.

Alcune note conclusive di matrice criminologica.

Giunti al termine della presente disamina è opportuno effettuare alcune brevi note conclusive. Queste, più che meramente speculative, vogliono essere anche pragmatiche e di stampo criminologico, ossia fondate sull'osservazione 'epidemiologica' soprariportata e sulla realtà giurisprudenziale rilevata⁶⁹. L'intento di tali note, pertanto, non è solo quello di rendere concluso il discorso del presente lavoro ma è anche quello di cercare di fornire, attraverso alcune deduzioni, un contributo utile in materia ed uno spunto di partenza per l'effettuazione di ulteriori indagini, approfondimenti conoscitivi e raffronti empirici sull'argomento. D'altra parte, il tema qui analizzato si presta particolarmente a tali fini, perché si pone, per certi versi, nel 'mezzo', ovvero in uno spazio dove le differenti prospettive di studio dei comportamenti umani sono solite incontrarsi e dove i diversi concetti di patologia, devianza ed illegalità vengono tra loro ad intersecarsi, destando così l'interesse di molteplici discipline, tra cui appunto la criminologia e il diritto penale⁷⁰.

Per tali ragioni, all'inizio del presente lavoro abbiamo considerato come il gioco d'azzardo muti il suo significato in funzione della lente ottica di osservazione e come esso susciti nello Stato (re)azioni ambivalenti ed atteggiamenti alquanto ambigui. Infatti, giocare d'azzardo è oggi, nel nostro Paese, al contempo contrastato e incentivato, limitato e promosso, demonizzato ed esaltato. Di certo, esso è un fenomeno sociale in forte espansione, che coinvolge un numero crescente di persone e che, non poche volte, comporta pesanti riverberi sul piano del vivere sociale⁷¹.

Sicuramente, abbiamo visto, giocare d'azzardo non è in sé un male, ma è un'azione umana

⁶⁹ La criminologia infatti, quale scienza empirica ed interdisciplinare, dialoga e fornisce alle altre discipline, tra cui il diritto penale, una rappresentazione sistemica, poliedrica e trasversale del tema trattato. Essa non deve essere eccessivamente settoriale e meramente speculativa, ma deve fornire uno 'sguardo' sull'evoluzione complessiva della realtà, delle condotte e dei fenomeni; deve essere, in taluni casi, 'banco di prova' dell'applicazione del diritto. Al riguardo, per una maggiore trattazione di questi aspetti, si vedano tra molti MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale* (1974), in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 45 ss.; PONTI G., *op. cit.*, 1999; FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000; BANDINI T., GATTI U., GUALCO B., MALFATTI D., MARUGO M., VERDE A., *Criminologia: il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Volume I, Milano, 2003.

⁷⁰ Il tema trattato non è l'unico, ovviamente, che si presta a tale tipo di analisi. Tra gli altri comportamenti umani che si collocano al centro di molteplici prospettive di studio vi sono, ad esempio, quelli inerenti alla sfera sessuale. Tali condotte, infatti, oltre che rappresentare ormai da tempo una sorta di terreno fertile sul quale effettuare esami di varia natura e svolgere indagini di tipo multidisciplinare, costituiscono di fatto un settore di analisi delicato, intricato e alquanto variabile a seconda dei parametri concettuali di volta in volta assunti e degli interessi sociali perseguiti. A titolo meramente esemplificativo, per comprendere meglio quanto appena accennato, si pensi alle difficoltà, talvolta riscontrate in ricerca, di definire i confini 'certi' dei comportamenti sessuali studiati, poiché essi variano a seconda dei criteri di selezione impiegati (criterio clinico, sociologico o giuridico). Per intenderci, il travestitismo o l'omosessualità, clinicamente considerati espressione di una 'perversione' sessuale, non sono necessariamente coincidenti a condotte che, in una data società e in un determinato momento storico, sono ritenute essere comportamenti devianti o addirittura delittuosi; inoltre, taluni delitti sessuali, per quanto aberranti e perniciosi, non sono per forza di cose manifestazione di deviazioni cliniche della sfera sessuale. Per un maggiore approfondimento sul punto, si veda PONTI G., *op. cit.*, 1999, p. 477 ss.

⁷¹ Secondo Peppino Ortoleva, il gioco è sempre più, sia concretamente sia simbolicamente, la "chiave di volta del vivere comune": esso sta diventando, per l'uomo moderno (*homo ludicus*), uno "stile diffuso ed un modo di affrontare l'esistenza", tanto da essere ormai un tema ricorrente e per certi versi pervasivo della quotidianità esperienziale. Il rischio, osserva l'Autore, è quello di giungere, nel prossimo futuro, al c.d. 'mondo nuovo' professato da Aldous Huxley, dove tutto è caratterizzato da una "forma estrema di edonismo" e dove "il solo scopo del vivere sono le gratificazioni immediate". Così ORTOLEVA P., *Dal sesso al gioco. Un'ossessione per il XXI secolo?*, Torino, 2012, p. 14 ss.

che potenzialmente può favorire, in talune circostanze e alla presenza di alcune condizioni di vulnerabilità personale, l'assunzione di stili di vita disfunzionali oppure l'adozione ripetuta di comportamenti che possono divenire problematici se non addirittura patologici per l'individuo⁷².

In modo particolare, nel presente lavoro, si è avuto modo di evidenziare come una persona affetta da ludopatia sia un soggetto a rischio, generatore di 'costi' individuali e sociali su più livelli (economico, finanziario, socio-sanitario e giudiziario); inoltre, si è avuto modo di rilevare come siano alte le probabilità, per i giocatori d'azzardo patologici, di sconfinare nel 'mondo' dell'illegalità e, quindi, di mettere in atto anche condotte antigiuridiche, colpevoli e punibili per le quali essi sono chiamati a rispondere, sul piano della responsabilità individuale, dei reati commessi.

Frequentemente tali soggetti, per i quali si è visto a livello empirico che sussiste in percentuale un maggiore coinvolgimento in attività illecite⁷³, si trovano a fare i 'conti' con il sistema della giustizia penale, venendo alla lunga – visti gli alti tassi di recidiva comportamentale – di fatto incarcerati⁷⁴. Salvo che nei casi di commissione di alcuni reati particolarmente gravi, essi ricorrono di sovente, anche su parere dei propri consulenti legali, ai procedimenti speciali previsti e disciplinati dal Libro VI del nostro codice di procedura penale, tra cui l'applicazione della pena su richiesta delle parti (*ex artt. 444 ss. c.p.p.*) ed il giudizio abbreviato (*ex artt. 438 ss. c.p.p.*). Tale scelta processuale, oltre ai naturali benefici di legge, evita ai giocatori d'azzardo patologici autori di reato il rischio di incorrere in sanzioni penali più alte, di vedersi eventualmente applicare pene accessorie e/o misure di sicurezza o, ancora, di doversi esporre al 'pericolo' di dovere prendere contatti con i Servizi socio-sanitari⁷⁵ o di dovere effettuare poi, in sede di esecuzione penale, specifici programmi trattamentali⁷⁶.

Di conseguenza, i provvedimenti decisionali a loro carico sono tendenzialmente di primo grado, piuttosto essenziali nella parte motiva, raramente incentrati sul disturbo da gioco d'azzardo – che di fatto non viene nemmeno rilevato –, quasi mai impugnati dalle parti presso le Corti superiori: essi rimangono sostanzialmente 'inediti' e, quindi, di fatto sconosciuti e di difficile reperibilità⁷⁷.

Eppure, come abbiamo visto, i soggetti affetti da tale malattia sono sempre maggiori di numero, le problematiche ad essa connesse – tra cui quelle giudiziarie – sono aumentate nel corso degli anni e la ludopatia, che di recente è anche divenuta oggetto di specifica tutela

⁷² Giova ricordare, a tal proposito, che il gioco d'azzardo – comportamento vietato appunto per i suoi effetti criminogeni – non rappresenta un *malum in se* ma soltanto un *malum quia prohibita*, ossia un problema sociale e giuridico in funzione delle modalità concrete con cui esso viene praticato.

⁷³ Per i ragguagli empirici si veda quanto riportato nel paragrafo 3.3. del presente lavoro.

⁷⁴ Cfr. *supra* quanto riportato nella nota n. 47. In particolare, per quanto attiene ad alcune carceri italiane v. ZERBETTO R., FOGLIA C., *op. cit.*, 2012.

⁷⁵ Nel nostro Paese sono ancora carenti gli interventi istituzionali finalizzati alla prevenzione, alla diagnosi e alla cura dei disturbi da gioco d'azzardo. Sono piuttosto limitati, infatti, gli spazi di trattamento delle ludopatie: ad eccezione di alcuni Centri specializzati o di studi psicoterapeutici privati, nel settore pubblico vi sono solo alcune sporadiche opportunità di presa in carico presso i Servizi per le dipendenze delle Aziende Sanitarie Locali. Pertanto, in Italia le principali possibilità di cura di tale patologia sono costituite da: terapie di tipo farmacologico, terapie individuali, terapie di coppia e trattamenti psicologici di gruppo. Per un approfondimento sul punto si vedano, tra gli altri, i contributi di GUERRESCHI C., *Giocati dal gioco. Quando il divertimento diventa una malattia: il gioco d'azzardo patologico*, Milano, 2000; DALLAGO P., *L'auto mutuo aiuto per giocatori d'azzardo*, in CROCE M., ZERBETTO R. (a cura di), *op. cit.*, 2001, p. 215 ss.; RECALCATI M., *op. cit.*, 2002; BELLIO G., CROCE M., *op. cit.*, 2014, spec. p. 205 ss.

⁷⁶ Nei confronti degli autori di reato con problematiche patologiche da gioco d'azzardo gli interventi trattamentali effettivamente esperibili in ambito penitenziario sono pochi. Maggiori, invece, sono quelli attuabili in sede di applicazione di misure alternative alla detenzione, anche se alta resta la probabilità di ricaduta comportamentale e di recidiva delinquenziale. Per un approfondimento sul punto sia consentito rinviare a BIANCHETTI R., *op. cit.*, 2013.

⁷⁷ Anche dall'esame dei fascicoli presenti presso il Tribunale di Sorveglianza di Milano, riguardanti soggetti affetti da tale tipo di problematica in corso di esecuzione penale, si rileva che raramente questo disturbo è stato preso in considerazione nel giudizio di merito. La maggior parte dei provvedimenti di condanna passati in giudicato, rappresentanti il titolo esecutivo in forza del quale essi devono scontare la propria pena, nulla riporta in proposito, vuoi per la scelta del rito processuale vuoi per la volontaria omissione dell'interessato di evidenziare la sussistenza del disturbo in questione. Cfr., in proposito, quanto evidenziato da BIANCHETTI R., *op. cit.*, 2013.

nell'ambito della salute pubblica⁷⁸, è a pieno titolo stata riconosciuta come una patologia che riguarda, secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità (O.M.S.), più del 3% della popolazione adulta italiana⁷⁹.

Anche in ambito clinico-forense, ormai da diverso tempo, si considera il gioco d'azzardo patologico come un disturbo che potenzialmente, da solo o congiunto ad altre patologie, può avere valore di infermità e, come tale, essere in grado di incidere sulle capacità intellettive e/o volitive del soggetto al momento della commissione del fatto. Esso è collocato nosograficamente nella categoria dei "Disturbi correlati a sostanze e disturbi da *addiction*" ed è molto vicino, quanto a comunanza di alcuni aspetti clinici, con i Disturbi ossessivo-compulsivi⁸⁰, con i Disturbi da controllo degli impulsi e della condotta⁸¹ e con taluni "Disturbi di personalità"; infine, è ritenuto essere una problematica psicopatologica, con rilevanza criminogenetica, idonea a compromettere, in taluni casi, le capacità perlomeno volitive del soggetto autore di reato, operando effettivamente come un 'vero' e proprio processo morboso.

Ciò nonostante, per quanto sul piano teorico e dottrinale tale aspetto pare essere astrattamente accettato e discretamente condiviso, su quello pratico, specialmente in sede giurisprudenziale, pare persistere un atteggiamento ritroso, misurato, piuttosto attento a riconoscere al "Disturbo da gioco d'azzardo" un significato di malattia ed un valore di infermità e, quindi, una sua rilevanza processual-penalistica sul terreno dell'imputabilità⁸².

La prassi giudiziaria, alla luce dei provvedimenti ritrovati ed analizzati nel presente lavoro, ha, infatti, messo in evidenza come, salvo casi del tutto eccezionali, la presenza in capo all'autore di reato di un disturbo di tal genere, da solo o congiunto ad altre malattie, non abbia influito minimamente sulle valutazioni operate dall'organo giudicante in punto di responsabilità penale del soggetto.

Il più delle volte, la Corte di Cassazione, pur riconoscendo la presenza del disturbo e la sua influenza sulla dimensione esistenziale dell'individuo, ha escluso la sussistenza di un nesso eziologico tra il comportamento illecito commesso e la patologia di fatto riscontrata.

In alcuni casi, infatti, dopo aver evidenziato l'astratta idoneità del disturbo da gioco d'azzardo patologico ad incidere sulle capacità intellettive e volitive del soggetto, compromettendole almeno in parte, e dopo aver rilevato che esso, al pari di altre anomalie della personalità, può avere attitudine ad influire sull'imputabilità, a condizione che sia di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente su dette capacità – richiamando in tal senso la nota sentenza delle Sezioni Unite n. 9163/2005 –, la Suprema Corte ha ribadito – a ragione – che tale riconoscimento non può avvenire in assenza di un concreto collegamento eziologico tra il

⁷⁸ Con la l. 08.09.2012, n. 189, che ha convertito con modificazioni il d.l. 13.09.2012 n. 158, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute, sono stati aggiornati i livelli essenziali di assistenza per determinate patologie, tra cui la ludopatia (art. 5), e sono state previste delle misure di prevenzione per contrastare i fenomeni di gioco compulsivo (art. 7). Inoltre, su proposta e supervisione tecnico-scientifica del Dipartimento Politiche Antidroga della Presidenza del Consiglio dei Ministri, è stato varato il Piano d'azione nazionale G.A.P. 2013-2015 che, in materia di prevenzione, ha stabilito quanto segue: "Le organizzazioni produttive dell'industria dell'intrattenimento rappresentano un settore importante dell'economia che, se ben gestito, è in grado di generare occupazione e redditi sociali. Tuttavia, la priorità per lo Stato è anche quella di assicurare che questo importante settore industriale non crei danni di salute ai cittadini vulnerabili. L'approccio generale, quindi, per una corretta regolamentazione del settore, dovrà essere bilanciato e ben strutturato in modo da trovare il giusto equilibrio tra la produttività e la tutela della salute" (DIPARTIMENTO POLITICHE ANTIDROGA DELLA PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Piano d'azione nazionale G.A.P. 2013-2015, Area Prevenzione, dicembre 2013*, in www.politicheantidroga.net). Di recente, infatti, con il conferimento della delega al Governo per l'adozione di provvedimenti finalizzati alla messa in atto di un sistema fiscale più equo, trasparente ed orientato alla crescita, è stato stabilito che, oltre al riordino di tutte le disposizioni vigenti in materia di giochi pubblici, si debba operare quanto prima, pur contemperando gli interessi erariali con quelli di salute pubblica, nell'ottica della prevenzione dei "fenomeni di ludopatia ovvero di gioco d'azzardo patologico e di gioco minorile" [art. 14, comma 2, lettera a), l. 11.03.2014, n. 23].

⁷⁹ Si veda quanto riportato nella [sezione "ludopatia" del portale del Ministero della Salute](#) in www.salute.gov.it, ultimo aggiornamento 06.02.2013.

⁸⁰ La definizione corretta è "Disturbo ossessivo-compulsivo e disturbi correlati". All'interno di questo raggruppamento vi rientrano, tra l'altro, le ossessioni (pensieri, impulsi o immagini ricorrenti e persistenti che sono vissuti dal soggetto come indesiderati), le compulsioni (comportamenti o azioni mentali ripetitive che un individuo si sente obbligato a compiere in risposta ad una ossessione o secondo regole che devono essere applicate rigidamente) ed altri disturbi caratterizzati da preoccupazioni e da comportamenti ripetitivi o azioni mentali in risposta a tali preoccupazioni.

⁸¹ Nella nuova categoria denominata "Disturbi del comportamento dirompente, del controllo e degli impulsi della condotta" rientrano tutti i disturbi caratterizzati da problemi di autocontrollo delle emozioni e dei comportamenti, tra cui la "Piromania" e la "Cleptomania".

⁸² A suffragio di tale affermazione si richiama quanto uno studio, pubblicato dieci anni fa, riportava già nelle sue conclusioni: "Dal punto di vista della psicopatologia forense, né i repertori giurisprudenziali consultati, né i colleghi psicopatologi [intervistati, n.d.a.] hanno potuto riferire casi riguardanti il riconoscimento di infermità mentale in corso di reati commessi da giocatori patologici, a differenza di quanto è talora accaduto in U.S.A. per quegli imputati dichiarati 'incapaci di resistere all'impulso di giocare' perché affetti da disturbo". COLOMBO C.A., MERZAGORA BETSOS I., *op. cit.*, 2002, p. 1388.

disturbo patologico diagnosticato e la condotta criminosa perpetrata.

In altri casi, poi, la Corte di legittimità, sempre perseguendo lo stesso filo logico, ha aggiunto che tale correlazione eziologica deve essere valutata in concreto e non in astratto; che eventuali pregresse pronunce di merito, riconoscenti la seminfermità del condannato ai sensi dell'art. 89 c.p., non sono per nulla vincolanti, dovendosi l'imputabilità valutare di volta in volta nel (diverso) momento dello specifico fatto commesso; inoltre, che la dipendenza da gioco d'azzardo può costituire l'occasione per la commissione di reati ma non necessariamente la causa della realizzazione degli stessi⁸³.

Solo in pochi casi, invece, vi è stato il concreto riconoscimento dell'incidenza del disturbo in questione sulle effettive capacità di autodeterminazione del soggetto, con la conseguente applicazione della diminuzione del vizio parziale di mente (*ex* art. 89 c.p.). In due casi, in particolare, l'organo di merito ha ritenuto rilevanti, ai fini dell'imputabilità, gli interi ed articolati quadri patologici da cui risultarono affetti i soggetti coinvolti, quindi il funzionamento psicopatologico complessivo degli individui rispetto agli specifici fatti commessi, più che il singolo disturbo da dipendenza da gioco d'azzardo. In un caso, invece, tale problematica fu considerata espressione sintomatica di altri disturbi, ovvero una mera complicità della struttura di personalità fortemente abnorme del soggetto.

5.1.

I risultati complessivi dell'indagine: limiti e rischi rilevati.

A questo punto, abbiamo risposto ad alcuni dei quesiti che al principio del presente lavoro ci si era posti.

Abbiamo concretamente assodato come il gioco d'azzardo patologico, quale disturbo ampiamente riconosciuto in ambito clinico, abbia in effetti avuto, in questi anni, una scarsa rilevanza e un contenutissimo apprezzamento a livello giurisprudenziale rispetto al tema dell'imputabilità. Inoltre, abbiamo constatato, attraverso l'esame dei provvedimenti rinvenuti, che tale disturbo è stato considerato, il più delle volte, non un vizio, ma una malattia: ma anche in questo caso, per motivi diversi, ciò ha influito minimamente sul profilo dell'imputabilità e della responsabilità penale del soggetto agente.

E allora, cosa ci resta da analizzare? Rimangono ancora inevasi il tema dei limiti connessi all'attribuzione a tale disturbo del valore di infermità e quello consequenziale dei rischi derivanti da siffatto riconoscimento nell'ambito del sistema della giustizia penale.

Anche in questo caso, la prassi giudiziaria analizzata ci ha fornito delle risposte.

In pratica, quanto al primo tema, ovvero al riconoscimento che il "Disturbo da gioco d'azzardo" (o come in precedenza veniva definito "Gioco d'azzardo patologico" - G.A.P.)⁸⁴ possa avere valore di infermità e come tale possa incidere sull'imputabilità del soggetto, occorre rilevare che limiti astratti, appunto, non ve ne sono. Piuttosto la Suprema Corte ha sottolineato, in più occasioni, che tale malattia, al pari di quanto previsto per i disturbi della personalità, può avere di fatto questo potere di incidenza a condizione però che essa sia di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulle capacità intellettive e/o volitive del singolo soggetto e che abbia una correlazione diretta con il fatto illecito commesso. In modo particolare, si evince sempre dai provvedimenti di legittimità, il nesso eziologico deve essere accertato in concreto ed il funzionamento psicopatologico dell'autore di reato deve sussistere al momento della commissione dello specifico comportamento antigiuridico per cui giudizialmente si procede.

Quanto ai limiti concreti, invece, questi vi sono, o almeno così emerge dall'analisi dei provvedimenti giudiziari della Corte di Cassazione, laddove, per motivi diversi, nessun riconoscimento di infermità per disturbo da gioco d'azzardo è stato riscontrato.

In realtà, nei pochi casi di merito ove questo vi è stato, il quadro psicopatologico dell'autore di reato è stato appurato come articolato e complesso, caratterizzato dalla compresenza di altri

⁸³ Volendo riprendere il parallelismo discorsivo con i disturbi parafilici avviato in precedenza (v. *supra* note nn. 55, 57 e 70), si rileva come anche questi, analogamente a quanto riscontrato per il gioco d'azzardo, possano essere l'occasione per compiere reati sessuali, ma non è detto che "tutti i delitti motivati dall'impulso sessuale siano sempre da ricondurre a deviazioni della sessualità. Anzi, gli autori di stupro – tipico delitto sessuale – sono nella maggior parte dei casi persone che non presentano deviazioni sessuali, ma che esercitano una sessualità fisiologicamente normale, facendo però violenza sui più deboli". PONTI G., *op. cit.*, 1999, p. 484.

⁸⁴ V. *supra* quanto riportato nella nota n. 3.

disturbi psichiatrici, e, quindi, come tale compromettente nel suo insieme la capacità volitiva del singolo soggetto ai sensi dell'art. 89 c.p.

Di qui deriva l'ulteriore indicazione pratica, ossia quella che il gioco d'azzardo può assumere maggiore 'peso' nell'incidenza sull'imputabilità nel momento in cui esso non sia presente come un disturbo 'solo' ed 'isolato', ma all'interno di un quadro composito di comorbidità psichiatrica, in grado di determinare, in quel singolo soggetto, una situazione complessa di funzionamento psicopatologico.

Infine, quanto ai rischi di nostro interesse, ossia quelli connessi al riconoscimento di tale disturbo come condizione d'infermità incidente sul 'fronte' della rimproverabilità del soggetto rispetto all'illecito commesso, questi non sono in realtà molti. Sono pochi, dal punto di vista del sistema della giustizia penale, dato l'atteggiamento cauto, saggiamente prudenziale, estremamente accorto della giurisprudenza analizzata nel concedere all'autore di reato affetto da problematiche di tale specie le diminuenti di cui agli artt. 88 e 89 c.p.; sono maggiori, invece, per il giocatore d'azzardo patologico.

Tra i rischi a cui egli è esposto, oltre a quelli di cui sopra si è detto⁸⁵, vi sono quelli derivanti da una parziale e discriminante valutazione giudiziale. Ci si riferisce, ad esempio, auspicando che esso sia un caso unico o almeno sporadico, alla pronuncia del Tribunale di Campobasso del 19.05.2006, laddove due persone, artefici dello stesso fatto reato e portatrici di problematiche psicopatologiche differenti, ma comunque ugualmente ritenute essere fattori grandemente scemanti le loro capacità intellettive e/o volitive, hanno ricevuto dall'organo giudicante un trattamento sanzionatorio diverso. Ad una delle condannate è stata applicata la diminvente di cui all'art. 89 c.p. perché affetta, al momento della commissione del fatto, da un processo morboso depressivo; all'altra, invece, è stata esclusa tale diminvente perché, benché affetta da "un quadro clinico compatibile con una diagnosi di gioco d'azzardo patologico", tale disturbo non è stato ritenuto sostanzialmente "annoverabile [...] fra le patologie in senso stretto, ma rientra" – così si legge in sentenza – "fra i c.d. disturbi della personalità" che, come tali, "non sono malattie mentali in senso stretto" e, quindi, "esula(no) dall'infermità mentale"!

Un rischio, quello appena evidenziato, che potremmo considerare squisitamente 'concettuale', ma che in realtà non fa altro che mostrare – se ce ne fosse ancora bisogno – l'effettivo portato degli stereotipi culturali attorno al tema del gioco d'azzardo, anche quando questo possa essere considerato, a pieno titolo, un problema di natura patologica e, ugualmente ad altri disturbi, incidente perlomeno sulla capacità volitiva del soggetto.

⁸⁵ Si fa riferimento, ad esempio, alla scarsa emersione del problema nella fase della cognizione penale, sia per l'ingente ricorso, generalmente in questi casi, all'applicazione dei procedimenti speciali previsti dal nostro ordinamento giuridico, sia per l'elevata difficoltà di comprovare e di vedere riconoscere, in sede giudiziale, la concreta incidenza del "Disturbo da gioco d'azzardo" sul piano dell'imputabilità. Tuttavia, si tenga conto che nei confronti di alcune conseguenze derivanti da comportamenti di rilevanza giuridica messi in atto da giocatori d'azzardo problematici o patologici è possibile intervenire, perlomeno nell'ottica del contenimento dei danni, attraverso il ricorso a determinati strumenti messi a disposizione dal nostro ordinamento giuridico. Tra questi vi sono, in ambito civilistico, le misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia e, in ambito penalistico, le misure di sicurezza e le misure alternative alla detenzione. L'efficacia di queste ultime dipende, tra le altre cose, dalla contemporanea effettuazione di un programma terapeutico e trattamentale serio e mirato rispetto alle problematiche da gioco d'azzardo del soggetto. Per una più ampia esemplificazione dell'applicazione di tali istituti giuridici sia consentito il rinvio, ancora una volta, a BIANCHETTI R., *op. cit.*, 2013, spec. p. 879 ss.

ITALIA E SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO: ANCORA SOTTO OSSERVAZIONE

Annalisa Mangiaracina

ABSTRACT

La sentenza Torreggiani, anche per le ricadute sul piano della cooperazione giudiziaria europea, ha “imposto” al legislatore italiano di adottare una politica di riforme volta a restituire al carcere la sua dimensione di “*extrema ratio*”. Dopo un timido avvio, focalizzato sullo svuotamento delle carceri, piuttosto che sul contenimento degli ingressi, sono state introdotte alcune significative riforme che hanno interessato diversi settori del processo penale e, da ultimo, il complesso e delicato sistema cautelare. La decisione che il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adotterà il prossimo giugno 2015, dirà se la strada intrapresa è quella giusta.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il rifiuto opposto dal Regno Unito alla consegna dei condannati: quando in gioco vi è (anche) la credibilità internazionale. – 3. I tentativi di riforma del sistema: tra misure cautelari e alternative alla detenzione. – 4. Una terza strada: la sospensione dell'esecuzione della pena. – 5. La parola al legislatore: deflazione processuale e “ripensamenti” sulla custodia cautelare. – 6. I rimedi “compensativi”.

1.

Premessa.

La storia è nota. L'8 gennaio 2013 la Corte di Strasburgo¹, all'unanimità, accertata la violazione dell'art. 3 CEDU, con una sentenza "pilota" ha ingiunto allo Stato italiano di «istituire un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario, e ciò conformemente ai principi della Convenzione come stabiliti nella giurisprudenza della Corte», così riconoscendo l'insufficienza dei provvedimenti "tamponi" fino a quel momento adottati². Il termine ultimo per adempiere, durante il quale è stata sospesa la trattazione di tutti i ricorsi contro lo Stato aventi il medesimo oggetto³, era il 28 maggio 2014; il successivo 5 giugno il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha accolto positivamente l'impegno delle autorità italiane attraverso le varie misure strutturali adottate, o soltanto promesse⁴, per conformarsi alla sentenza della Corte. La partita però, non può dirsi vinta; il prossimo giugno 2015 il Comitato riprenderà in esame la questione⁵ e per quella data l'Italia, al di là degli interventi di edilizia carceraria, dovrà avere completato la riforma del sistema sanzionatorio⁶ e penitenziario. Inoltre, la Corte europea, nel dichiarare l'irricevibilità dei ricorsi presentati da alcuni detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU in ragione della mancata soddisfazione della condizione del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, non ha escluso la possibilità di riesaminare in futuro l'effettività dei rimedi risarcitori introdotti con il d.l. 26 giugno 2014, n. 92⁷, convertito con modificazioni nella l. 11 agosto 2014, n. 117⁸, avendo riguardo alla capacità delle giurisdizioni nazionali di elaborare una giurisprudenza uniforme e compatibile con le esigenze della Convenzione e all'esecuzione effettiva di queste decisioni⁹.

La pronuncia della Corte di Strasburgo non è giunta "a sorpresa". La politica "emergenziale" degli ultimi anni, protesa a placare le istanze di sicurezza della collettività e a contrastare le varie forme di criminalità¹⁰, si è spesso tradotta in riforme sconnesse che hanno innalzato le pene edittali previste per alcune tipologie di reato ed escluso i recidivi dalla fruizione dei benefici penitenziari, con la conseguenza di aumentare il numero dei detenuti, soprattutto stranieri e tossicodipendenti, in ingresso nelle strutture carcerarie, già di per sé vecchie e fatiscenti; a ciò si aggiunge l'abuso delle presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in carcere di

¹ Per un commento alla sentenza v., tra i tanti, F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.

² Ci si riferisce, in particolare, al provvedimento d'indulto approvato con la l. 31 luglio 2006, n. 241.

³ Il numero dei ricorsi pendenti alla data del 21 maggio 2014 era di 6.829: v. intervista al Ministro della Giustizia Orlando, in *Avvenire*, 22 maggio 2014.

⁴ La Decisione richiama il testo del decreto legge annunciato dal Ministro Orlando sui rimedi compensativi in favore dei detenuti: v. *infra* § 6.

⁵ Si legge testualmente nella Decisione adottata nel corso del Meeting: «decided to resume consideration of this group of cases at its DH Meeting in June 2015 at the latest, to make a full assessment of the progress made in light of an updated action plan/report to be provided».

⁶ E' da segnalare, però, che la delega per la revisione del sistema sanzionatorio contenuta nell'art. 1 della l. 28 aprile 2014, n. 67, è scaduta. V. *infra* § 5.

⁷ Pubblicato in *G.U.* 27 giugno 2014, n. 147, recante «Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile».

⁸ Pubblicata in *G.U.* 20 agosto 2014, n. 192.

⁹ Cfr. Corte EDU, 16 settembre 2014, *Stella e altri c. Italia*, § 63: «La Cour souligne toutefois que cette conclusion ne préjuge en rien, le cas échéant, d'un éventuel réexamen de la question de l'effectivité du recours en question, et notamment de la capacité des juridictions internes à établir une jurisprudence uniforme et compatible avec les exigences de la Convention (...), et de l'exécution effective de ses décisions»; Corte EDU, 16 settembre 2014, *Rexbepi e altri c. Italia*, § 67, leggibili in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014, con osservazioni critiche di A. MARTUCCI, *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esaurimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*.

¹⁰ Nell'ambito della normativa c.d. "carcerocentrica" si possono annoverare i seguenti provvedimenti: la l. 5 dicembre 2005, n. 251; la l. 24 luglio 2008, n. 125; la l. 23 aprile 2009, n. 38 e la l. 24 luglio 2009, n. 94. Per una rassegna v. C. FIORIO, *Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2, p. 1 ss. Paradossale è la vicenda di Bruno Contrada, ex funzionario di polizia e del SISDE, condannato a 10 anni di reclusione per concorso esterno in associazione mafiosa: l'Italia ha riportato una condanna da parte della Corte europea per violazione dell'art. 3 CEDU, a causa della tardiva concessione della detenzione domiciliare, nonostante le condizioni di salute del detenuto fossero incompatibili con la detenzione in carcere sofferta tra il 24 ottobre 2007 e il 24 luglio 2008, V. Corte EDU, 11 febbraio 2014, *Contrada v. Italia*. Per un commento V. MANCA, *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014.

cui all'art. 275 comma 3 c.p.p.¹¹, in parte cadute sotto la scure della Corte costituzionale¹², che hanno finito per negare alla misura della custodia cautelare in carcere la sua natura di istituto di *extrema ratio*.

In ambito europeo, invece, già nel 2009 la Corte di Strasburgo, con la sentenza *Sulejmanovic c. Italia*¹³, aveva ravvisato la violazione dell'art. 3 CEDU nelle condizioni detentive del ricorrente, ristretto all'interno di una cella in cui lo spazio a disposizione di ciascun detenuto era di 2,70 m², di gran lunga inferiore alla superficie minima ritenuta auspicabile dal Comitato di prevenzione della tortura, fissata in 7 m² a persona. In quella sede, però, la Corte aveva ritenuto sufficiente la riparazione pecuniaria. Con la sentenza *Torreggiani*, invece, rilevato «il carattere strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario in Italia», come risulta dalle statistiche e dal gran numero di ricorsi avanzati alla Corte per violazione dell'art. 3 CEDU, si impone al nostro legislatore un intervento strutturale che restituisca dignità ai detenuti – siano essi in stato di custodia cautelare o di espiazione pena – e credibilità al nostro Paese sul piano internazionale. A quest'ultimo riguardo, all'indomani della pronuncia, attenta dottrina¹⁴ aveva posto l'accento sul rischio della mancata esecuzione delle richieste di estradizione¹⁵ e, nell'area europea, dei mandati di arresto emessi dalle autorità italiane in ragione della possibile violazione dell'art. 3 CEDU; rischio che ha trovato concretizzazione in due decisioni adottate dalle Corti del Regno Unito.

2. Il rifiuto opposto dal Regno Unito alla consegna dei condannati: quando in gioco vi è (anche) la credibilità internazionale.

La decisione quadro sul mandato di arresto europeo, com'è noto, è caratterizzata da un elenco “chiuso” di motivi – obbligatori e facoltativi – che legittimano l'autorità dello Stato richiesto a rifiutare la consegna del soggetto e, tra questi, non vi figura la clausola fondata sul rispetto dei diritti umani. Tuttavia, nel Regno Unito, la sezione 21 dell'*Extradition Act 2003*¹⁶ – con il quale è stata implementata la menzionata decisione quadro – prevede che il giudice possa valutare se la richiesta di estradizione sia compatibile con i diritti della CEDU, secondo il significato dello *Human Rights Act 1998*. Disposizione analoga è riprodotta nella sezione 87, collocata nella parte II dell'Atto, che disciplina le richieste di estradizione da parte di Stati *extra* UE. Con specifico riferimento al tema del sovraffollamento carcerario e alla possibile violazione dell'art. 3 CEDU, *sub specie* di trattamenti inumani e degradanti, la *Divisional Court* si era già pronunciata sull'applicazione di questa clausola nei riguardi, ad esempio, della Polo-

¹¹ Ad opera dell'art. 2 del d.l. 23 febbraio 2009 n. 11, convertito con l. 23 aprile 2009, n. 38. In argomento, tra i tanti, P. MOSCARINI, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 227 ss.; F. ZACCHE', *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il pacchetto sicurezza*, Torino, 2009, p. 284 ss.

¹² La sequenza di pronunce è stata inaugurata da Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3169 ss. Tra i commenti v. P. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 949 ss. L'ultima in ordine di tempo è Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48.

¹³ Corte EDU, 16 luglio 2009, n. 22635/03. Per un commento v. N. PLASTINA, *L'Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4928 ss.

¹⁴ F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, cit. Secondo l'A. «a rigore tutti gli Stati aderenti alla CEDU avranno da oggi l'obbligo di non procedere alla consegna, per evitare di esporre la persona richiesta ad un assai probabile violazione del suo diritto fondamentale discendente dall'art. 3 CEDU, secondo l'autorevolissima valutazione della Corte EDU»; analogamente G. ILLUMINATI, *Carcere e custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2374.

¹⁵ Del resto la prospettiva di tutela dei diritti umani, con specifico riguardo alla condizione strutturale degli stabilimenti carcerari, è stata recepita anche dalla nostra giurisprudenza a fronte di una richiesta di estradizione da parte della Repubblica del Brasile di un cittadino olandese. V. Cass., Sez. VI, 15 ottobre 2013, in *Proc. pen. giust.*, n. 3, 2014, p. 66 ss., con il commento di F. FIORENTIN, *Estradizione negata per violazione dei diritti fondamentali delle persone detenute: a rischio anche l'Italia?*, con la quale è stata annullata con rinvio la sentenza della Corte di appello di Roma che aveva ritenuto sussistenti le condizioni per l'estradizione. Si afferma in sentenza che spetterà al giudice del rinvio valutare «se sussistono le condizioni per l'estradizione in quel paese (...), con specifico riferimento alla prospettiva che egli possa essere sottoposto a trattamenti crudeli, disumani o degradanti, avendo riguardo alle norme interne e convenzionali e ai principi di diritto sopra richiamati». Spetterà, quindi, al giudice del rinvio acquisire informazioni per verificare «se la situazione di inaccettabile degrado umano e materiale che caratterizza il trattamento carcerario brasiliano secondo le fonti di informazione sino ad ora acquisite possa dirsi se non risolta quantomeno significativamente attenuata».

¹⁶ «(...) *he must decide whether the person's extradition would be compatible with the Convention rights within the meaning of the Human Right Acts 1998*».

nia¹⁷. Trattandosi di uno Stato membro del Consiglio d'Europa opera la presunzione di conformità agli obblighi derivanti dalla CEDU, superabile soltanto laddove sia adottata da parte del ricorrente una prova “*clear, cogent and compelling*” di segno contrario. Perché i *Reports* sullo stato generale delle strutture carcerarie polacche possano assumere questa specifica valenza probatoria è richiesto un “consenso a livello internazionale”. Nel rigettare l'appello, la Corte ha quindi affermato che una eventuale e successiva opposizione alla richiesta di consegna fondata su questo motivo “umanitario” richiede la deduzione di “nuovi elementi fattuali non in precedenza considerati”.

Un approccio “intransigente” è stato adottato nei riguardi dell'Italia. Con una decisione dell'11 marzo 2014, la *High Court of Justice*¹⁸, quale organo di appello avverso la decisione assunta dai giudici di primo grado di consegnare alle autorità italiane il condannato, ha accolto il motivo fondato sulla violazione dell'art. 3 CEDU. Nell'itinerario argomentativo della Corte un peso specifico ha certamente assunto la considerazione che nei riguardi dello Stato italiano sia stata adottata da parte dell'organo di giustizia del Consiglio d'Europa una sentenza “pilota”. L'effetto è la teorizzazione di una presunzione di non conformità dell'Italia alla CEDU, con la conseguenza che è onere probatorio dello Stato richiedente dissolvere ogni dubbio al riguardo offrendo la prova di essere in grado di assicurare al detenuto una condizione carceraria “umana”. A tal fine, osserva la Corte, bisogna valutare la “qualità” delle assicurazioni offerte dallo Stato e la loro “affidabilità”, sulla base di una serie di elementi e, tra questi: la specificità; il soggetto dal quale provengono; la possibilità di monitorare il rispetto delle assicurazioni offerte.

Nella specie, pur non dubitando della buona fede dello Stato italiano nel redigere la lettera di assicurazioni, questa non può essere considerata sufficiente a fronte di una missiva generica, non specifica, seppure proveniente dall'autorità centrale, nella quale nulla si dice sulla possibilità di accesso del condannato ad una sospensione della pena o, ancora, sulla struttura carceraria nella quale il soggetto potrebbe essere recluso e sulle relative condizioni¹⁹. Nel prosieguo della decisione suona poi come una concessione ai buoni rapporti istituzionali tra i due Paesi la sottolineatura che la decisione della *High Court* non significa che, nel periodo in cui l'Italia cercherà di risolvere il problema del sovraffollamento, il Regno Unito rifiuterà sempre e comunque la consegna (§ 67). Da ultimo, una sorta di suggerimento indirizzato alle autorità giudiziarie italiane: laddove sarà assicurato che l'individuo, una volta consegnato all'Italia, sarà detenuto in una determinata struttura carceraria con l'indicazione delle specifiche condizioni di quella prigione, ritornerà ad applicarsi la presunzione di conformità dell'Italia alla CEDU.

Le conseguenze di questa decisione, in ragione dell'autorevolezza dell'organo dal quale promana, non hanno tardato a manifestarsi. Il successivo 17 marzo 2014, la *Westminster Magistrates' Court*²⁰, nell'ambito di altro procedimento, inizialmente propensa a consegnare il condannato sulla base delle “generiche” assicurazioni del nostro Governo – e facendo leva anche sulla mutua fiducia tra l'Italia e il Regno Unito nel settore dell'estradizione, come in altre materie – è stata costretta ad una brusca virata²¹, così negando la consegna all'Italia del boss Domenico Rancadore e disponendone la liberazione. La pronuncia, che ha avuto vasta eco nella stampa nazionale e internazionale per la “storia” criminale del condannato, è stata riesaminata dalla medesima Corte, lo scorso febbraio, a seguito dell'emissione di un nuovo

¹⁷ *Krolik v. Regional Court in Czestochowa* [2012] *WLR* (D) 254, sulla quale v. J.R. SPENCER, *Extradition, the European Arrest Warrant and Human Rights*, [2013] *Cambridge Law Journal*, p. 250 ss. In precedenza la Corte europea aveva condannato la Polonia per violazione dell'art. 3 CEDU: v. Corte EDU, 22 ottobre 2009, *Orchowski c. Polonia*, n. 17885/04. Da allora, però, come riconosciuto dalla *Divisional Court*, sono intervenute numerose riforme.

¹⁸ *Hayle Abdi Badre v. Court of Florence, Italy* [2014] *EWHC* 614 (Admin), in sede di appello avverso la decisione della *Westminster Magistrates' Court*, di ordinare la consegna dell'appellante all'Italia, in conformità alla sezione 21 (3) dell'*Extradition Act* 2003. E' da segnalare, in senso contrario, la pronuncia del Tribunale federale svizzero, 12 maggio 2014, che ha ammesso l'estradizione verso l'Italia senza condizionarla all'ottenimento di garanzie formali sul rispetto di condizioni di detenzione conformi all'art. 3 CEDU. Il testo della sentenza, con la nota di V. MANCA, *Ricadute della sentenza Torreggiani: i giudici svizzeri concedono l'estradizione, valutando positivamente gli sforzi compiuti dal legislatore italiano per ridurre il sovraffollamento*, è leggibile in *Dir. pen. cont.*, 4 novembre 2014.

¹⁹ § 53: «*For my part, I would have expected at least some information as to whether bail might be available to the Appellant in Italy and on what terms, and, if not available or if not likely to be granted, some information as to the specific institution or type of institution in which the Appellant would be confined and some information as to the prevalent conditions in that institution or those institutions.*».

²⁰ Judge Howard Riddle, Senior District Judge (Chief Magistrate). Al riguardo cfr. V. MANCA, *Ricadute della sentenza Torreggiani sulla scena internazionale*, cit.

²¹ «*The judgment of the administrative court is binding on me. The higher court accepted that a similar assurance given in that case was in good faith, but was not sufficient (...).*».

mandato di arresto europeo da parte delle autorità giudiziarie italiane nel quale, peraltro, sono stati seguiti i suggerimenti contenuti nel *decisum* della *High Court*. Nell'occasione, la *Westminster Magistrates' Court*²² ha riconosciuto l'affidabilità delle garanzie offerte dall'Italia sul fronte del trattamento penitenziario del detenuto e, preso atto delle statistiche sull'attuale situazione carceraria, ha escluso il rischio di trattamenti inumani o degradanti. Tuttavia, la vicenda processuale rimane aperta, sia pure sotto un diverso profilo: lo scorso 25 marzo, la Corte di Appello di Palermo, quale giudice dell'esecuzione, ha dichiarato, con provvedimento allo stato non definitivo, l'estinzione per prescrizione della pena inflitta dall'autorità giudiziaria italiana. Questione, stavolta, tutta "nazionale".

3.

I tentativi di riforma del sistema: tra misure cautelari e alternative alla detenzione.

La soluzione del problema a livello internazionale, tracciata dalla *High Court*, sta nella individuazione, all'interno del territorio, di strutture carcerarie "virtuose" che possano ospitare i soggetti che devono scontare in Italia una pena detentiva (o essere sottoposti ad una misura coercitiva). Scenario possibile purché non valga a creare una situazione di disegualianza tra detenuti in ragione del *locus detentionis*. Al di là delle specificità di alcune strutture che consentono l'espiazione della pena in situazioni "umane"²³, la domanda che si intende porre è di carattere più generale. E' l'Italia nelle condizioni di potere offrire assicurazioni specifiche sulla non ripetibilità nel futuro di situazioni analoghe a quelle censurate nella sentenza Torreggiani²⁴. E' vero che il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ci ha soltanto "rimandati" e che le statistiche del Consiglio d'Europa, aggiornate al 2012, registrano una leggera flessione del tasso di sovraffollamento del nostro Paese (dal 147 % del 2011 al 145% del 2012)²⁵; tuttavia, secondo i dati forniti dal DAP (disponibili sul sito del Ministero della Giustizia) e aggiornati al 30 aprile 2015, la capienza regolamentare degli istituti penitenziari presenti su tutto il territorio nazionale²⁶ è pari a 49.493 unità, mentre il numero di detenuti nazionali è pari a 53.498 unità (donne comprese). Le statistiche ci dicono, quindi, che permane un problema di "sovraffollamento"²⁷, sia pure con proporzioni ridotte rispetto a quelle accertate dalla Corte di Strasburgo: ovvie le ricadute non soltanto sull'art. 3 CEDU, ma anche sull'art. 27 comma 3 della nostra Carta Costituzionale che esige, in un «contesto unitario e non dissociabile»²⁸, una pena "umana" e tendente alla rieducazione del condannato. Nell'area dell'Unione europea è poi da attendersi la presentazione, da parte della Commissione²⁹, di una proposta di modifica

²² Judge Howard Riddle, Senior District Judge, *Corte di Appello di Palermo, Italy v. Domenico Rancadore*, 20 febbraio 2015.

²³ Il carcere di Milano Bollate è stato indicato quale esempio di carcere "aperto" che ha offerto buoni risultati sul piano della riduzione della recidiva dei soggetti ivi detenuti. Al riguardo v. D. STASIO-D. TERLIZZESE, *Il carcere «aperto» aumenta la sicurezza*, in *Il Sole 24-Ore*, 29 maggio 2014, p. 23, i quali riportano i risultati di una ricerca condotta dall'Università di Essex e dall'Einaudi Institute for Economics Finance, avviata nel settembre 2012, volta a misurare il rapporto di causalità tra modalità di esecuzione della pena e recidiva.

²⁴ Come ben sottolineato da L. KALB, *La riforma possibile, anzi doverosa...*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 134, il rimedio alle cause del sovraffollamento «non può essere sollecitato solo dal pericolo, fondato, di future condanne, ma deve costituire l'obiettivo principale di una comunità capace di testimoniare, pretendendone l'attuazione, i valori insopprimibili del rispetto della dignità umana e della tutela della persona».

²⁵ Anche nel 2013 si rileva una flessione nel numero dei soggetti detenuti nella misura del 3,3 % rispetto al 2012: Council of Europe. Annual Penal Statistics, *Space I, Prison Population 2013, Final Report*, leggibile in *questa Rivista*, 11 marzo 2015. Tuttavia, nel *Final Report*, p. 42, si segnala che il nostro Paese registra, tra i Paesi esaminati, il dato più alto - 148 % - nel tasso di sovraffollamento.

²⁶ Sui criteri di calcolo della capacità recettiva degli istituti di pena italiani v. l'analisi di A. ALBANO-F. PICOZZI, *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2398 ss.

²⁷ M. LOMBARDI STOCCHETTI, *Publicati i nuovi rapporti del Consiglio d'Europa su carcere e misure alternative alla detenzione (con un focus sui detenuti stranieri e sulla mediazione in materia penale, e una sovrastima del sovraffollamento in Italia)*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2015, ritiene che le statistiche italiane, alla data del 28 febbraio 2015, nel registrare un tasso di sovraffollamento del 108 %, siano maggiormente attendibili rispetto a quelle europee.

²⁸ In tal senso Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279, in *Cass. pen.*, 2014, p. 506 ss., § 7.

²⁹ V. European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, *Draft Report with Recommendations to the Commission on the review of the European Arrest Warrant*, Rapporteur: Sarah Ludford, 19 November 2013, 2013/2109 (INL), p. 5, con il quale si sollecita una proposta legislativa che preveda: «a mandatory refusal ground based on the infringement or risk of infringement of human rights applicable to mutual recognition instruments». Con Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo, P7_TA (2014)0174, si è chiesto alla Commissione di presentare, entro un anno dalla risoluzione, sulla base dell'art. 82 TFUE, alcune proposte legislative e, tra queste, «un motivo di non esecuzione obbligatoria quando vi sono importanti ragioni per ritenere che l'esecuzione della misura sarebbe incompatibile con l'obbligo dello Stato membro di esecuzione in conformità dell'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea e della Carta, in particolare l'art. 52 § 1, che fa riferimento al principio di proporzionalità».

del testo della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo mediante l'introduzione, tra l'altro, di uno specifico motivo di rifiuto obbligatorio fondato sul rispetto dei diritti umani; sicché, il problema della conformità con l'art. 3 CEDU potrebbe riproporsi anche nei rapporti con altri Stati membri³⁰.

All'indomani della sentenza *Sulejmanovic* il nostro legislatore aveva posto in essere degli interventi normativi finalizzati più allo svuotamento delle carceri che a contenere nuovi ingressi: di qui la loro sostanziale inefficacia. Ci si riferisce, in particolare³¹, alla l. 26 novembre 2010, n. 199 (c.d. legge "svuota carceri")³², con la quale si è stabilito che, «non oltre il 31 dicembre 2013», la pena detentiva non superiore a dodici mesi, anche costituente parte residua di maggior pena, è eseguita presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza³³; nonché al d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 recante 'Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri', convertito con modificazioni dalla l. 17 febbraio 2012, n. 9³⁴, con il quale è stato elevato a diciotto mesi il limite di pena entro il quale può essere richiesta la detenzione domiciliare introdotta nel 2010; inoltre, si è modificato l'art. 558 c.p.p.³⁵ sul giudizio direttissimo davanti al tribunale in composizione monocratica, introducendo una forma di custodia "domestica" per coloro che, arrestati in flagranza di reato, devono essere sottoposti al giudizio di convalida all'esito del quale, nella maggior parte dei casi, saranno rilasciati.

Più incisive le riforme successive alla sentenza Torreggiani perché, a differenza delle accennate misure, sono intervenute, oltre che sul fronte dell'esecuzione della pena, su quello della cautela: non va infatti dimenticato che una significativa percentuale della popolazione carceraria è costituita da soggetti sottoposti alla custodia cautelare in carcere³⁶. Così, il d.l. 1° luglio 2013, n. 78, contenente 'Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena', convertito

³⁰ Occorre precisare che la clausola di rifiuto fondata sul rispetto dei diritti umani è già presente in altre legislazioni europee.

³¹ In precedenza si era proceduto alla dichiarazione dello stato di emergenza e alla conseguente approvazione del piano carceri, per la costruzione di nuovi istituti penitenziari: d.P.C.M. 13 gennaio 2010. Sul piano legislativo va menzionata anche la l. 21 aprile 2011, n. 62, sulla 'tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori' che ha introdotto l'art. 285 bis c.p.p. sulla «custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri» e modificato gli artt. 275 comma 4 e 284 comma 1 c.p.p., nonché gli artt. 47 ter e 47 quinquies o.p. sulla detenzione domiciliare o in case famiglia protette delle recluse madri. Al riguardo v. C. FIORIO, *Madri detenute e figli minori*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 931 ss.; F. TRAPPELLA, *Sovraffollamento carcerario: tante domande, nessuna risposta*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n. 5, p. 95. Sul tema assume rilievo Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3922 ss., con osservazioni di F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari* e L. PACE, *La "scura della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis o.p., nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione di benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47 quinquies e della detenzione domiciliare di cui all'art. 47 ter comma 1, lett. a) e b) della legge penitenziaria.

³² F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 5, il quale sottolinea come il legislatore, in contrasto con l'auspicio di un ridimensionamento dei flussi di ingresso, abbia incrementato le pene previste per il nuovo reato di evasione e introdotto una nuova circostanza aggravante comune che sanziona il soggetto autore di un delitto non colposo commesso durante la fruizione di una misura alternativa alla detenzione. Secondo i dati del DAP aggiornati al 30 aprile 2015, il numero dei detenuti usciti dagli istituti penitenziari in virtù di questo provvedimento è stato pari a 16.603; gli stranieri sono stati 5.023.

³³ La detenzione domiciliare non si applica in via automatica. Sono esclusi i soggetti condannati per delitti ex art. 4 bis l. n. 354/1975; i delinquenti abituali, professionali o per tendenza; i detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14 bis o.p., salvo che sia stato accolto il reclamo. Inoltre, la misura non potrà essere disposta laddove il magistrato di sorveglianza ravvisi la concreta possibilità che il condannato possa darsi alla fuga o sussistano specifiche e motivate ragioni per ritenere che possa commettere altri delitti o non sussista l'idoneità o l'effettività del domicilio anche in funzione di tutela delle persone offese dal reato.

³⁴ Per un commento v. A. GIARDA, *La realtà carceraria italiana: un dramma angosciante*, in *Corr. merito*, 2012, p. 219 ss.; C. FIORIO, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 409 ss.

³⁵ La legge ha portato da 96 a 48 ore il tempo massimo che può intercorrere tra l'arresto in flagranza e la presentazione dell'arrestato al giudizio di convalida: C. FIORIO, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, cit., p. 411.

³⁶ Secondo i dati del DAP, aggiornati al 30 aprile 2015, i detenuti (italiani e stranieri) in attesa di giudizio di primo grado sono 9.308; quelli non definitivi (perché appellanti o ricorrenti) sono 9.108. Sull'abuso della custodia cautelare sottolinea A. GIARDA, *La realtà carceraria italiana: un dramma angosciante*, cit., p. 220, come «basti frequentare le carceri a difesa di qualche assistito colpito da un provvedimento cautelare per rendersi conto che l'idea inquisitoria secondo cui l'imputato debba collaborare perché depositario della verità procedimentale non è ancora uscita dalla cultura investigativa dei pubblici ministeri e di qualche giudice insensibile all'autentico afflato di un sistema accusatorio».

con modificazioni in l. 9 agosto 2013, n. 94³⁷, sul versante cautelare, seppure timidamente, ha circoscritto il ricorso alla misura della custodia cautelare in carcere, innalzando da quattro a cinque anni di reclusione la quantità di pena detentiva prevista in astratto nel massimo, che legittima l'applicazione della custodia cautelare (art. 280 comma 2 c.p.p.); salvo, poi, escludere dall'operatività della norma la fattispecie di finanziamento illecito ai partiti³⁸ e innalzare la pena edittale per il reato di *stalking* fino a cinque anni.

Sul versante della fuoriuscita dei detenuti dal circuito carcerario, il testo ha inciso principalmente sull'istituto della liberazione anticipata, consentendone un'applicazione antecedente all'esecuzione³⁹. Ai sensi del comma 4 *bis* aggiunto nell'art. 656 c.p.p., quando il condannato per un reato diverso da quelli indicati nell'art. 4 *bis* o.p.⁴⁰ sia in stato di libertà e la pena residua da espriare – computando la detrazione per la liberazione anticipata – sia inferiore a tre anni, il pubblico ministero prima di emettere l'ordine di esecuzione richiede al magistrato di sorveglianza l'eventuale applicazione della liberazione anticipata e solo a seguito dell'ordinanza del magistrato potrà emettere l'ordine di esecuzione ovvero la sospensione dell'esecuzione nei confronti del condannato libero o la sospensione dell'esecuzione nei confronti del condannato agli arresti domiciliari.

Se, invece, il condannato sia già in carcere per un fatto diverso da quello oggetto della condanna, non opera l'effetto sospensivo: il pubblico ministero, pur dovendo emettere l'ordine di esecuzione, trasmetterà senza ritardo gli atti al magistrato di sorveglianza per determinare le detrazioni di pena relative alla liberazione anticipata (art. 656 comma 4 *ter* c.p.p.).

“Sconfessando” le scelte penitenziarie contenute nella l. 5 dicembre 2005, n. 251⁴¹, è stato, poi, soppresso l'art. 656 comma 9 lett. c) c.p.p. laddove si inibiva ai condannati recidivi reiterati la sospensibilità dell'ordine di esecuzione, anche nelle ipotesi in cui la pena fosse stata inferiore a tre anni, precludendo la fruibilità *ab initio* delle misure alternative alla detenzione. Sulla stessa linea gli interventi in tema di detenzione domiciliare⁴²: sono state, infatti, sopresse le disposizioni, contenute nei commi 1.1 e 1 *bis* dell'art. 47 *ter* o.p., che limitavano la concessione della detenzione domiciliare ai condannati recidivi qualificati. Inoltre, sono stati rimossi i limiti per l'accesso alla semilibertà nei confronti dei recidivi *ex* art. 99 comma 4 c.p., con l'abrogazione dell'art. 50 *bis* o.p. e l'ampliamento dell'ambito di operatività dei permessi premio.

L'ultimo intervento riformatore, anch'esso orientato verso una duplicità (o, per meglio dire, pluralità) di percorsi, si deve al composito d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 recante ‘Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e riduzione controllata della popolazione carceraria’, convertito con modificazioni in l. 21 febbraio 2014, n. 10, con il quale è stato, tra l'altro, istituito presso il Ministero della Giustizia il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale con il compito di vigilare affinché l'esecuzione di qualsiasi forma di limitazione della libertà personale sia attuata in conformità alle norme e ai principi della Costituzione, delle Convenzioni internazionali sui diritti umani, delle leggi e dei regolamenti (art. 7 comma 5 lett. a) e di verificare il rispetto degli adempimenti previsti dalla normativa in materia di Centri di identificazione ed espulsione (art. 7 comma 5 lett. e).

In questo testo, la limitazione del ricorso alla custodia cautelare in carcere passa attraverso la possibilità per il giudice, nella concessione degli arresti domiciliari, di prescrivere delle

37 Cfr. C. FIORIO, *Strasburgo chiama: Roma non risponde*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1136 ss.; A. DELLA BELLA, *Convertito in legge il 'decreto carceri' 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2013. Il decreto ha apportato modifiche anche al codice penale, alla legge di ordinamento penitenziario e al T.U. sugli stupefacenti (con l'introduzione del comma 5 *ter* nell'art. 73 si è estesa la sanzione del lavoro di pubblica utilità a tutti i condannati a pene non superiori ad un anno di detenzione, che abbiano commesso il reato in relazione al proprio stato di tossicodipendenza: sono esclusi i condannati per reati previsti dall'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. o per reati contro la persona. In favore della “reviviscenza” di questa norma dopo la riforma del 2014 in tema di stupefacenti v. F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73*, in *Dir. pen. cont.*, 19 maggio 2014). Le ultime disposizioni sono dedicate ai compiti attribuiti al “Commissario straordinario del Governo per le infrastrutture carcerarie”, i cui poteri sono stati prorogati sino al 31 dicembre 2014.

38 Il legislatore aveva anche innalzato il tetto di pena previsto dall'art. 274 lett. c) c.p.p. senza, però, inserire alcun richiamo al delitto di finanziamento illecito.

39 P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1801.

40 La l. 23 febbraio 2015, n. 19, ha esteso il divieto di concessione dei benefici penitenziari ai condannati per i delitti di cui all'art. 416 *ter* c.p.

41 C. FIORIO, *Strasburgo chiama: Roma non risponde*, cit., p. 1139.

42 E' da segnalare che con la riformulazione del comma 1 *quater* dell'art. 47 *ter* o.p. si consente al magistrato di sorveglianza, nei casi di «grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione», di applicare in via provvisoria la detenzione domiciliare al condannato detenuto. Per C. FIORIO, *Strasburgo chiama: Roma non risponde*, cit., p. 1140, sarebbe stato opportuno eliminare il doppio passaggio magistrato-tribunale di sorveglianza, che dilata i tempi della decisione, senza offrire alcun beneficio ai detenuti. Tra gli altri interventi si è esclusa l'automatica revoca della detenzione domiciliare in caso di condanna per evasione quando il fatto sia di lieve entità.

procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici (il c.d. braccialetto elettronico), «salvo che le ritenga non necessarie» (art. 275 *bis* c.p.p.) e sempre che l'indagato presti il consenso. In sostanza, l'uso del braccialetto elettronico⁴³, introdotto con il d.l. 24 novembre 2000, n. 341 convertito dalla l. 19 gennaio 2001, n. 1⁴⁴, dovrebbe essere un incentivo ad una più generosa applicazione degli arresti domiciliari, misura meno affittiva della custodia cautelare. Il controllo elettronico può essere disposto anche nei riguardi del detenuto in detenzione domiciliare: il nuovo art. 58 *quinquies* o.p. prevede infatti che il magistrato⁴⁵ o il tribunale di sorveglianza possano prescrivere il controllo elettronico⁴⁶ anche «nel corso dell'esecuzione della misura» e non più soltanto al momento della sua applicazione.

Più consistenti le modifiche alle misure alternative alla detenzione, sulle quali sembra doversi giocare la partita decisiva verso il recupero della compatibilità convenzionale e costituzionale della pena detentiva. Nella prospettiva di incentivarne l'utilizzo, si assiste ad un potenziamento dell'affidamento in prova al servizio sociale operato con l'innalzamento del limite di pena espianda, anche residua, da tre a quattro anni *ex* art. 47 comma 3 *bis* o.p.⁴⁷; l'efficacia di questa norma rischia, però, di essere penalizzata da una «svista» del legislatore frettoloso. Il detto limite, infatti, riguarda i condannati detenuti in carcere, essendo rimasto invariato quello di tre anni per la sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656 comma 5 c.p.p.⁴⁸. L'effetto indotto, peraltro, è quello di una evidente disparità di trattamento tra soggetti, soprattutto alla luce della modifica introdotta all'art. 656 comma 5 c.p.p. con la quale si è estesa la sospensione dell'ordine di esecuzione alle pene non superiori a quattro anni, quando ricorrano le ipotesi di detenzione domiciliare di cui all'art. 47 *ter* comma 1 o. p. A ciò si aggiunga che non è stato adeguato il limite di pena previsto dall'art. 47 *ter* comma 1 *bis* o. p. per essere ammessi alla detenzione domiciliare «quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale».

Profili di novità presenta la norma (comma 4) laddove prevede che l'istanza di affidamento possa essere rivolta al magistrato di sorveglianza il quale, «quando sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione all'affidamento in prova e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione e non vi sia pericolo di fuga», può disporre la liberazione del condannato e l'applicazione provvisoria della misura con ordinanza. Quest'ultima conserverà efficacia fino alla decisione del tribunale di sorveglianza – organo competente al riguardo – che dovrà pronunciarsi entro sessanta giorni.

Si è poi stabilizzata l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi, misura che, in tal modo, perde il carattere di provvisorietà impresso dal legislatore del 2010.

Inoltre, in chiave “compensativa”⁴⁹, è stata introdotta la misura della liberazione antici-

⁴³ Sull'incentivo all'uso di forme di “sorveglianza elettronica” come strumento deflativo in relazione al problema del sovraffollamento carcerario v. la Raccomandazione CM/REC (2014) 4 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulla sorveglianza elettronica, 19 febbraio 2014.

⁴⁴ L. FILIPPI, Adelante Pedro...*con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 381.

⁴⁵ Il riferimento al magistrato consente l'impiego delle modalità di controllo elettronico anche se la misura è già in corso di esecuzione e pure in sede di applicazione provvisoria: L. FILIPPI, Adelante Pedro...*con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, cit., p. 380.

⁴⁶ Secondo A. CORBO, *L. 21 febbraio 2014, n. 10 “Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria”*, Relazione Ufficio del Massimario, Corte di Cassazione, n. III/03/2014, 27 febbraio 2014, p. 10, l'imposizione del braccialetto elettronico non è prevista negli stessi termini di ordinarietà come per il caso di indagato o imputato sottoposto agli arresti domiciliari. Sull'utilizzo degli strumenti elettronici di controllo in Belgio, dove viene rilevato un aumento nella popolazione carceraria, v. K. BEYENS-M. ROOSEN, *Electronic monitoring in Belgium: a penological analysis of current and future orientations*, in *European Journal of Probation*, 2013, n. 3, p. 56 ss.

⁴⁷ Purché il soggetto abbia serbato «quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta (...) un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2». Sul punto v. E.M. MANCUSO, *Sovraffollamento carcerario e misure d'urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 58 ss.

⁴⁸ M.G. GASPARI, *Il monitoraggio elettronico non riduce i controlli*, in *Guida dir.*, 2014, n. 4, p. 36; L. FILIPPI, Adelante Pedro...*con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, cit., p. 379.

⁴⁹ Nella Relazione al disegno di legge di conversione del decreto si afferma che «la modifica si atteggia a rimedio compensativo, secondo le indicazioni della Corte europea di Strasburgo della violazione dei diritti dei detenuti in conseguenza della situazione di sovraffollamento carcerario e, più in generale, del trattamento inumano e degradante che, per carenze strutturali, possono essersi trovati a subire. Si tratta, pertanto, di una misura, la cui adozione è indispensabile ai fini dell'adeguamento alle indicazioni della già menzionata sentenza Torreggiani c/Italia della Corte europea. Ed è questa la ragione che ha indotto ad individuare il termine di efficacia nel 1° gennaio 2010, data in cui si è determinata la situazione di emergenza detentiva».

pata⁵⁰ “speciale”, avente natura straordinaria e temporanea (fino al 24 dicembre 2015), che innalza la detrazione di pena concessa a settantacinque giorni (anziché quarantacinque) per ogni semestre di pena scontata. Questa detrazione, però, non si applica «ai condannati ammessi all'affidamento in prova al servizio sociale e alla detenzione domiciliare, relativamente ai periodi trascorsi, in tutto o in parte, in esecuzione di tali misure alternative»; né, per effetto degli interventi apportati in sede di conversione, ai condannati per i delitti previsti dall'art. 4 *bis* della l. n. 354/1975⁵¹ e ai condannati ammessi all'esecuzione della pena presso il domicilio o che si trovino agli arresti domiciliari a norma dell'art. 656 comma 10 c.p.p.⁵²: esclusioni che inducono a manifestare più di un dubbio sulla reale natura “compensativa” dell'istituto.

Ancora, la constatazione che la normativa contro il fenomeno dell'immigrazione ha fatto registrare l'ingresso, nelle nostre carceri, di un elevato numero di stranieri⁵³ ha indotto il legislatore a potenziare l'istituto dell'espulsione a titolo di “sanzione alternativa al carcere” nei confronti appunto dello straniero⁵⁴ (art. 16 comma 5 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), identificato, detenuto, che si trovi in una delle condizioni indicate nell'art. 13 comma 2 e deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni. L'espulsione, tuttavia, non può essere disposta in caso di condanna per i delitti previsti dall'art. 12 commi 1, 3, 3 *bis* e 3 *ter* dello stesso d.lgs. 286/1998 (fattispecie relative all'ingresso illegale organizzato di stranieri nel territorio dello Stato), ovvero per uno o più dei delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p., fatta eccezione per quelli consumati o tentati di rapina aggravata *ex art.* 628 comma 3 c.p. o di estorsione aggravata *ex art.* 629 comma 2 c.p. In questa materia, nella prospettiva di “rieducare” lo straniero-autore di reato, sarebbe preferibile ricorrere alle misure alternative alla detenzione “in senso stretto” – alle quali è certamente estranea l'espulsione – seppure «calibrate su esigenze specifiche», volte a favorire il reinserimento sociale del reo anche nel contesto del paese d'origine⁵⁵.

Infine, altro fronte di intervento ha riguardato il T.U. sugli stupefacenti (d. P.R. 9 ottobre 1990, n. 309): come rilevato nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione in legge del d.l. n. 146/2013, «alla data del 26 luglio 2013 su 23.683 soggetti imputati, ben 8.486 erano ristretti per violazione della legge sugli stupefacenti e su 40.024 detenuti condannati, ben 14.970 stavano scontando pene inflitte per lo stesso tipo di reati». Il legislatore, sul versante dell'ordinamento penitenziario, ha abrogato il quinto comma dell'art. 94 o.p. così eliminando qualsiasi limite alla reiterazione della concessione ai soggetti tossicodipendenti della particolare ipotesi di affidamento in prova disciplinata da questo articolo⁵⁶. Inoltre, sul piano sostanziale, aveva trasformato in fattispecie autonoma di reato il fatto di lieve entità di

⁵⁰ Commentando la sentenza Torreggiani, G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, cit., p. 15 s., all'epoca capo del DAP, aveva indicato nella liberazione anticipata, misura premiale con funzione «risocializzante e responsabilizzante», un possibile strumento deflativo del carcere. L'A. suggeriva, infatti, di aumentarne la portata in termini di riduzione della durata della pena. Per un commento v. F.P.C. IOVINO, *La liberazione anticipata speciale*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., p. 69 ss.

⁵¹ In termini critici esprime dubbi sulla conformità della norma agli artt. 3 e 27 comma 3 Cost. nella parte in cui esclude la misura premiale in ragione del solo titolo di reato, L. FILIPPI, *Adelante Pedro...con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, cit., p. 380. In giurisprudenza si è posta la questione sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale ai condannati per i delitti di cui all'art. 4 *bis* o.p. nel caso in cui l'istanza per la concessione del beneficio sia stata presentata durante la vigenza del d.l. Sul tema v. E. MONTANI, *La liberazione anticipata speciale "integrativa" destinata ai condannati per i delitti di cui all'art. 4 bis o.p. al vaglio della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2015; M.V. VALENTINO, *Esclusioni "eccellenti" in tema di liberazione anticipata speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità*, *ivi*, 14 maggio 2015.

⁵² Nel testo del d.l. n. 146/2013, ai condannati per i reati di cui all'art. 4 *bis* o.p., per la concessione dell'ulteriore detrazione non era sufficiente che il detenuto avesse nel corso dell'esecuzione, continuato a dare prova di partecipazione all'attività di rieducazione, ma era necessario un presupposto più robusto che, cioè, il soggetto avesse dato prova, nel periodo di detenzione, «di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del possibile evolversi della personalità». V.A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per scongiurare il sovrappioppamento*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014.

⁵³ Secondo i dati del DAP aggiornati al 30 aprile 2015 il numero dei detenuti stranieri presenti nelle carceri italiane è pari a 17.430 (si registra una lieve flessione rispetto al 31 ottobre 2014 che segnava un numero pari a 17.578). Nel senso che gli stranieri sono i «clienti privilegiati» delle carceri italiane, E. DOLCINI, *La pena in Italia oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in E. DOLCINI-C. E. PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1097; v., anche, G.L. GATTA, *Immigrati, carcere e diritto penale*, in *questa Rivista*, 10 maggio 2012.

⁵⁴ A. CISTERNA, *Aumentano le espulsioni degli stranieri condannati*, in *Guida dir.*, 2014, n. 4, p. 52 ss.; v., anche, L. FILIPPI, *Adelante Pedro...con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, cit., p. 382 s., al quale si rinvia per l'analisi delle ulteriori modifiche e C. RENOLDI, *Le modifiche in materia di espulsione dei detenuti stranieri come sanzione alternativa alla detenzione*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., p. 91 ss.

⁵⁵ Per alcune riflessioni sul tema v. L. PARLATO, *I diritti dell'imputato e del condannato straniero. Tra ostacoli linguistici e difficoltà rieducative*, in E. ROSI-F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 123 s.

⁵⁶ Per un primo commento v. G. AMATO, *Il fatto di lieve entità diventa un reato autonomo*, in *Guida dir.*, 2014, n. 4, p. 38 s.

cui al comma 5 dell'art. 73 del d. P.R. n. 309/1990 e ridotto la pena edittale massima detentiva, fissandola in cinque anni di reclusione. Su questa disposizione è poi intervenuta la l. 16 maggio 2014, n. 79 che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 20 marzo 2014, n. 36, recante 'Disposizioni urgenti in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché di impiego di medicinali meno onerosi da parte del Servizio sanitario nazionale', emanato con l'intento di "contenere" le incertezze interpretative ingenerate dall'intervento della Corte costituzionale⁵⁷. Per ciò che rileva in questa sede, la legge di conversione ha ridotto ulteriormente il trattamento sanzionatorio previsto per la condotta di lieve entità – già resa autonoma, come detto, con il d.l. n. 146/2013 – passando dalla pena della reclusione da uno a cinque anni (e della multa da 3.000 a 26.000 euro) a quella della reclusione da sei mesi a quattro anni (e la multa da 1.032 a 10.329). Questa modifica importa che non vi sarà spazio per la custodia cautelare in carcere⁵⁸; inoltre, il soggetto potrà usufruire del nuovo istituto della sospensione del processo con messa alla prova⁵⁹.

Uno dei nodi cruciali del sistema penitenziario è legato alla tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti⁶⁰, attribuita alla competenza della magistratura di sorveglianza. A questo riguardo, la sentenza Torreggiani, soffermandosi sul "reclamo giurisdizionalizzato" avanti al magistrato di sorveglianza, disciplinato dagli artt. 14 *ter*, 35 e 69 della legge di ordinamento penitenziario (§ 51 ss.), ne aveva sottolineato l'ineffettività in quanto le relative decisioni, integrando mere sollecitazioni all'autorità amministrativa per l'eliminazione delle violazioni riscontrate, non possono valere come titolo esecutivo nei confronti dell'amministrazione penitenziaria. Il reclamo non impedisce il protrarsi della violazione denunciata e non assicura ai ricorrenti un miglioramento delle loro condizioni materiali di detenzione (§ 55).

Su questo specifico tema è intervenuta la riforma⁶¹ mediante la sostituzione, ad opera dell'articolo 3 lettera i) n. 2, dell'art. 69 comma 6 della l. 354/1975. Sul piano procedimentale il reclamo è disciplinato dal nuovo art. 35 *bis* o.p. che prevede un modulo analogo a quello del procedimento di esecuzione, con un contraddittorio tra le parti. Due sono le ipotesi in cui è attivabile il rimedio: a fronte dei provvedimenti di natura disciplinare adottati dall'amministrazione penitenziaria (art. 69 comma 6 lett. a) e dell'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato, un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti (art. 69 comma 6 lett. b). Quest'ultima ipotesi si riferisce proprio ai casi di sovraffollamento carcerario

⁵⁷ Cfr. Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, che ha dichiarato l'incostituzionalità, per contrasto con l'art. 77 comma 2 Cost., degli artt. 4 *bis* e 4 *vicies ter* del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 convertito con modificazioni in l. 21 dicembre 2006, n. 49 (c.d. legge "Fini-Giovanardi"), che aveva modificato l'art. 73 d.P.R. n. 309/1990 unificando il trattamento sanzionatorio tra droghe leggere e droghe pesanti mediante un innalzamento del tetto di pena. In argomento v., tra i tanti, V. MANES-L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2014; A. DELLA BELLA, *Le modifiche al t.u. stupefacenti e la sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale*, in EAD, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014*, Torino, 2014, p. 50 ss.

⁵⁸ Sul tema v., da ultimo, L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2014, p. 2 ss.; G. PIFFER, *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., p. 34 ss.

⁵⁹ F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73*, cit., sottolinea come nell'ipotesi, ancorché inverosimile, di condanna a pena superiore ai tre anni di reclusione, per la quale non opera la sospensione dell'ordine di esecuzione di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p., il condannato potrà chiedere l'affidamento in prova al servizio sociale ai sensi del comma 3 *bis* dell'art. 47 o.p. L.A., in chiave di tutela del *favor libertatis*, richiama anche il ripristino del comma 5 *bis* dell'art. 73 che prevede la sostituzione delle pene detentive e pecuniarie per i delitti di cui all'art. 73 comma 5 con il lavoro di pubblica utilità.

⁶⁰ V. Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26: «In ogni caso, l'elemento fondamentale che accomuna tutti questi rimedi posti a tutela di posizioni soggettive connesse all'esecuzione di provvedimenti limitativi della libertà personale è la loro idoneità ad assicurare la tutela, di volta in volta, dei diritti del detenuto secondo modalità di natura giurisdizionale. Questa matrice unitaria è stata in numerose occasioni valorizzata e sottolineata dalla giurisprudenza di questa Corte, ogni volta che è stata sottoposta al controllo di costituzionalità una normativa riconducibile all'ambito del "trattamento" in carcere e alla relativa gestione amministrativa. E ogni volta si è ribadita l'esigenza costituzionale della garanzia della giurisdizione, escludendosi ogni potere dell'amministrazione penitenziaria libero da controlli, a fronte dei diritti dei detenuti ([sentenze nn. 349 e 410 del 1993](#); [227 del 1995](#); [351 del 1996](#)). Ma, entro questa impostazione comune, i procedimenti e le varianti previsti nei singoli casi sono numerosi e importanti, cosicché manca un rimedio giurisdizionale che possa essere considerato di carattere generale. Nel sistema della legge, il rimedio generale c'è ma è costituito dalla procedura non giurisdizionale su reclamo generico. Ma è di questo che, per l'appunto, il giudice rimettente fondatamente si duole, senza peraltro che vi sia nell'ordinamento, come s'è visto, la possibilità di individuare, oltre le discipline singolari, una norma e una procedura giurisdizionale che questa Corte sia abilitata a estendere e generalizzare».

⁶¹ In argomento v. M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2, p. 1 ss. Prima dell'intervento riformatore v. le considerazioni di P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, cit., p. 1808. Alcune modifiche hanno interessato anche il reclamo c.d. "generico" mediante la rideterminazione delle Autorità destinatarie.

e legittima l'accesso al rimedio compensativo di cui al nuovo art. 35 *ter* o.p.⁶².

Avverso la decisione del magistrato di sorveglianza è previsto il reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni e avverso la decisione di quest'ultimo, sempre nei quindici giorni, è esperibile il ricorso per cassazione per violazione di legge. Nei casi di mancata esecuzione del provvedimento non più soggetto ad impugnazione da parte dell'amministrazione – ed è qui che si innesta un ulteriore e significativo profilo di novità – l'interessato può promuovere il giudizio di ottemperanza davanti al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento, secondo il modello di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. Se il magistrato accoglie la richiesta, ordina all'amministrazione di ottemperare⁶³ indicando modalità e tempi dell'adempimento e dichiara nulli gli eventuali atti compiuti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito, e nomina, laddove occorra, un commissario *ad acta*. Anche avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza in sede di ottemperanza è ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge.

Certamente è ancora presto per fare bilanci sull'impatto, valutabile soltanto nel lungo periodo, delle modifiche normative, sin qui soltanto accennate, ai fini del decongestionamento carcerario; sul versante europeo assume rilievo la decisione con la quale la *Westminster Magistrates' Court*, lo scorso febbraio, tornando sui propri passi, ha autorizzato la consegna del Sig. Rancadore in favore dell'Italia, così ritenendo superato il rischio di una violazione dell'art. 3 CEDU⁶⁴. Sul versante nazionale sarebbe importante, al di là delle statistiche sull'effettiva applicazione delle misure alternative⁶⁵, monitorare il tasso di recidiva di quanti sono stati ammessi ad usufruirne, anche per comprendere se il potenziamento delle misure alternative alla detenzione⁶⁶ – purché passi attraverso la riscrittura dell'intera materia, per restituire certezza agli operatori del diritto – sia nel futuro la strada giusta da percorrere e non anche una “*back door*” verso il carcere. Al riguardo l'esperienza del Regno Unito non offre dati confortanti⁶⁷.

4.

Una terza strada: la sospensione dell'esecuzione della pena.

In un quadro normativo “disorganico” che, per il suo procedere a macchie di leopardo, ha finito per ingenerare incertezze, se non disparità di trattamento tra condannati, si innesta, come accade sempre più spesso, la giurisprudenza, fonte propulsiva del diritto⁶⁸. La magistratura di sorveglianza, gravata da una forte responsabilità⁶⁹ – trovare soluzioni⁷⁰ volte a riportare

⁶² V. *infra* § 6.

⁶³ Seppure, come rilevato da A. MARTUFI, *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*, cit., p. 4, l'ordinanza con cui si impone di rimuovere la violazione convenzionale avrebbe scarsa possibilità di essere eseguita a fronte di «una complessiva saturazione degli istituti di pena».

⁶⁴ V. *supra* § 2.

⁶⁵ Un incremento nell'utilizzo delle misure alternative alla detenzione (espressione da intendere in senso ampio, perché comprensiva delle alternative anche nella fase cautelare) è registrato nel Report *Persons serving non-custodial sanctions and measures in 2013, Space II*, redatto dal Consiglio d'Europa, leggibile in *questa Rivista*, 11 marzo 2015.

⁶⁶ Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo, cit., al § 16 si invitano gli Stati membri «a tenere conto in particolare dei diritti delle persone vulnerabili e in generale a valutare in modo approfondito alternative alla detenzione».

⁶⁷ V., in particolare, N. PADFIELD, *Recalling conditionally released prisoners in England and Wales*, in *European Journal of Probation*, 2012, n. 1, p. 34 ss. Analogamente quella scozzese: B. WEAVER-C. TATA- M. MUNRO- M. BARRY, *The Failure of Recall to Prison: Early Release, Front-Door and Back-Door Sentencing and the Revolving Prison Door in Scotland*, *ivi*, 2012, p. 85 ss.

⁶⁸ Parla di «progressivo indebolimento della legislazione, cui corrisponde una progressiva centralità della giurisprudenza» G. CIANI, *La situazione della giustizia penale secondo il Procuratore generale della Corte di Cassazione: analisi e proposte*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 438.

⁶⁹ Efficace il titolo del lavoro di A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della Magistratura di Sorveglianza. Statuto costituzionale delle pena e sovraffollamento carcerario (nota a C. cost. sent. 22 novembre 2013, n. 279)*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014.

⁷⁰ Profili di interesse presenta Mag. *Sorv. Lecce*, 9 giugno 2011, in *questa Rivista*, 16 settembre 2011, con nota di A. INGRASSIA, che accogliendo il reclamo aveva condannato il Ministro della Giustizia *pro tempore* al risarcimento del danno in via equitativa subito dal detenuto in conseguenza del sovraffollamento. Sulla pronuncia v. le riflessioni di V. FANCHIOTTI, *Glocalizing Prisoners' Rights: dalla California alla Puglia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 118 ss., per il quale il provvedimento si pone come «una sorta di “presa della bastiglia” ad opera dei seguaci del principio di legalità e dello stato di diritto, contro cui è prevedibile attendersi una controffensiva di realisti e lealisti dell'*ancien régime*». La soluzione del giudice di merito è stata, infatti, sconfessata da Cass., Sez. I, 15 gennaio 2013, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2013, con nota di F. VIGANO, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*. V., anche, i commenti di F. FIORENTIN, *En attendant Godot, ovvero la questione della tutela per i diritti negati in carcere tra Corte EDU e Cassazione, in attesa di una riforma troppo a lungo trascurata*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 973 ss., e F. DELLA CASA, *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2264 ss.

la detenzione entro i confini di “umanità” segnati dall’art. 27 comma 3 della Carta costituzionale e dell’art. 3 CEDU – a fronte della indisponibilità di rimedi effettivi⁷¹ e dell’impossibilità di un’interpretazione adeguatrice, ha dovuto richiamare il Giudice delle leggi al suo ruolo istituzionale. Così, il Tribunale di sorveglianza di Venezia⁷², invocando una pronuncia additiva, ha sollevato *ex officio* la questione di legittimità costituzionale dell’art. 147 c.p., in riferimento agli artt. 2, 3, 27 terzo comma e 117 primo comma Cost., nella parte in cui non contempla, tra i casi di rinvio facoltativo dell’esecuzione della pena, caratterizzati dalla tassatività, l’eventualità che la detenzione debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità. Si tratterebbe di un rimedio “preventivo” da disporre nei casi in cui l’amministrazione penitenziaria non sia in grado di assicurare condizioni detentive compatibili con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità; rimedio, però, che come sottolineato da parte della dottrina⁷³ si presta a innestare ulteriori problematiche sul fronte della finalità rieducativa della pena (qui compromessa), della certezza e tempestività della punizione (che giungerebbe a distanza considerevole dalla commissione del fatto), della eguaglianza di trattamento tra detenuti, in ragione della sua applicazione “discrezionale”; delle istanze di difesa sociale.

Lesito cui è pervenuta la Corte costituzionale⁷⁴ – declaratoria di inammissibilità delle questioni sollevate «per la pluralità di soluzioni normative che potrebbero essere adottate» – era stato annunciato da diverse voci⁷⁵, seppure in ragione della inadeguatezza della norma denunciata; come si è osservato, il divieto di tortura è assoluto e non ammette deroga alcuna ai sensi dell’art. 15 CEDU; anche la giurisprudenza della Corte europea lo sottrae a un giudizio di bilanciamento. Diversamente, l’art. 147 c.p. nel disciplinare il differimento facoltativo della pena «avrebbe indebolito l’inderogabilità assoluta del parametro interposto»⁷⁶. La Corte costituzionale, tuttavia, non si è limitata a dichiarare l’inammissibilità della questione ma ha formulato un monito agli organi competenti: «questa Corte deve tuttavia affermare come non sarebbe tollerabile l’eccessivo protrarsi dell’inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia». In sostanza, il giudice delle leggi si riserva la possibilità, nel caso di perdurante stallo da parte del legislatore, di adottare le necessarie decisioni dirette a far cessare l’esecuzione della pena in condizioni contrarie al senso di umanità, come avvenuto in passato con la nota vicenda Dorigo⁷⁷.

Quali, di fronte alla pluralità di soluzioni normative possibili, le strade suggerite dalla Corte al legislatore? Tra i rimedi di tipo “preventivo” non si esclude il ricorso al rinvio dell’esecuzione della pena, così lasciando un varco aperto ad una eventuale pronuncia additiva sull’art.

⁷¹ Significativo il seguente passaggio dell’ordinanza: «(...): l’attuale sistema, pur prevedendo in capo alla magistratura di sorveglianza la tutela dei diritti in sede di reclamo giurisdizionale, rimane pur sempre privo di qualsivoglia meccanismo di esecuzione forzata, finendo dunque per generare quei fenomeni di ineffettività della tutela che sono la negazione stessa del concetto di giurisdizione».

⁷² Trib. Sorv. Venezia, 13 febbraio 2013, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 572 ss., con il commento di A. GARGANI, *Trattamento disumano e rinvio facoltativo dell’esecuzione della pena: verso una sentenza additiva?*. V, anche, F. VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell’esecuzione della pena detentiva*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2013; F. DELLA CASA, *Il problematico impiego della sospensione dell’esecuzione in chiave “anti-overcrowding”. La parola alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 997 ss. Analoga questione di legittimità è stata successivamente sollevata dal Tribunale di Milano, 18 marzo 2013, in *Dir. pen. cont.*, 28 marzo 2013, con nota di A. DELLA BELLA, *Sollevata ancora una questione di illegittimità costituzionale dell’art. 147 c.p.: il Tribunale di sorveglianza di Milano segue la strada imboccata dal Tribunale di Venezia per rispondere al problema del sovraffollamento carcerario*.

⁷³ Riassume le obiezioni A. PUGIOTTO, *L’urlo di Munch della Magistratura di Sorveglianza. Statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario (nota a C. cost. sent. 22 novembre 2013, n. 279)*, cit., p. 6.

⁷⁴ Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279, in *Cass. pen.*, 2014, p. 506 ss., con osservazioni di E. APRILE.

⁷⁵ Per R. ORLANDI, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 425 s., l’aggancio all’art. 147 c.p. «è fuorviante» in quanto le situazioni disciplinate dalla norma in oggetto hanno carattere marcatamente soggettivo; mentre, nel caso di pena eseguita con modalità inumane per effetto del sovraffollamento la situazione dipende da un problema logistico-organizzativo che spetta all’autorità pubblica risolvere. V., anche, G. DODARO, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell’art. 3 CEDU, ivi*, p. 430 s., per il quale «la garanzia del diritto del detenuto a non subire pene e trattamenti disumani non sarebbe assoluta. Anche in situazioni estreme di sovraffollamento, sarebbe comunque subordinata all’assenza di preminenti esigenze di difesa sociale, discrezionalmente valutate all’atto della concessione del beneficio».

⁷⁶ A. PUGIOTTO, *L’urlo di Munch della Magistratura di Sorveglianza. Statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario (nota a C. cost. sent. 22 novembre 2013, n. 279)*, cit., p. 8.

⁷⁷ Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1523 ss., con i commenti di G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*; G. REPETTO, *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, e S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all’obbligo di conformarsi alle condanne europee: l’inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*. V., tra gli altri, L. PARLATO, *Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale “getta il cuore oltre l’ostacolo”*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 839 ss.; M. GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte costituzionale crea la “revisione europea”*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3308 ss.

147 c.p.⁷⁸, purché si definiscano i criteri in base ai quali individuare i detenuti nei cui confronti il rinvio può essere disposto. Non possono, invero, trascurarsi le esigenze di “difesa sociale” che potrebbero essere pregiudicate dal ricorso all’istituto in questione. In alternativa, per non lasciare a lungo aperta la vicenda esecutiva, come avverrebbe mediante la sospensione o il rinvio dell’esecuzione, si ipotizza un ampio ricorso alla detenzione domiciliare o ad altre misure da considerare quali forme alternative di esecuzione della pena, strada, questa, in parte battuta dal nostro legislatore con le riforme appena tratteggiate.

5.

La parola al legislatore: deflazione processuale e “ripensamenti” sulla custodia cautelare.

Escluso il ricorso a rimedi straordinari⁷⁹ – come l’indulto o l’amnistia, pure suggeriti dal Presidente della Repubblica, in combinata applicazione, nel suo messaggio alle Camere dell’8 ottobre 2013⁸⁰ – il legislatore, al di là delle specifiche misure accennate *supra*, si è mosso, anzitutto, nella direzione della deflazione processuale. E’ questo l’intento perseguito con l’introduzione della sospensione del procedimento con messa alla prova⁸¹, ispirato ad analogo istituto disciplinato nel procedimento avanti al tribunale per i minorenni (art. 28 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), nonché della sospensione del procedimento nei confronti degli imputati “irreperibili” (espressione quest’ultima che, in verità, non compare nel testo normativo). Entrambi sono disciplinati dalla l. 28 aprile 2014, n. 67⁸² contenente ‘Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili’ e sono diventati operativi a far data dal 17 maggio 2014, decorso il periodo ordinario di *vacatio legis*.

Il primo intervento si muove nella direzione di realizzare “un’equilibrata de-carcerizzazione” evitando il passaggio attraverso la struttura carceraria di una platea di soggetti individuata mediante un duplice criterio: quantitativo e qualitativo. Possono, infatti, accedere all’istituto *ex art. 168 bis c.p.*⁸³ – configurato, in caso di esito positivo della prova, quale causa di estinzione del reato – coloro che sono coinvolti in procedimenti per reati puniti con la pena edittale pecuniaria o con pena detentiva, esclusiva, congiunta o alternativa, non superiore nel massimo a

⁷⁸ Una soluzione è prospettata da R. ORLANDI, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, cit., p. 427 s., il quale richiama l’istituto disciplinato dal § 455 a *Strafprozessordnung* – rinvio della pena disposto dal pubblico ministero, senza il consenso dell’interessato, con provvedimento inoppugnabile, “se necessario per ragioni di organizzazione dell’esecuzione e a ciò non ostino prevalenti motivi di pubblica sicurezza” – con alcuni adattamenti. L’A. ipotizza un nuovo art. 147 *bis c.p.* che preveda il rinvio o la sospensione dell’esecuzione della pena laddove sia necessario assicurare l’ordinato svolgersi della vita interna al carcere, con un meccanismo procedurale attivabile dal pubblico ministero di fronte al magistrato di sorveglianza. La relativa decisione dovrebbe poi essere reclamabile davanti al Tribunale di sorveglianza. La norma richiamata nel sistema tedesco può essere applicata in considerazione del divieto di sovraffollamento degli istituti di detenzione, che assume particolare importanza ai fini di una sistemazione dignitosa dei detenuti (§ 146 StVollzG), e può rilevare anche sotto il profilo della validità dell’esecuzione penale (in dottrina v. D. FABRICIUS, *Gesetzwidrige Verhältnisse im Strafvollzug: Infrastrukturverwaltung im rechtsfreien Raum?*, in *StV*, 1998, p. 447); per le ragioni di cui al comma I può essere disposta anche l’autorizzazione al trasferimento (di cui al § 8 I Nr 2 StVollzG). V. L. MEYER-GOSSNER, *Strafprozessordnung*, München, 2012, p. 1631 s.

⁷⁹ In una intervista rilasciata al quotidiano *Il manifesto*, 29 maggio 2014, il Ministro della Giustizia Andrea Orlando ha confermato la scelta di volere procedere «con le riforme strutturali sulle pene alternative e complessivamente sul sistema penitenziario e sanzionatorio. (...) Non ho pregiudiziali ideologiche ma se le tendenze che registriamo si consolidano – nell’ultimo mese c’è stata una diminuzione di 500 detenuti – non credo che sia necessario un provvedimento emergenziale (...). Il sistema penitenziario ha bisogno di una riforma che non si esaurisce con un provvedimento emergenziale e che invece rischia così di passare in secondo piano».

⁸⁰ «La prima misura su cui intendo richiamare l’attenzione del Parlamento è l’indulto, che – non incidendo sul reato, ma comportando solo l’estinzione di una parte della pena detentiva – può applicarsi ad un ambito esteso di fattispecie penali (fatta eccezione per alcuni reati particolarmente odiosi). Ritengo necessario che – onde evitare il pericolo di una rilevante percentuale di ricaduta nel delitto da parte di condannati scarcerati per l’indulto, come risulta essere avvenuto in occasione della legge n. 241 del 2006 – il provvedimento di clemenza sia accompagnato da idonee misure, soprattutto amministrative, finalizzate all’effettivo reinserimento delle persone scarcerate, che dovrebbero essere concretamente accompagnate nel percorso di risocializzazione. Al provvedimento di indulto, potrebbe aggiungersi una amnistia».

⁸¹ Nella presentazione alla Camera dei Deputati del testo del d.l. n. 5019, avvenuta il 29 febbraio 2012, p. 2, si legge che l’istituto, «pur senza essere sprovvisto di una necessaria componente afflittiva, che ne fa salva la funzione punitiva e intimidatrice, è connotato anche da un contenuto special-preventivo e risocializzativo, avendo come naturali destinatari soggetti bisognosi di reinserimento sociale».

⁸² V. R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova* e P. SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo “in assenza” dell’imputato*, Relazione Ufficio del Massimario, Corte di Cassazione, n. III/07/2014, 5 maggio 2014. V., anche, i numerosi contributi in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit.; D. VIGONI (a cura di), *Il giudizio in assenza dell’imputato*, Torino, 2014.

⁸³ E’ da segnalare che il potere di iniziativa è attribuito al solo imputato (art. 464 *bis c.p.p.*) al pari della sanzione del lavoro di pubblica utilità di cui all’art. 54 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

quattro anni; nonché, coloro che sono imputati dei delitti indicati nel secondo comma dell'art. 550 c.p.p., in tema di citazione diretta a giudizio. La disciplina non si applica ai delinquenti e contravventori abituali, ai delinquenti professionali e per tendenza (artt. 102, 103, 104, 105 e 108 c.p.). A differenza dell'analogo istituto del procedimento minorile, la norma rimette un margine di discrezionalità al giudice; questi, infatti, la può disporre quando, in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p., reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati. A tal fine, dovrà valutare anche che il domicilio indicato nel programma dell'imputato sia tale da assicurare le esigenze di tutela della persona offesa dal reato (art. 464 *ter* comma 3 c.p.p.).

Quanto, invece, alla sospensione del processo nei confronti degli imputati irreperibili, la disciplina introdotta nel nuovo art. 420 *quater* c.p.p. – rubricato in modo improprio “sospensione del processo per assenza dell'imputato” – sembra offrire risposta alle istanze protese a difendere il diritto al contraddittorio, *sub specie* del diritto alla presenza dell'imputato⁸⁴, pregiudicato dalla ostinazione alla celebrazione del processo nei casi di certezza della mancata conoscenza del processo da parte dell'imputato⁸⁵. Il processo trova una battuta di arresto⁸⁶ nel momento in cui – esclusa la ricorrenza di una delle situazioni di “assenza” di cui al nuovo art. 420 *bis* c.p.p. o di legittimo impedimento e fuori dalle ipotesi di nullità della notificazione – il giudice, constatata l'assenza dell'imputato, abbia disposto la notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare all'imputato personalmente, ad opera della polizia giudiziaria, e questa non risulti possibile. E' comunque fatta salva la possibilità di riprendere il corso del processo laddove le ricerche abbiano avuto esito positivo, ovvero si sia in presenza di situazioni che dimostrino in modo inequivocabile una conoscenza del processo in capo all'imputato (quale è la nomina di un difensore di fiducia), ovvero se vi siano i presupposti per la pronuncia di una sentenza *ex art.* 129 c.p.p. Qualche dubbio pone però la clausola “aperta” – che pure legittima la revoca della sospensione – di cui alla lettera c) dell'art. 420 *quinquies* c.p.p.: «in ogni altro caso in cui vi sia la prova certa che l'imputato è a conoscenza del procedimento avviato nei suoi confronti».

Il banco di prova per misurare l'effettività di queste riforme e la loro reale capacità di deflazionare il carico processuale non potrà che essere la prassi applicativa; in sostanza, ancora una volta, considerata la discrezionalità affidata al giudice ai fini della sospensione del processo con messa alla prova, nonché la clausola “di salvezza” in tema di “assenza”⁸⁷, sarà la giurisprudenza a farsi carico (o meno) di riempire gli spazi lasciati liberi dal legislatore.

Tra le deleghe conferite nella l. n. 67/2014, la prima ad essere stata attuata dal Governo, attraverso il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, entrato in vigore lo scorso 2 maggio, è quella sulla «non punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento». L'obiettivo perseguito con l'istituto della tenuità del fatto è quello di agevolare la fuoriuscita dal sistema giudiziario di condotte che, pur integrando gli estremi del fatto tipico e antigiuridico, appaiono non meritevoli di pena «in ragione dei principi generalissimi di proporzionalità e di economia processuale»⁸⁸. Al di là delle numerose questioni

⁸⁴ In argomento cfr., volendo, A. MANGIARACINA, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino, 2010, *passim*. Da ultimo v. D. NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino, 2014, *passim*.

⁸⁵ Cfr. S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *Dir. pen. cont.*, 30 aprile 2014, p. 9, alla quale si rinvia per gli ulteriori approfondimenti sulla nuova disciplina. Nella presentazione alla Camera dei Deputati del testo del d.l. n. 5019, cit., p. 3, si afferma che «tale intervento si rende necessario anche alla luce delle diverse pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che, richiamandosi all'articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), resa esecutiva dalla legge 4 agosto 1955, n. 848, ha affermato che tra le garanzie dell'equo processo va annoverato anche il diritto dell'imputato a essere presente al proprio processo, diritto che, ancorché non espressamente statuito nella norma, tuttavia è indubbiamente presupposto negli affermati diritti «di difendersi personalmente», «di interrogare e far interrogare i testimoni», «di farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata nell'udienza», tutti contemplanti garanzie che sarebbero inattuabili ove non fosse salvaguardata anche la presenza dell'imputato».

⁸⁶ L'art. 420 *quinquies* c.p.p. prevede un meccanismo periodico di verifica del permanere della situazione di “irreperibilità”. Il giudice, infatti, alla scadenza di un anno dalla pronuncia dell'ordinanza con cui ha disposto la sospensione, o anche prima quando ne ravvisi l'esigenza, dovrà disporre nuove ricerche dell'imputato per la notifica dell'avviso.

⁸⁷ La lacuna legata alla mancanza di una disciplina transitoria sul nuovo procedimento in assenza dell'imputato è stata, da ultimo, colmata dalla l. 11 agosto 2014, n. 118.

⁸⁸ Cfr. Relazione allo Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, trasmesso alla Presidenza del Senato il 23 dicembre 2014. Come sottolineato da F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1706, l'irrelevanza del fatto risponde «(...) anche al principio fondamentale addirittura di giustizia costituito dalla proporzionalità che deve caratterizzare l'intervento punitivo dello Stato».

interpretative poste sul versante sia sostanziale, sia processuale⁸⁹, sulle quali non è possibile soffermarsi in questa sede, la prassi dirà se l'istituto, applicabile sin dalla fase delle indagini preliminari, in sede di archiviazione, è in grado di realizzare l'auspicata "depenalizzazione in concreto" di condotte caratterizzate da una non apprezzabile "lesività". Sul versante della deflazione dei carichi processuali si colloca anche la delega al Governo, pure contenuta nella accennata legge (art. 2), per un'ampia depenalizzazione⁹⁰ di fattispecie di reato, alcune retaggio del codice del 1930, nel quale «vi continuano a permanere solo per vischiosità storica»⁹¹, altre previste in leggi speciali. Tra queste ultime, va segnalata l'abrogazione, con trasformazione in illecito amministrativo, del reato di "immigrazione clandestina" di cui all'art. 10 *bis* del d. lgs. n. 286/1998.

Significativa, poi, nella prospettiva di uscire dalla prospettiva "carcerocentrica" che ha contraddistinto la legislazione emergenziale dell'ultimo decennio, dando «effettività al principio del minor sacrificio possibile della libertà personale»⁹², era la delega in tema di pene contenuta nell'art. 1⁹³ che, tuttavia, sul punto è scaduta. Accanto all'ergastolo e alla reclusione, tra le pene principali a disposizione del giudice, comparivano infatti due nuove pene detentive non carcerarie: la reclusione domiciliare e l'arresto domiciliare, da eseguirsi presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, con durata continuativa o per singoli giorni della settimana o per fasce orarie⁹⁴. L'introduzione di queste nuove specie sanzionatorie sarebbe dovuta avvenire attraverso un sistema differenziato in relazione alla gravità in astratto della fattispecie: per i reati per i quali è prevista la pena dell'arresto o della reclusione non superiore nel massimo a tre anni, secondo quanto disposto dall'art. 278 c.p.p., la pena doveva essere quella della reclusione domiciliare o dell'arresto domiciliare (lett. b); mentre per i delitti per i quali è prevista la pena della reclusione tra i tre e i cinque anni sarebbe spettata al giudice e, quindi, alla sua valutazione discrezionale, guidata dai criteri di cui all'art. 133 c.p., la decisione sull'applicazione della reclusione domiciliare (lett. c). Al riguardo, ci troviamo di fronte ad un'occasione mancata. E', però, auspicabile che il contenuto della delega rappresenti un nuovo punto di partenza per una riforma del sistema sanzionatorio meno prudente rispetto a quella impostata dalla stessa legge delega, che guardi anche alle sanzioni patrimoniali⁹⁵.

Altro fronte di intervento è quello cautelare, con l'intento in verità percorso ancora senza troppa audacia, di restituire alla custodia cautelare in carcere la sua natura di *extrema ratio*⁹⁶. Con la l. 16 aprile 2015, n. 47, recante 'Modifiche al codice di procedura penale in materia di

⁸⁹ E' da evidenziare che a distanza di qualche giorno dall'entrata in vigore della nuova normativa è intervenuta Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, Mazzarotto, n. 15449, che ha ricondotto la tenuità del fatto tra le cause di non punibilità, così affermando l'immediata operatività della nuova disciplina ai processi in corso. Per un primo commento v. G.L. GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*, in *Dir. pen. cont.*, 22 aprile 2015. Lo scorso 7 maggio, invece, la III sezione della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni unite alcune questioni interpretative: la notizia è riportata in *questa Rivista*, 11 maggio 2015.

⁹⁰ F. PALAZZO, *Coltivare i primi segnali di revirement con un programma graduale e coerente*, in *Legisl. pen.*, 2013, p. 253, colloca la depenalizzazione, seppure auspicandola, tra gli "interventi di retroguardia". La legge delega, all'art. 2 co. 3 lett. a), prevede, inoltre, la "decriminalizzazione" di alcune fattispecie,

⁹¹ Così G. CIANI, *La situazione della giustizia penale secondo il Procuratore generale della Corte di Cassazione: analisi e proposte*, cit., p. 445.

⁹² In questi termini la presentazione alla Camera dei Deputati del testo del d.l. n. 5019, cit., p. 5. Si afferma inoltre che «attraverso le nuove pene detentive non carcerarie, il condannato non dovrà più subire l'inadeguatezza del sistema penitenziario e la relativa ingiustificata compressione del diritto a un'esecuzione della pena ispirata al principio non solo di rieducazione, ma anche di umanità. Si tratta, pertanto, di disposizioni che conciliano i fondamentali obiettivi di un moderno sistema penale ispirato ai principi non soltanto di necessità, legalità, proporzionalità, personalità della pena, ma anche di rieducazione e umanizzazione della stessa secondo il disposto dell'articolo 27 della Costituzione, che ha inteso bandire ogni trattamento disumano e crudele, escludendo dalla pena ogni afflizione che non sia inscindibilmente connessa alla restrizione della libertà personale».

⁹³ Come rileva F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 102, la necessità di sottrarre al monopolio della pena carceraria una fascia di reati non deriva soltanto dal sovraffollamento carcerario ma anche dal processo di umanizzazione della pena che «è un'inarrestabile tendenza di lungo periodo coerente e parallela all'evoluzione delle condizioni di vita sociale».

⁹⁴ F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, cit., p. 103, respinge la tesi che attraverso la detenzione domiciliare si introduca, nella realtà, un provvedimento di clemenza generalizzato. Al di là della considerazione che la detenzione domiciliare è una sanzione a tutti gli effetti, «la possibilità di disporre nell'arsenale sanzionatorio di una pena meno devastante del carcere potrebbe forse spingere i giudici a fare un uso più parsimonioso della sospensione condizionale, con la conseguenza di contribuire – all'opposto – ad un rafforzamento dell'effettività sanzionatoria».

⁹⁵ Denuncia la cautela del delegante F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., p. 1710 ss. Sulla necessità di potenziare la pena pecuniaria v. le riflessioni di A. MANNA, *Riflessioni introduttive sulle recenti riforme in tema di "svuota-carceri"*, in *Arch. pen., on line*, 2015, n. 1, p. 11 ss.

⁹⁶ Secondo G. ILLUMINATI, *Carcere e custodia cautelare*, cit., p. 2375 s., bisognerebbe trovare altri strumenti di controllo della libertà personale, in funzione del tipo di imputazione. V., sul tema, le proposte contenute nel *Documento conclusivo della Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, p. VII ss. e 56 ss. Il testo è leggibile in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2013.

misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da *handicap* in situazione di gravità⁹⁷, sono state, infatti, apportate significative innovazioni al procedimento di applicazione delle misure cautelari e al sistema dei mezzi di controllo⁹⁸. Oltre ad ancorare le esigenze cautelari legate al pericolo di fuga e di reiterazione di reati⁹⁹ (art. 274 lett. b e c¹⁰⁰ c.p.p.) all'esplicito presupposto dell'attualità e a rafforzare gli oneri motivazionali del giudice investito della richiesta di applicazione della misura cautelare¹⁰¹, il testo (artt. 3 e 4) incide sull'art. 275 c.p.p.¹⁰², norma cruciale per testare la reale inversione di rotta del nostro legislatore e sulla quale si intende soffermare sia pure brevemente l'attenzione in questa sede.

Già in questo ambito il testo approvato dal Senato il 2 aprile 2014 puntava ad escludere (comma 2 *bis*) l'applicazione della custodia cautelare in carcere o degli arresti domiciliari ove il giudice avesse ritenuto che, all'esito del giudizio, potesse essere sospesa l'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 656 comma 5 c.p.p., ferma restando l'ipotesi in cui con sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. E' da evidenziare che la riforma, in parte *qua*, è stata "anticipata" dal discusso d.l. n. 92/2014, convertito con modificazioni nella l. n. 117/2014, che è intervenuto proprio sul comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p. La prima parte della norma, rimasta immutata, esclude l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere o degli arresti domiciliari «se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena». Più incisive le modifiche che, in sede di conversione, hanno interessato la seconda parte dell'art. 8 del d.l. nella quale si escludeva, con una sorta di "automatismo", l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere se il giudice avesse ritenuto che all'esito del giudizio, la pena detentiva "da eseguire" non sarebbe stata superiore a tre anni¹⁰³. In virtù delle deroghe introdotte in sede di conversione, ferma restando la prognosi triennale compiuta dal giudice in relazione alla pena "irrogabile"¹⁰⁴, rimane comunque possibile applicare la custodia cautelare in carcere per una serie di delitti (incendio boschivo, maltrattamenti in famiglia, *stalking*, furto in abitazione o con strappo, nonché per quelli di cui all'art. 4 l. n. 354/1975) e, ancora, quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, non possano essere disposti gli arresti domiciliari per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'art. 284 comma 1 c.p.p. Previsione, quest'ultima, che pone non pochi dubbi sul piano costituzionale rischiando di creare delle disparità di trattamento tra soggetti "egualmente pericolosi" «ma che versano in condizioni socio-economiche differenziate»¹⁰⁵.

⁹⁷ La proposta di legge C-631 è stata presentata il 3 aprile 2013. Per un primo commento al d.d.l. S-1232 nel testo approvato dal Senato il 2 aprile 2014 v. [M. MONTANARI, Il Senato approva il ddl di riforma in materia di misure cautelari personali](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2014; sul testo approvato definitivamente al Senato (S-1232-B) v. E. N. LA ROCCA, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali*, in *Arch. pen.*, on line, 2015, n. 2.

⁹⁸ Secondo [G. ILLUMINATI, Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa](#), in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2015, la riforma sulle misure cautelari, pur segnando un rafforzamento delle garanzie individuali, non sarà risolutiva con riferimento al problema del sovraffollamento.

⁹⁹ In termini critici [G. ILLUMINATI, Carcere e custodia cautelare](#), cit., p. 2377, ritiene che il giudizio di pericolosità dell'imputato, espresso da questa esigenza cautelare, sia in contrasto con la presunzione di non colpevolezza.

¹⁰⁰ L'art. 274 lett. c) c.p.p. è stato anche modificato inserendo il riferimento al delitto di finanziamento illecito, così da colmare il difetto di coordinamento con l'art. 280 c.p.p., dopo l'intervento ad opera del d.l. n. 78/2013.

¹⁰¹ All'art. 292 lett. c) e c *bis*) c.p.p. dovrebbe inserirsi l'inciso, dopo la parola l'esposizione, "l'autonoma valutazione", così da contenere la prassi del "copia e incolla" rispetto alla richiesta avanzata dal pubblico ministero. Di rilievo anche le modifiche ai poteri decisori del tribunale del riesame: v., per un primo commento al testo approvato nel 2014, [C. MUSIO, Motivazione cautelare lacunosa e poteri del tribunale del riesame: una \(probabile\) modifica legislativa](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2014.

¹⁰² La "residualità" della custodia cautelare in carcere emerge dal riformulato primo periodo del comma 3 dell'art. 275 c.p.p., a tenore del quale «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate». Per una completa analisi delle altre riforme finalizzate a ridurre l'applicazione della custodia cautelare in carcere v. [V. PAZIENZA, Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari](#), Relazione Ufficio del Massimario, Corte di Cassazione, n. III/03/2015, 6 maggio 2015, leggibile in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2015, p. 14 ss.

¹⁰³ Per un primo commento critico su questa disposizione nella parte in cui sembra escludere un margine di discrezionalità in capo al giudice della cautela v. [F. VIGANÒ, Pubblicato ed entrato in vigore un decreto legge sul risarcimento dei detenuti vittima di sovraffollamento \(con una importante e problematica modifica in materia di custodia cautelare in carcere\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 30 giugno 2014; v., anche, le riserve contenute nel testo dell'Audizione dei rappresentanti dell'ANM in Commissione giustizia della Camera dei deputati, 8 luglio 2014; *contra* v. [M. CERESA GASTALDO, Tempi duri per i legislatori liberali](#), in *Dir. pen. cont.*, 10 luglio 2014, per il quale la norma, ancorché migliorabile, costituisce un «presidio di reale garanzia» nel sistema cautelare.

¹⁰⁴ Il legislatore ha inserito una clausola di salvezza in relazione all'applicazione degli artt. 276 comma 1 *ter* c.p.p. (così da potere applicare la custodia cautelare in carcere all'imputato agli arresti domiciliari che abbia trasgredito le relative prescrizioni) e 280 comma 3 c.p.p. (relativo alle trasgressioni delle prescrizioni inerenti altra misura cautelare).

¹⁰⁵ Così [A. SCALFATI, Legislazione "a pioggia" sulle cautele ad personam: l'effervescente frammentarietà di un triennio](#), in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2014, p. 4.

Tornando al testo della l. n. 47/2015 in tema di misure cautelari, questa, sulla scia del d.l. n. 146/2013 conv. in l. n. 10/2014, mira a potenziare i controlli mediante gli strumenti elettronici, così favorendo un più ampio ricorso agli arresti domiciliari: il comma 3 *bis* prevede, infatti, che «nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari, con le procedure di controllo di cui all'art. 275 *bis*, comma 1».

Sul versante delle presunzioni di adeguatezza della misura custodiale le innovazioni, contrariamente alle aspettative, non appaiono significative, seppure la Commissione Giustizia ha fatto dei passi in avanti rispetto al testo che era stato approvato dal Senato nell'aprile 2014. Esclusa la scelta di abbandonare questi automatismi, che meglio avrebbe valorizzato la presunzione d'innocenza¹⁰⁶, si afferma che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'art. 270, 270 *bis*, 416 *bis*¹⁰⁷, è applicata la custodia cautelare in carcere «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari»: ricorre cioè una presunzione *iuris et de iure*¹⁰⁸.

Se la riconferma di un meccanismo quasi-obbligatorio per i reati di cui all'art. 416 *bis* c.p. trae legittimazione «dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche, connesse alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice»¹⁰⁹, suscita perplessità la sua estensione alle fattispecie associative con finalità di terrorismo le cui strutture presentano non pochi profili di eterogeneità rispetto a quelle di tipo mafioso¹¹⁰. Quanto, invece, alle fattispecie associative di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309/1990, la loro espunzione dal testo che era stato approvato dal Senato è conseguenza del corretto recepimento dei principi affermati dalla Corte costituzionale¹¹¹ che ne aveva messo in luce le differenze strutturali rispetto al delitto di associazione di tipo mafioso, affermando che «proprio per l'eterogeneità delle fattispecie concrete riferibili al paradigma punitivo astratto, ricomprendente ipotesi nettamente differenti quanto a contesto, modalità lesive del bene protetto e intensità del legame tra gli associati, non è dunque possibile enucleare una regola di esperienza, ricollegabile ragionevolmente a tutte le «connotazioni criminologiche» del fenomeno (...)».

Ancora, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'art. 51 commi 3 *bis* e 3 *quater* nonché in ordine ai delitti di cui agli artt. 575, 600 *bis* primo comma, 600 *ter* (escluso il quarto comma), 600 *quinquies* e quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609 *bis*, 609 *quater* e 609 *octies* c.p. «è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure»: presunzione *iuris tantum*, in linea con la serie di declaratorie di illegittimità costituzionale. Al riguardo, però, forse sarebbe stato apprezzabile un atto di «coraggio» da parte

¹⁰⁶ V., sul punto, G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, cit., p. 58, il quale, in termini fortemente critici, osserva che «quando il legislatore stabilisce presunzioni assolute di necessità del carcere, sia come cautela sia come pena, fatalmente pretende, o quanto meno accetta, che stia in carcere anche chi non dovrebbe esserci». L'ingresso della presunzione di innocenza nel settore cautelare per effetto della sentenza n. 265 del 2010 e delle successive della Corte costituzionale è rimarcato, da ultimo, da A. PRESUTTI, *Le cautele nel processo penale come forma di anticipazione della pena*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 46.

¹⁰⁷ Il Senato aveva inserito anche i delitti di cui all'art. 416 *ter* c.p. e 74 d.P.R. n. 309/1990, poi soppressi dalla Commissione. La fattispecie di cui all'art. 416 *ter* c.p., in virtù della modifica apportata dalla l. n. 19/2015 all'elenco di cui al co. 3 *bis* dell'art. 51 c.p.p., oggi ricade nella presunzione relativa di cui al nuovo co. 3 dell'art. 275 c.p.p.

¹⁰⁸ «La previsione (...) racchiude una duplice presunzione. La prima, a carattere relativo attiene alle esigenze cautelari, che il giudice deve considerare sussistenti, quante volte non consti la prova della loro mancanza (...). La seconda, a carattere assoluto, concerne la scelta della misura: ove la presunzione relativa non risulti vinta, subentra un apprezzamento legale, vincolante e incontrovertibile di adeguatezza della sola custodia carceraria a fronteggiare le esigenze presupposte, con conseguente esclusione di ogni soluzione "intermedia" tra questa e lo stato di piena libertà dell'imputato»: Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit., § 7.

¹⁰⁹ Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit., § 10. Esprime perplessità al riguardo M. GIALUZ, *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2013, p. 115 ss.

¹¹⁰ Così F. ZACCHÉ, *Il detenuto in attesa di giudizio: profili di una riforma incompiuta*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2, p. 380 s.; *contra* V. MANES, *Lo "sciamè di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 466, per il quale le fattispecie che potrebbero legittimare una presunzione assoluta, «"empiricamente fondata"», sono quelle dei reati orientati alla finalità di terrorismo: artt. 270 *bis*, 270 *quater* e 270 *quinquies* c.p.

¹¹¹ Corte cost., 19 luglio 2011, n. 231, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2950 ss., con il commento di A. MARANDOLA, *Associazione per il narcotraffico e negazione della «ragionevolezza» della carcerazione obbligatoria fra Corte costituzionale e Sezioni unite*. V., anche, L. SCOMPARIN, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*, *ivi*, p. 3730 ss.

del nostro legislatore per escludere, nell'ottica di una reale affermazione della presunzione di innocenza, molte delle fattispecie ivi previste dall'operatività della presunzione, ancorché relativa. Certamente il versante sul quale intervenire con un tratto di penna del legislatore, per ridurre l'ingresso in carcere dei detenuti, era proprio quello cautelare¹¹² nel quale si impone la rimozione della logica inquisitoria che lo ha sino ad oggi contraddistinto.

6. I rimedi “compensativi”.

Infine, un accenno ai rimedi di natura compensativa, pure sollecitati dalla Corte di Strasburgo¹¹³. La giurisprudenza di legittimità, come si è detto¹¹⁴, ha escluso la possibilità per la magistratura di sorveglianza di condannare l'amministrazione al pagamento di una somma di denaro, a titolo di risarcimento, nei confronti del detenuto che abbia sofferto una detenzione “inumana”: la relativa competenza spetterebbe, infatti, al giudice civile. Il testo dell'art. 35 *bis* o.p. sul nuovo reclamo giurisdizionale, nel d.l. n. 146/2013, prevedeva che la magistratura di sorveglianza all'esito del giudizio di ottemperanza potesse determinare, su richiesta di parte, se non sussistevano ragioni ostative, «la somma di denaro dovuta dall'amministrazione per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, entro il limite massimo di 100 euro per ogni giorno», inciso poi soppresso in sede di conversione del d.l. In ogni caso, ove la norma fosse stata mantenuta avrebbe procurato un ristoro al pregiudizio derivante dal protrarsi dell'inadempimento da parte dell'amministrazione¹¹⁵ e non anche rispetto a quello subito dal soggetto in conseguenza delle condizioni di carcerazione: di qui la sua inefficacia. Per “compensare” sul piano economico il pregiudizio del detenuto e contenere i ricorsi alla Corte di Strasburgo, uno spunto può essere tratto dal procedimento a trattazione “partecipata” disciplinato dall'art. 314 c.p.p., per la riparazione dell'ingiusta detenzione¹¹⁶, del quale chiaramente il nuovo istituto non potrebbe condividere i presupposti legati all'assenza di dolo o colpa grave in capo all'istante; è da chiarire, però, a chi debba essere attribuita la competenza se, cioè, alla Corte di appello (come oggi previsto anche per la riparazione dell'errore giudiziario) ovvero al magistrato di sorveglianza. La prima soluzione sembra certamente da preferire, anche per non gravare ulteriormente la magistratura di sorveglianza, seppure il modello si presta a trovare applicazione soltanto nei confronti del detenuto che abbia già espiato la pena.

Diversa la strada percorsa dal già richiamato d.l. n. 92/2014, convertito in l. n. 117/2014, intervenuto proprio per ottemperare a quanto disposto dalla Corte europea nella sentenza Torreggiani, nel quale si è optato per un duplice sistema di rimedi compensativi in relazione allo *status* dei detenuti, mediante l'introduzione di un articolo 35 *ter*, rubricato ‘Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati’.

¹¹² Oggetto di dibattito è la possibile introduzione nel nostro sistema, tra le misure cautelari, del rilascio su cauzione, sulla falsariga del *Bail* inglese: v., per tutti, C. FIORIO, *Il Bail nel sistema inglese*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 3, p. 11 ss. Sull'esperienza maturata nel Regno Unito v. C. MANCUSO, *Uno sguardo 'oltremarino': strategie di contrasto al sovraffollamento carcerario nel modello inglese*, in *questa Rivista*, 16 dicembre 2014, § 3.

¹¹³ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, § 96: «Inoltre, chiunque abbia subito una detenzione lesiva della propria dignità deve potere ottenere una riparazione per la violazione subita».

¹¹⁴ V. *supra* nota n. 70.

¹¹⁵ V. M.G. GASPARI, *Istituto il Garante nazionale dei diritti del detenuto*, in *Guida dir.*, 2014, n. 4, p. 60. Nel *Documento conclusivo della Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., p. II s., si propone di riconoscere al magistrato di sorveglianza la facoltà, una volta accertata la grave violazione dei diritti del detenuto, di emettere una pronuncia accessoria che attiene alla compensazione in via equitativa del pregiudizio subito; se le parti accettano questa forma di “equo indennizzo” resta preclusa l'azione civile per il risarcimento del danno.

¹¹⁶ In questo senso Cass., Sez. I, 15 gennaio 2013, cit., § 7. In dottrina v. A. DELLA BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in *Dir. pen. cont.*, 9 ottobre 2013, p. 16. Ulteriori spunti di riflessione si trovano in M. MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi “compensativi”: prospettive de iure condendo*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2, p. 16 ss. *Rebus sic stantibus* per F. DELLA CASA, *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, cit., p. 2273, occorrerebbe stabilire, anche per le ricadute sul piano dell'economia processuale, che la decisione del magistrato di sorveglianza, adottata all'esito del nuovo procedimento giurisdizionale, «vincoli il giudice civile quanto all'accertamento dell'intervenuta violazione del diritto oggetto del reclamo proposto dal detenuto».

Il primo comma legittima coloro che siano *in vinculis* e abbiano subito un pregiudizio¹¹⁷ per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, ad ottenere la riduzione di un giorno di pena per ogni dieci durante il quale è avvenuta la violazione del loro diritto ad uno spazio adeguato¹¹⁸. Se, però, il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale, viene liquidata «in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno» una somma pari ad 8 euro per ciascuna giornata in cui il soggetto ha subito il pregiudizio.

Il magistrato di sorveglianza del luogo in cui si trova il soggetto detenuto, al quale viene demandata la competenza, su istanza presentata dal detenuto personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, mediante un procedimento al quale dovrebbe applicarsi la disciplina camerale partecipata di cui all'art. 666 c.p.p., dispone il risarcimento in forma economica, anche nel caso in cui il periodo di detenzione espiato in condizioni contrarie all'art. 3 CEDU sia stato inferiore ai quindici giorni.

Il terzo comma, invece, si occupa del soggetto che abbia subito il pregiudizio in stato di custodia cautelare in carcere, non computabile nella determinazione della pena da espiare, ovvero di colui che abbia già terminato di espiare la pena detentiva in carcere, introducendo una disciplina "speciale". Costoro possono proporre azione – ancora una volta personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale – al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza, entro il termine, stabilito a pena di decadenza, di sei mesi dalla data della cessazione dello stato detentivo. Il tribunale decide in composizione monocratica nelle forme di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. mediante decreto non soggetto, però, a reclamo; salva la revocabilità del provvedimento, in virtù del richiamo alla relativa disciplina civilistica, rimane il dubbio se si possa proporre ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.* Ai fini del *quantum* del risarcimento – espressione in verità non del tutto appropriata trattandosi nella sostanza di un indennizzo – il tribunale dovrà tenere conto della misura di otto euro (importo, invero, assai esiguo)¹¹⁹ per ogni giorno di detenzione "inumana". Nel caso in cui il soggetto per effetto della detenzione in condizioni contrarie all'art. 3 CEDU abbia contratto una malattia, così subendo un ulteriore pregiudizio, sembra esorbitarsi dal campo di applicazione della norma in questione, anche per l'incompatibilità con la rigidità della misura del risarcimento prevista dalla legge.

L'art. 2 del d.l., con una disciplina transitoria, prevede che coloro che alla data di entrata in vigore del testo normativo – il 28 giugno 2014 – abbiano cessato di espiare la pena detentiva o non si trovino in stato di detenzione, possano proporre l'azione entro sei mesi, termine stabilito a pena di decadenza. I soggetti che abbiano già presentato ricorso alla Corte di Strasburgo, sempre entro il termine dei sei mesi, possono presentare domanda al tribunale, purché non sia intervenuta una decisione sulla ricevibilità del ricorso da parte della Corte europea; diversamente, costoro – previo accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU – percepiranno un risarcimento da parte dell'organo di giustizia europeo, il cui ammontare sarà verosimilmente superiore rispetto a quello che può essere liquidato dal giudice nazionale.

Il richiamo normativo all'art. 737 c.p.c. – che prefigura un modello di giurisdizione vo-

¹¹⁷ Sul piano applicativo si è posta la questione – di non trascurabile rilievo, ove si tenga conto della diversa competenza, nonché dei tempi della procedura – se, ai fini dell'ammissibilità della domanda avanti al magistrato di sorveglianza, il pregiudizio del detenuto debba presentare il carattere dell'attualità. Sul tema v. G. MALAVASI, *Nota di commento alle ordinanze dell'ufficio di sorveglianza di Bologna in ordine alla concessione del rimedio di cui all'art. 35 ter o.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2014; L. BARONE, *I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35-ter ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito*, Relazione Ufficio del Massimario, Corte di Cassazione, n. III/01/2015, 13 aprile 2015, leggibile in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2015. Sollecita con forza un intervento giurisprudenziale che svincoli la competenza della magistratura di sorveglianza dall'attualità del pregiudizio, G. GIOSTRA, *Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2015, p. 7.

¹¹⁸ Questa soluzione era stata tratteggiata da G. GIOSTRA, *Sovraffollamento, al detenuto uno sconto di pena*, in *Il Sole 24Ore*, 21 gennaio 2014, p. 21, per il quale al di là del vantaggio di natura economica, il meccanismo della riduzione della pena avrebbe concorso anche al decongestionamento carcerario. L'A. ne aveva anche sollecitato una introduzione nella legge di conversione del c.d. decreto carceri, considerando l'efficacia dello strumento «inversamente proporzionale al tempo impiegato per introdurlo; più si ritarda, infatti, più è probabile che il ricorrente abbia espiato la pena in gran parte o per intero, il che ne ridurrebbe sensibilmente o annullerebbe l'utilità». Sulla riduzione della pena da scontare, come rimedio specifico alla vittime della violazione, sia pure in materia di irragionevole durata del processo, v. le riflessioni di F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in questa *Rivista*, 2013, n. 3, p. 34 ss.

¹¹⁹ Sulla "non irragionevolezza" dell'importo previsto dall'ordinamento interno v. Corte EDU, 16 settembre 2014, *Stella e altri c. Italia*, cit., § 61, ove si è affermato che «lorsqu'un État a fait un pas significatif en introduisant un recours indemnitaire pour réparer une violation de la Convention, elle se doit de lui laisser une plus grande marge d'appréciation pour qu'il puisse organiser ce recours interne de façon cohérente avec son propre système juridique et ses traditions, en conformité avec le niveau de vie du pays (...). Ainsi, la Cour peut parfaitement accepter qu'un État qui s'est doté de différents recours et dont les décisions conformes à la tradition juridique et au niveau de vie du pays sont rapides, motivées et exécutées avec célérité, accorde des sommes qui, tout en étant inférieures à celles fixées par la Cour, ne sont pas déraisonnables (idem, § 96)».

lontaria o “non contenziosa” – lascia aperta una serie di interrogativi¹²⁰, al di là del nodo sulla impugnabilità del provvedimento, sulle dinamiche di integrazione del contraddittorio, sui poteri di accertamento del giudice, sui termini di prescrizione dell'azione¹²¹ e sull'esecutorietà del relativo provvedimento. Non minori dubbi, in ragione del silenzio normativo sul punto, pone il procedimento che si celebra davanti al magistrato di sorveglianza, al quale dovrebbe applicarsi, come accennato, il modello camerale “partecipato” previsto anche per il nuovo reclamo giurisdizionale: la circostanza che il legislatore non abbia previsto alcun limite sulla controllabilità del provvedimento, che dovrà assumere la forma dell'ordinanza, induce a ritenere che questo sia reclamabile avanti al tribunale di sorveglianza e, infine, avanti alla Corte di cassazione per violazione di legge.

A fronte della mancanza di risposte nella legge di conversione – che ha mantenuto inalterato il testo del d.l. su questo tema – anche in questo caso sarà la giurisprudenza a dovere sciogliere i dubbi ermeneutici posti dalla laconica disciplina normativa¹²². Compito “gravoso” se si pensa che gli esiti di questa attività condizioneranno la “promozione” dell'Italia da parte del Comitato dei Ministri e della Corte di Strasburgo.

¹²⁰ In argomento v. [R. BRACCIALINI, Art. 35 ter. 3 Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?](#), in [www.questionegiustizia.it](#), il quale esprime un giudizio di inadeguatezza sulla tipologia di procedimento civile prescelta dal legislatore.

¹²¹ L'utilizzo della parola “risarcimento” induce a ritenere che il termine di prescrizione sia quello quinquennale di cui all'art. 2947 c.c. Al riguardo v. il parere del CSM al d.l. n. 92/2014, 30 luglio 2014, in [www.csm.it](#), p. 12 ss. Nello stesso senso [A. DELLA BELLA, Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2014, p. 3.

¹²² Sollecita una modifica normativa dell'art. 35 *ter* o.p., anche in prospettiva della valutazione che sarà condotta dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel giugno 2015, [F. FLORENTIN, I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse](#), in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2014.

VIOLENZA DI GENERE E FEMMINICIDIO*

Antonella Merli

ABSTRACT

La c.d. legge sul femminicidio (d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv., con mod., dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119) ha introdotto nel settore del diritto penale sostanziale e processuale una serie di misure, preventive e repressive, per combattere la violenza contro le donne per motivi di genere. Nella prima parte di inquadramento generale del fenomeno vengono analizzati i profili giuridici, criminologici e antropologici che sorreggono le nozioni di violenza di genere e di femminicidio. La c. d. violenza di genere racchiude al suo interno una serie di fatti di reato di diverso tipo (omicidio, maltrattamenti, *stalking*, percosse, lesioni), accomunati dal contesto e dal soggetto passivo cui sono diretti. Quanto al femminicidio, che fa proprio (o contiene in sé) il concetto culturale di violenza di genere, è un'espressione che descrive il fenomeno con riferimento alle sue basi empirico-criminologiche, ponendo in risalto la posizione o il ruolo dell'autore. La seconda parte del lavoro si indirizza più specificamente a chiarire significato e contesti del rapporto fra violenza di genere e diritto penale. Il tema offre spunti di riflessione sulla questione se introdurre all'interno del nostro ordinamento, in aggiunta a quello letteralmente e politicamente "neutro" di omicidio, un reato *ad hoc* di femminicidio (o femicidio), come omicidio di donne da parte di uomini "perché donne", dunque in un significato specifico che non include tutte le uccisioni di donne, per qualsiasi causa e in qualsiasi contesto.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. La nozione di violenza di genere negli strumenti internazionali e in ambito europeo. – 3. Discriminazione e violenza contro le donne. – 4. Il concetto di "violenza di genere". – 5. La nozione di "genere". – 6. "Violenza domestica". "Violenza economica". "Violenza assistita". – 7. Il femminicidio. – 8. Le "origini" della parola femminicidio. – 9. La posizione della donna nel codice penale Rocco. – 10. La violenza nei rapporti affettivi tra persone dello stesso sesso: la tutela penale della vittima nella coppia omosessuale. – 11. Il femminicidio come delitto di omicidio ("femicidio") e come fenomeno sociale ("femminicidio"). – 12. Sull'introduzione nel codice penale di una fattispecie *ad hoc* di femicidio-femminicidio. – 13. Diritto penale e femminicidio. – 14. Diritto penale e condizione femminile. – 15. Violenza di genere e diritto penale.

* Il testo è il primo capitolo di una monografia in corso di pubblicazione dal titolo "Violenza di genere e femminicidio. Le norme penali di contrasto e la legge n. 119 del 2013 (cosiddetta legge sul femminicidio)" e costituisce la rielaborazione della Relazione svolta dall'Autore nel corso del Convegno "Riconoscere, Gestire e Neutralizzare l'evento Aggressivo" tenutosi a Camerino il 23.01.2014.

1.

Premessa.

Un decreto legge dell'agosto 2013, convertito in legge con modifiche nel successivo mese di ottobre¹, ha introdotto nel nostro ordinamento, nei settori del diritto penale sostanziale e processuale, una serie di misure, preventive e repressive, per combattere la violenza contro le donne in tutte le sue forme (c.d. violenza di genere)², espressamente riconosciuta dalla Dichiarazione di Vienna del 1993 come una violazione dei diritti fondamentali della donna e annoverata tra le violazioni dei diritti umani³.

Perché il ricorso alla decretazione d'urgenza? L'iniziativa governativa, oggetto di una particolare attenzione mediatica, è stata motivata dall'esigenza di rispondere all'allarme presente nell'opinione pubblica per una presunta recrudescenza della violenza maschile sulle donne con alcune disposizioni, per quanto riguarda le modifiche di diritto penale sostanziale, che aggravano o estendono la risposta sanzionatoria in relazione a tre categorie di reati (violenza sessuale, maltrattamenti e *stalking*) che, sicuramente più di ogni altro, costituiscono la cornice dell'allarmante fenomeno.

Dico "presunta" perché in realtà non esiste in Italia una raccolta ufficiale dei dati sugli omicidi disaggregati per genere, e la mancanza di dati raccolti da istituzioni nazionali impedisce di misurare accuratamente la portata del fenomeno; come non esistono dati statistici ufficiali concernenti il numero dei processi penali instaurati per i casi di violenza maschile sulle donne. In conclusione: nessuno deve sminuire, questo è certo, la gravità del fenomeno; ma nessuno dovrebbe nemmeno dimenticare che non è possibile affermare con certezza che la violenza contro le donne sia davvero "in allarmante aumento"⁴. Secondo alcuni non crescono i fatti violenti contro le donne, bensì ne emergono sempre più le diverse dimensioni e fenomenologie.

L'intervento d'urgenza del Governo, che ha definito la violenza maschile sulle donne una vera e propria emergenza sociale, ponendo l'accento sul carattere per così dire contingente del fenomeno piuttosto che sulla sua natura sistemica e strutturale, la quale suggeriva riflessione e ponderazione nell'esame delle esigenze poste a base del provvedimento, dunque l'opposto di un uso emergenziale del diritto penale, sarebbe stato giustificato -come testimoniato dalle stesse parole di presentazione del decreto, preceduto e agevolato dalla amplificazione mediatica degli

¹ Il d.l. 14 agosto 2013, n. 93 è stato convertito dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119.

² Ai rimedi di diritto penale si affiancano quelli privatistici e processual-penalistici. Merita ricordare che sia in sede civile che nel codice di procedura penale sono previste una serie di misure finalizzate a rafforzare la politica di contrasto alle violenze nelle relazioni familiari e proteggere più efficacemente le vittime di tali forme di vessazioni fisiche e psicologiche. E' prevista una doppia tipologia di provvedimenti paralleli, nel settore civile e penale, costituiti, rispettivamente, dagli ordini di protezione contro gli abusi familiari e dalla misura cautelare coercitiva dell'allontanamento dalla casa familiare. Cfr., rispettivamente, nel titolo nono-bis del codice civile ("Ordini di protezione contro gli abusi familiari") gli artt. 342-bis e 342-ter, con cui è stata inserita la misura cautelare dell'"Allontanamento dalla casa familiare", attribuita alla competenza del giudice civile, nonché, nel codice di procedura civile, l'art. 736-bis ("Provvedimenti di adozione degli ordini di protezione contro gli abusi familiari") e, nel codice di procedura penale, l'art. 282-bis, introdotto con la l. n. 154/2001, recante "Misure contro la violenza nelle relazioni familiari", che prevede la misura dell'"Allontanamento dalla casa familiare, modificato, in parte, dall'art. 2, comma 1, lett. a, della l. 15 ottobre 2013, n. 119; l'art. 282-ter, introdotto dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, che prevede il "Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa".

³ Cfr. Dichiarazione di Vienna del 25 giugno 1993, adottata dalla Seconda Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sui Diritti Umani, Parte 1 Par. 18: "I diritti umani delle donne sono un'inalienabile, integrale e indivisibile parte dei diritti umani universali. La completa ed uguale partecipazione delle donne nella vita politica, sociale ed economica a livello nazionale, regionale ed internazionale e lo sradicamento di tutte le forme di discriminazione in base al sesso sono l'obiettivo prioritario della comunità internazionale". Vedi, inoltre, la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*) (CEDAW), adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 ed entrata in vigore il 3 settembre 1981, che viene intesa comunemente come "Carta internazionale dei diritti per le donne", costituendo l'accordo giuridico internazionale fondamentale per la promozione della parità fra uomini e donne e la difesa dei loro diritti. L'art. 1 della Convenzione definisce la discriminazione nei confronti delle donne (nella definizione deve ritenersi implicitamente inclusa la violenza basata sul genere, anche se non espressamente menzionata come fenomeno specifico, essendo in essa contenuti diversi articoli che trattano di fattispecie particolari di violenza) come "qualsiasi distinzione, esclusione o restrizione fatta in base al sesso che ha lo scopo di limitare o annullare il godimento o l'esercizio da parte delle donne di diritti umani e libertà fondamentali in campo sociale, politico, culturale, civile o in qualsiasi altro campo". L'Italia ha ratificato la CEDAW il 10 giugno 1985 e ha aderito al Protocollo opzionale il 29 ottobre 2002.

⁴ Si tratta di una grave mancanza del nostro Paese, che non ha ancora dato seguito alle numerose sollecitazioni da parte degli organismi internazionali che richiedono a tutti gli Stati di predisporre strumenti adeguati per il monitoraggio del fenomeno, come sottolinea la Relatrice speciale dell'ONU, Rashida Manjoo, nel Rapporto sulla missione in Italia del 2012 (*Un General Assembly, Report of the Special Rapporteur on Violence against women, its Causes and Consequences. Mission to Italy*, 2012). In particolare la Relatrice speciale, nelle raccomandazioni indirizzate al nostro Paese, invita l'Italia a utilizzare categorie adeguate per la classificazione degli omicidi di donne, che tengano conto della dimensione di genere, e ad adottare gli indicatori ONU per la raccolta disaggregata dei dati. Alcune ricerche, per mezzo del metodo dell'intervista, sono state condotte dall'Istituto Nazionale di Statistiche (Istat): cfr. ISTAT, *Violenza contro le donne*, 2008, n. 7, reperibile al sito www.istat.it; ISTAT, *La violenza e i maltrattamenti contro le donne dentro e fuori la famiglia*, 2007, ibidem.

episodi di violenza, a cui si è unito un orientamento socio-culturale di sostanziale rifiuto del fenomeno – dalla straordinaria necessità ed urgenza di introdurre misure per rafforzare la protezione delle vittime e prevenire più efficacemente i reati perpetrati ai loro danni. Molte tuttavia le voci critiche che si sono levate tra i primi commentatori del provvedimento sulla possibilità di qualificare il decreto (che contiene peraltro previsioni estremamente variegata)⁵ come concretamente caratterizzato dai requisiti di necessità e urgenza per quanto riguarda, in particolare, l'intervento legislativo sul fronte del diritto penale sostanziale, che, secondo alcuni, richiede, per la prevenzione e il contrasto efficace di un fenomeno così radicato, come quello della violenza maschile contro le donne, riforme più organiche, incisive e di ampio respiro, e una riforma complessiva del sistema⁶.

C'è, infine, da ricordare che già prima dell'emanazione del citato decreto legge, l'Italia, nel giugno 2013 – con l'obiettivo di avvicinare il sistema penale agli indirizzi politico-criminali del movimento internazionale di riforma, alla luce e in considerazione dello standard internazionale di tutela in materia di violenza di genere – aveva ratificato la Convenzione di Istanbul del 2011 sulla prevenzione della violenza contro le donne e la lotta contro la violenza domestica (primo strumento giuridicamente vincolante per le attività di contrasto alla violenza di genere in ambito europeo, dove ancora mancava uno specifico strumento normativo in materia)⁷, il cui aspetto più innovativo è senz'altro rappresentato dal fatto che la Convenzione riconosce la violenza sulle donne come una violazione dei diritti umani e uno dei principali ostacoli al conseguimento della parità di genere e dell'emancipazione femminile⁸.

Né il codice penale, né la legge in esame, contengono una definizione di violenza di genere. Invece sono normativizzate le nozioni di "violenza domestica" (o violenza intrafamiliare) e di "violenza assistita", come vedremo in dettaglio nei prossimi paragrafi.

Detta nozione, priva di una definizione legale nell'ordinamento interno, dovrà essere mutuata dalla letteratura criminologica che è il punto di partenza per l'operatore del diritto e, come concetto giuridico, dalla connessa nozione di violenza domestica fornita dalla legge in esame, nonché dai numerosi testi giuridici internazionali che la regolano non solo nell'ambito dei rapporti intrafamiliari ma con riguardo al fenomeno nella sua globalità⁹.

Tuttavia, nella novella normativa oltre al richiamo della connessa nozione di violenza domestica, vi è un chiaro, sia pure implicito riferimento ad uno dei requisiti che ne contrassegna-

⁵ Il provvedimento si muove su quattro direttrici: 1) la prevenzione e il contrasto della violenza di genere; 2) le norme in materia di sicurezza per lo sviluppo e la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica; 3) le norme in tema di protezione civile; 4) le norme in tema di gestioni commissariati delle Province, ma ai nostri fini interessano le norme rientranti nella prima categoria di intervento.

⁶ Proprio la natura sistemica e strutturale del fenomeno è il motivo per cui da più parti sono stati sollevati dubbi circa l'effettiva sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza. Cfr., ad esempio, G. PAVICH, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2013. V. anche T. PADOVANI, *Sicurezza pubblica: quel collasso dei codici "figlio della rincorsa all'ultima emergenza*, in *Guida al diritto*, 36, 2013, p. 10.

⁷ Gli interventi di natura penale e processuale penale per garantire la repressione di ogni forma di violenza e il sostegno alle vittime, sono contenuti nel Capitolo V della Convenzione, rubricato "Diritto sostanziale", che negli articoli da 29 a 48 individua le misure («legislative o di altro tipo») che gli Stati devono adottare per garantire il pieno rispetto dell'accordo internazionale.

⁸ La Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, adottata dal Consiglio d'Europa l'11 maggio 2011, aperta alla firma degli Stati membri, degli Stati non membri che hanno partecipato alla sua elaborazione, ed inoltre all'adesione da parte degli altri Stati non membri del Consiglio d'Europa, e ratificata recentemente dall'Italia con l. 27 giugno 2013, n. 77, è finalizzata a rafforzare e ad armonizzare, in tale materia, la normativa degli stati aderenti. Essa prevede quattro aree di intervento: prevenzione, protezione e sostegno delle vittime, perseguimento dei colpevoli e politiche integrate, ciascuna delle quali contiene misure specifiche. Pur non avendo l'Italia necessità di adeguamento del diritto interno ad obblighi di prescrizioni sovranazionali, perché la Convenzione, sebbene ratificata, non era ancora entrata in vigore, molte delle disposizioni introdotte dalla novella provvedono ad adeguare l'ordinamento interno ai contenuti della Convenzione. Con la ratifica della Convenzione di Istanbul l'Italia, in particolare, ha assunto l'impegno ad introdurre, nel proprio ordinamento, specifiche misure di prevenzione e di tutela giudiziaria a sostegno delle donne oggetto di atti di violenza. Tra i primi commenti alla Convenzione, cfr. G. BATTARINO, *Note sull'attuazione in ambito penale e processuale penale della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2013. V. anche A. DI STEFANO, *La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2012.

⁹ Una clausola sull'utilizzo del concetto di genere è contenuta nello Statuto della Corte penale internazionale, stipulato il 17 luglio del 1998 ed entrato in vigore il 1° luglio 2002 (artt. 7.1, lett. g) e 7.3), che ha inserito alcuni delitti di violenza sessuale nel quadro dei crimini contro l'umanità: "stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata e altre forme di violenza sessuale di analoga gravità" (i c.d. "gender crimes", che hanno trovato un riconoscimento espresso per la prima volta nello Statuto di Roma). Cfr. sul punto e, più in generale, sull'evoluzione della normativa penale internazionale in materia di repressione penale internazionale degli atti di violenza contro le donne commessi nelle classiche fattispecie criminali del genocidio, dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, P. DE STEFANI, *Le norme penali internazionali per violazione dei diritti umani. Il caso dei crimini contro le donne*, Università degli Studi di Padova, Research Paper 1/2000, pag. 20 ss. Sulle diverse modalità con cui viene esercitata la violenza nei confronti della donna nei periodi di guerra, cfr. I.L. LOURDES, *Common Grounds. Violence Against Women in War and Armed Conflict Situations*, Phillipines Asian Center for Women's Human Rights, 1998

no il concetto: l'essere una tipologia di violenza "non occasionale", bensì interazione all'interno di un rapporto di tensione tra reo e vittima, caratterizzata dalla specificità ed univocità della sua direzionalità offensiva in danno di una determinata persona legata al suo aggressore da una relazione sentimentale, il cui "genere di appartenenza" ha avuto una specifica incidenza nella sua scelta come soggetto passivo. Anche se, come si vedrà più avanti, le ipotesi di violenza di genere non si collocano solo (ancorché prevalentemente) all'interno di un rapporto di coppia: il fenomeno è molto più ampio e riguarda anche tutt'altro tipo di relazioni.

Il nuovo art. 299, commi 2-bis, 3 e 4-bis, del Cpp, come modificato dall'art. 2, comma 1-bis, d.l. n. 93/2013 (confermato dalla legge di conversione), nell'intento di ampliare nel processo penale il ruolo e le garanzie della vittima di un "delitto commesso con violenza alla persona", stabilisce l'obbligo di notifica alla persona offesa o al suo difensore, a pena di inammissibilità, della richiesta di revoca o di sostituzione di alcune misure cautelari pensate prevalentemente per arginare la pericolosità degli autori o presunti autori di reati violenti di ambientazione domestica, limitandone, in funzione di prevenzione, la sfera di libertà e di azione (allontanamento dalla casa familiare, divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, divieto e obbligo di dimora) nonché delle misure cautelari degli arresti domiciliari, custodia cautelare in carcere e custodia cautelare in luogo di cura¹⁰.

La norma in esame circoscrive l'ambito di operatività dell'obbligo di notifica delle informazioni sulle modifiche delle misure cautelari ai "delitti commessi con violenza alla persona". Ora il parametro di riferimento per una corretta interpretazione della locuzione "reati commessi con violenza alla persona" è costituito proprio dal concetto di violenza di genere, nella sua caratteristica essenziale di violenza dovuta a circostanze "non occasionali", che si inserisce cioè in un contesto caratterizzato dall'esistenza di una relazione sentimentale con la vittima, attuale o pregressa.

Va premesso che la *ratio* sottesa all'obbligo per la parte richiedente di notificare alla persona offesa la richiesta di modifica del regime cautelare, è quella di consentire alla vittima di uno dei "delitti commessi con violenza alla persona" – mediante la possibilità di presentare al giudice memorie ex art. 121 c.p.p. – una maggiore tutela dagli eventuali rischi che potrebbero derivare dalla revoca o sostituzione della misura.

La formula legislativa, nel suo tenore letterale, sembra riferirsi anche alle ipotesi in cui l'aggressione è indirizzata contro una persona in circostanze del tutto occasionali. Ma appare evidente che la vittima della violenza, se la violenza è del tutto fortuita e occasionale (per esempio, tentativo di omicidio di una donna nel corso di una rapina in banca), non potrà ricevere alcun pregiudizio dalla circostanza che all'imputato si applichi una misura piuttosto che un'altra.

Un possibile percorso interpretativo in grado di garantire un'interpretazione che restituisca razionalità alla previsione normativa, è quello di ritenere – anche se la disposizione ambigualmente tace sul punto – che l'obbligo di notifica, tenuto conto della *ratio* della legge, che mira a contrastare la violenza domestica e di genere, e avuto riguardo soprattutto alle ragioni cautelari che stanno alla base dell'informativa, sia operante solo nei casi in cui la condotta violenta (integrante uno dei delitti contro la persona) sia caratterizzata appunto per l'esistenza di un rapporto relazionale tra autore del reato e vittima, tuttora in atto o esaurito, e pertanto che la notifica non sia dovuta se si tratti di vittima accidentale¹¹.

La violenza di genere, che matura nelle più diversificate forme prevalentemente (ma non solo) nel contesto domestico e all'interno di relazioni affettive, è ultimamente diventata un tema di grande dibattito e di notevole sensibilità presso l'opinione pubblica, e si presta a essere indagata in un'ottica plurifattoriale, che consente di avere una visione d'insieme del fenomeno. Per esempio il suo impatto è chiaramente riscontrabile non solo nelle scienze storiche¹², o in

¹⁰ Si tratta delle misure previste, rispettivamente, dagli artt. 282-bis, 282-ter, 283, 284, 285 e 286, c.p.p.

¹¹ Nel senso che la condotta violenta, che impone la notifica della richiesta di sostituzione o modifica della misura cautelare alla persona offesa, è quella caratterizzata dall'esistenza di un preesistente rapporto relazionale tra autore e vittima del reato, cfr. l'ordinanza del Gip di Torino, 4 novembre 2013 (Giudice Marra), in *Guida al diritto*, 25 nov. 2013, con nota di G. Amato.

¹² I temi di indagine storica sono numerosi: ad es. il peso dei ruoli sessuali nella storia sociale; le relazioni sociali tra i sessi; l'epistemologia classica della storia che attribuiva al soggetto maschile caratteri di universalità privando di visibilità le donne e ricacciandole fuori dal mondo storico dell'azione e del mutamento; le origini, trasformazioni, e contesti culturali dei movimenti femministi. Su questi temi cfr. G. POMATA, "Se questo è un fatto", relazione al convegno *Innesti. Storia delle donne, storia di genere, storia sociale*, Pontignano (Si), 7-9 febbraio 2003; P. DI CORI, "Culture del femminismo. Il caso della storia delle donne", in *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III, Torino, 1997, Einaudi; P. DI CORI, *Dalla storia delle donne alla storia di genere*, in *Rivista di storia contemporanea*, 1987, n. 4, pp. 548-559.

quelle psicologiche (con riguardo alle problematiche che attengono alla sfera comportamentale dell'autore degli atti di violenza)¹³, e non solo sul piano del diritto, e del diritto penale in particolare, ma anche in prospettiva criminologica, sociologica e antropologica. Oggetto di studio sul tema non sono quindi solo questioni giuridiche, ma anche dati empirici, questioni fattuali, aspetti sociali, antropologici, culturali, che, tuttavia, hanno un grande rilievo teorico, per esempio riguardo al tema del "genere" (e ai nodi problematici che gli si accompagnano), che ha accumulato, negli anni, importanti slittamenti di significato. E i cui studi investono pressochè qualunque branca delle scienze umane, dalla sociologia, alla psicologia, alla politica, alla letteratura, e mettono in luce come siano mutati con l'evoluzione della società gli schemi che sorreggevano i rapporti interpersonali e familiari¹⁴.

Questa potenziale eterogeneità di approcci della complessa tematica (sui quali ovviamente non c'è qui spazio per una indagine approfondita ma solo per rapidi accenni) che, man mano che si procede in vista della spiegazione causale del fenomeno, allarga i suoi orizzonti e i problemi si moltiplicano legandosi uno all'altro, si riflette anche nell'assai più circoscritto ambito giuridico. L'argomento, infatti, non risulta d'interesse solo per i cultori del diritto penale: l'azione di prevenzione e contrasto della violenza contro le donne si realizza, attraverso una produzione legislativa *ad hoc*, anche in ambito civile, amministrativo, processuale penale e civile; e lo stesso diritto internazionale e europeo, costituzionale, comparato si pongono come un riferimento fondamentale e imprescindibile in tale quadro d'insieme (tutti aspetti e varie angolazioni che possono aiutare ad osservare il fenomeno e che, premetto subito, resteranno fuori della nostra indagine, salvo per limitati profili aventi specifico impatto sul diritto penale sostanziale).

2. La nozione di violenza di genere negli strumenti internazionali e in ambito europeo.

In campo internazionale, dove con il consolidarsi di una soggettività politica transnazionale femminile la tematica della violenza contro le donne ha acquistato un'importanza sempre crescente, l'allargamento della titolarità dei diritti alle donne – le cui violazioni nelle prime costituzioni liberali sono state escluse dall'elaborazione teorica e dalla pratica dei diritti umani, che sono nati come diritti "dell'uomo", pensati e proclamati dagli uomini per gli uomini, e non come diritti degli esseri umani in genere (l'universale neutro delle dichiarazioni dei diritti per lungo tempo ha, di fatto, significato solo il maschile, grazie alla definizione e al concreto disegno sul maschile dei diritti fondamentali dell'individuo) –¹⁵, è da porre in relazione col fenomeno della moltiplicazione e universalizzazione (e specificazione rispetto alle diverse esigenze della vita sociale) dei diritti, riconosciuti nel corso degli anni con sistematicità e in pari misura a tutti gli individui, senza distinzioni "di genere" (ma anche di lingua, di religione, di etnia, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali, e simili), in tutte le sfere della società come della famiglia, dal legislatore internazionale, e dall'Onu in particolare¹⁶.

La Conferenza di Pechino (1995), la quarta di una serie di conferenze mondiali sulle don-

¹³ Non a caso tra le strategie di intervento alternative a quella penale la legge n. 119 del 2013 prevede piani di assistenza nei confronti dei soggetti responsabili di atti di violenza che soffrono spesso di forte fragilità e vulnerabilità psicologiche, al fine di favorirne il recupero e limitare i casi di recidiva (art. 5 comma 2 lett. g). Significativa poi è anche la previsione di una valutazione psicodiagnostica e di un'analisi criminologica della violenza di genere, affidata dall'art. 3, comma 3, della legge al Ministero dell'interno-Dipartimento della pubblica sicurezza, che elabora annualmente e che costituisce un'autonoma sezione della relazione annuale al Parlamento di cui all'art. 113 della legge n. 121 del 1981. Né mancano studi criminologici e psichiatrico-forensi (cfr. P. DE PASQUALI, *L'orrore in casa. Psico-criminologia del parenticidio*, Franco Angeli, 2007) che cercano di indagare i meccanismi psicologici alla base della violenza di genere e tracciare il profilo psicologico dell'autore (in particolare, fra le varie tipologie, quella dell'ex partner), nonché l'ambiente relazionale e psicologico in cui matura questo fenomeno. Esistono, poi, centri per trattare chi ha commesso atti di violenza nelle relazioni di intimità (per esempio il CAM, centro di ascolto uomini maltrattanti, nato a Firenze nel 2009).

¹⁴ J. W. SCOTT, "Il genere. Un'utile categoria di analisi storica", in P. Di Cori, a cura, *Altre storie. La critica femminista alla storia*, Bologna, 1996, Clueb, pp. 307-347.

¹⁵ È interessante ricordare che Olympe de Gouges, autrice nel 1791 di una Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina, in cui si affermava che "le donne nascono libere e hanno diritti uguali agli uomini", fu prima derisa per la sua *Vindication of the rights of woman* e poi ghigliottinata nel 1793 per aver "dimenticato le virtù appropriate al suo sesso". Cfr. C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, 2013, il Mulino, p. 69.

¹⁶ Sul'azione attuale della comunità internazionale per la lotta alla violenza di genere in tutte le sue forme, cfr. M. ZUPI, "I temi della 56° sessione della Commissione ONU sulla condizione delle donne", 2012,

ne organizzate dalle Nazioni Unite¹⁷ che hanno contribuito a far diventare il tema della marginalizzazione delle donne nell'ambito dei diritti umani e la causa dell'uguaglianza fra i sessi uno dei punti prioritari delle agende internazionali, aprendo un dialogo su base mondiale su un insieme di obiettivi comuni per promuovere lo sviluppo femminile e garantire un esteso e universale impegno a favore della lotta alla violenza contro le donne (riconosciuta, in talune circostanze, come questione rilevante anche sul piano internazionale penale, e ricondotta nell'ambito del diritto penalistico internazionale e del diritto umanitario)¹⁸, ha ribadito che i diritti delle donne sono diritti umani nel significato più pieno del termine e che la violenza di genere costituisce una violazione dei diritti fondamentali delle donne, affermando come valore universale il principio delle pari opportunità tra i generi e della non discriminazione delle donne in ogni settore della vita, pubblica e privata¹⁹. Ne consegue, per gli Stati, l'obbligo di garantire alle donne una vita libera da ogni forma di violenza, solitamente declinato come "obbligo delle 5 P": *to promote*, promuovere una cultura che non discrimini le donne; *to prevent*, adottare ogni misura idonea a prevenire la violenza maschile sulle donne; *to protect*, proteggere le donne che vogliono fuggire dalla violenza maschile; *to punish*, perseguire i crimini commessi nei confronti delle donne; *to procure compensation*, risarcire, non solo economicamente, le vittime di violenza sulle donne²⁰.

La produzione normativa davvero consistente rivolta alle donne (per lungo tempo invisibili allo sviluppo ed alla crescita del diritto internazionale moderno) da parte della comunità internazionale (raccomandazioni, dichiarazioni e convenzioni settoriali)²¹, anche in aggiunta alle convenzioni destinate a donne e uomini indistintamente, ha contribuito a trasformare il tema della violenza di genere in un tema politico globale, ed è la manifestazione più concreta dell'accennato fenomeno della universalizzazione e specificazione dei diritti, e dei diritti umani delle donne in particolare, accettati a livello internazionale anche da una prospettiva tutta femminile²².

La definizione della violenza contro le donne per motivi di genere, fornita dai diversi documenti internazionali, che ne riconoscono e affermano il carattere universale e la natura strutturale (in quanto coinvolge la società nel suo insieme), è molto ampia, e non sempre univoca: segno di quanto problematica sia, sul piano politico ma soprattutto su quello giuridico, questa nozione²³. Essa designa una realtà di spiccata complessità e poliedricità, sia dal punto di vista sociologico che giuridico, universalmente presente in ogni area del globo, condizionata dall'orizzonte e dal contesto storico in cui si realizza, quindi con caratteristiche variabili in

¹⁷ Le altre Conferenze si sono svolte a Città del Messico (1975), Copenaghen (1980), Nairobi (1985), e New York (2000).

¹⁸ Cfr., ad esempio, gli Statuti istitutivi dei Tribunali della ex Jugoslavia (U.N. Doc. S/25704 del 3 maggio 1993) ed il Ruanda (U.N. Doc. S/955 dell'8 novembre 1994), che contemplano lo stupro come crimine contro l'umanità e prevedono la possibilità di punire gli autori di abusi sessuali di cui sono state vittime le donne nel corso dei conflitti armati che hanno avuto luogo nei territori sui quali esercitano la rispettiva giurisdizione. Cfr. P. DEGANI, *Donne, diritti umani e conflitti armati. La questione della violenza nell'agenda della comunità internazionale*, Research Papers, 3/2000, p. 27 ss.

¹⁹ Quarta conferenza mondiale delle donne, Pechino, 4-15 settembre 1995. La conferenza di Pechino, alla quale hanno partecipato 5.307 delegate e delegati ufficiali dei Governi e 3.824 rappresentanti delle ONG, e che rappresenta il principale testo giuridicamente vincolante sui diritti delle donne, ha adottato due documenti: la Dichiarazione e la Piattaforma d'Azione, che contiene una lista degli obiettivi strategici che governi, organizzazioni internazionali e società civile devono perseguire per realizzare le finalità della Conferenza. Le parole chiave della Conferenza di Pechino sono *empower* ("dare autorità e potere" alle donne, nella famiglia, nella società e nella politica) e *mainstreaming* (promuovere una prospettiva di genere -il punto di vista delle donne- nelle pratiche istituzionali e di governo, e riconoscerne la piena partecipazione alla vita economica, sociale, politica, culturale). In particolare la nuova Piattaforma di Azione di Pechino, con la quale i governi si sono impegnati a tenere conto della dimensione sessuale in tutte le loro decisioni e strategie, individua dodici aree di crisi che vengono viste come i principali ostacoli al miglioramento della condizione femminile: Donne e povertà; Istruzione e formazione delle donne; Donne e salute; La violenza contro le donne; Donne e conflitti armati; Donne ed economia; Donne, potere e processi decisionali; Meccanismi istituzionali per favorire il progresso delle donne; Diritti fondamentali delle donne; Donne e media; Donne e ambiente; Le bambine.

²⁰ Il Relatore speciale ONU Rashida Manjoo nel Rapporto sulla missione in Italia del 2012, cit., registra quattro tipiche sfere d'azione in cui vengono perpetrate le violenze di genere, qualificate come violenza familiare, comunitaria, statale, transnazionale. Cfr. A. DI STEFANO, *Violenza contro le donne e violenza domestica nella nuova Convenzione del Consiglio d'Europa*, vol. 6, n. 1, 2012, p. 184 ss.

²¹ Cfr. A. DEL VECCHIO, La tutela delle donne nelle convenzioni internazionali, in *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico*, (a cura di Talitha Vassalli di Dachenhausen), Napoli, 2011, pp. 315-329. M. BALBONI, Gli strumenti di protezione internazionale e comunitaria dei diritti delle donne, 2004, in <http://cedaw30.files.wordpress.com/2010/05/balboni-gli-strumenti-di-protezione-internazionale-dei-diritti-delle-donne.pdf>

²² Sul fenomeno della moltiplicazione dei diritti per specificazione in ambito internazionalistico, cfr. il volume collettaneo R. TREVES-V. FERRARI (a cura di), *Sociologia dei diritti umani*, in *Sociologia del diritto*, vol. 16, 1989, nonché V. FERRARI, *Giustizia e diritti umani. Osservazioni sociologico-giuridiche*, Torino, 1990.

²³ Secondo la definizione contenuta nell'art. 3 della Convenzione di Istanbul, l'espressione 'violenza contro le donne basata sul genere' è da intendersi come "una violazione di diritti umani o una forma di discriminazione nei confronti delle donne comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provochino o rischino di provocare danni o sofferenze di carattere fisico, sessuale, psicologico o economico, inclusi i casi di minacce di simili condotte, coercizione o privazione arbitraria della libertà, occorsi nella sfera pubblica o nella sfera privata".

relazione all'ambiente sociale e culturale di riferimento, che concorrono nel determinare le diverse forme assunte dal fenomeno nei diversi Paesi²⁴. Non dobbiamo, infatti, passare sotto silenzio il fatto che la violenza di genere è dettata da abitudini (il radicarsi fatale nel passato), costumi, credenze, e sorge sempre in un contesto teorico situato storicamente; si configura cioè in sistemi di cultura e di organizzazioni sociali che hanno una esistenza storica. Ciò spiega la recente tendenza alla “regionalizzazione” del problema, o meglio degli strumenti con cui affrontarlo, che, seppure in linea con gli standard internazionali, permettono di avvicinarsi al tema della tutela dei diritti delle donne e in particolare della lotta alla violenza di genere con un'ottica locale e di adottare le iniziative più utili ad un efficace contrasto del fenomeno in ambito regionale e le misure più incisive nei confronti di specifiche forme di violenza socialmente e culturalmente determinate²⁵.

Nel panorama europeo, tra le carte regionali, assume a riguardo un rilievo particolarmente significativo la citata Convenzione di Istanbul (2011), non solo perché per la prima volta uno strumento internazionale *ad hoc* giuridicamente vincolante riunisce il consenso della comunità a livello paneuropeo su una cornice normativa comune in materia di protezione dei diritti delle donne e nella lotta alle discriminazioni di genere, ma perché – recependo gli esiti più maturi della prassi e del dibattito internazionali sul fenomeno della violenza contro le donne e della violenza domestica – si caratterizza per la previsione di strumenti assenti negli altri trattati esistenti in materia (per questo è considerata un punto di riferimento anche a livello internazionale), specialmente per quanto riguarda due aree di intervento: prevenzione (con una speciale attenzione alle vittime di violenza di genere, sia in tempo di pace che in situazioni di conflitto armato) e accesso ai servizi da parte di donne che hanno subito violenza.

Nel quadro del diritto internazionale dei diritti umani, la definizione più diffusa di violenza contro le donne basata sul genere (ora presa in considerazione anche a livello europeo)²⁶, comprende ogni forma di violenza esercitata nei confronti della donna “perché donna” (fisica,

²⁴ Sui sistemi di tutela internazionali dei diritti umani delle donne e sul dibattito in corso a livello mondiale in materia di femminicidio, cfr. B. SPINELLI (a cura di), *Giuristi Democratici, Violenza sulle donne: parliamo di femminicidio. Spunti di riflessioni per affrontare a livello globale il problema della violenza sulle donne con una prospettiva di genere*, Bologna, 2006.

²⁵ Il primo trattato regionale che ha adottato misure specifiche in materia di diritti umani e violenza di genere, è la Convenzione interamericana sulla prevenzione, la repressione e l'eliminazione della violenza contro le donne (c.d. Convenzione di Belém do Pará), approvata dall'Assemblea Generale dell'Organizzazione degli Stati Americani a Belém (Brasile) nel giugno 1994. Cfr. M. ZUPI e S. HASSAM, *La convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul)*, in *Osservatorio di Politica Internazionale*, n. 85-dicembre 2013, p. 10 s. s. Un altro esempio nel panorama internazionale di strumento regionale in materia di protezione dei diritti delle donne e nella lotta alle discriminazioni di genere è costituito dalla citata Convenzione di Istanbul.

²⁶ Una attenta e articolata definizione di “violenza di genere” è contenuta nella Raccomandazione Rec(2002)5 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulla protezione delle donne dalla violenza, che costituisce una delle misure legislative fondamentali a livello europeo in materia. L'art. 1 stabilisce: “Ai fini della presente raccomandazione, il termine “violenza contro le donne” designa qualsiasi azione di violenza fondata sull'appartenenza sessuale che comporta o potrebbe comportare per le donne che ne sono bersagli danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, o psicologica, ivi compresa la minaccia di mettere in atto simili azioni, la costrizione, la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica che in quella privata. Questa definizione si applica, ma non è circoscritta, alle azioni seguenti: a) la violenza perpetrata all'interno della famiglia o della mura domestiche e in particolare le aggressioni di natura fisica o psichica, gli abusi di tipo emotivo o psicologico, lo stupro e l'abuso sessuale, l'incesto, lo stupro fra coniugi, partner abituali, partner occasionali o conviventi, i crimini commessi in nome dell'onore, la mutilazione degli organi genitali o sessuali femminili, così come le altre pratiche tradizionali dannose per le donne, quali i matrimoni forzati; b) la violenza perpetrata nella comunità in generale e in particolare lo stupro, gli abusi, le molestie sessuali e le intimidazioni sul luogo di lavoro, nelle istituzioni o in altri luoghi, la tratta delle donne ai fini di sfruttamento sessuale; c) la violenza perpetrata o tollerata dallo Stato o dagli agenti della forza pubblica; d) la violazione dei diritti fondamentali delle donne in situazione di conflitto armato, in particolare la presa di ostaggi, la deportazione, lo stupro sistematico, la schiavitù sessuale, la gravidanza forzata e la tratta ai fini di sfruttamento sessuale ed economico”. A tale definizione si richiama la citata Convenzione di Istanbul (v. nota 22). Sulle iniziative del Consiglio d'Europa al fine di promuovere la difesa delle donne dalla violenza e di suggerire agli Stati membri una serie di misure che costituiscono principi di base o linee direttive che gli Stati decideranno di applicare in funzione della loro situazione nazionale, cfr., tra i numerosi testi, oltre alla citata Convenzione di Istanbul, la III Conferenza ministeriale europea per la parità fra le donne e gli uomini (Roma, 21-22 ottobre 1993) sul tema vedi: *Strategie per l'eliminazione della violenza contro le donne nella società: i media e gli altri mezzi*, nonché la Raccomandazione del Consiglio d'Europa Rec(2002) sulla protezione delle donne dalla violenza; gli Orientamenti dell'UE sulle violenze contro le donne e la lotta contro tutte le forme di discriminazione nei loro confronti e, più di recente, la Risoluzione (2012/2922(RSP) adottata a Strasburgo il 6 febbraio 2013. Degno di nota è l'introduzione, con la direttiva 2011/99/EU approvata da Parlamento e Consiglio, dell'EPO, ovvero l'Ordine di Protezione Europeo, il quale garantisce che le vittime di violenza domestica possano fare affidamento sugli ordini di protezione validi a livello dell'Unione nel suo complesso. L'EPO consente infatti all'autorità giudiziaria di uno Stato membro, che abbia predisposto per un suo cittadino un ordine di protezione nei confronti di un terzo che attenta alla sua vita o alla sua integrità psicologica o fisica, di utilizzare questo strumento affinché la protezione valga anche in un altro Stato membro in cui il cittadino venga a trovarsi. Il regolamento del 7 giugno 2013 ha esteso l'applicazione dell'EPO dalle questioni criminali a quelle civili.

psicologica, sessuale, economica, istituzionale²⁷, e qualsiasi altra forma di violenza che incida sulla dignità, integrità e libertà delle donne), che può manifestarsi in diversi luoghi e tipi di relazioni, riconducibili alla dimensione privata come a quella pubblica²⁸.

Tutti i documenti giuridici internazionali, frutto di un compromesso tra posizioni molto diverse tra loro, fanno riferimento alla violenza contro le donne -intesa talvolta come *species* di un più ampio *genus*: la violenza di genere (*gender-based violence*), suscettibile di colpire anche gli uomini²⁹- come fenomeno basato su una secolare tradizione di sottomissione delle donne agli uomini e sull'esistenza di ostacoli insormontabili all'esercizio dei loro diritti, che si risolvono in meccanismi per mezzo dei quali le donne³⁰ sono costrette in una posizione subordinata rispetto agli uomini.

Essa può assumere forme e dimensioni locali a seconda del contesto sociale, culturale e politico di una società, e viene intesa come manifestazione di una costruzione sociale di forte disparità e disomogenea distribuzione del potere tra i sessi, che, al contempo, è prodotto e causa del sistema di dominio maschile sulle donne, e che provoca un contesto di violenza diffusa da parte degli uomini, in famiglia (un'area nascosta del potere maschile, e un ambito in cui la violenza si esercita nella maggior parte dei casi), o all'interno di qualsiasi altra relazione interpersonale³¹.

3.

Discriminazione e violenza contro le donne.

Nel panorama complesso della violenza di genere, esiste dunque uno stretto e significativo legame tra discriminazione e violenza contro le donne, e la consapevolezza di tale legame è diventata patrimonio comune. Essa infatti è legata alle strutture sociali e culturali delle relazioni donna/uomo, che pesano nei rapporti sociali come fattore cruciale per la costruzione della società, dell'egemonia politica e della cultura; alla posizione di marginalità della donna presente in ogni società; al ruolo che tradizionalmente le è riconosciuto nella società e nella cultura a dominanza maschile, sia dentro che fuori le mura domestiche, per ragioni di ordine storico, sociale o culturale. E' lo specchio di squilibri di potere e disparità di ruolo tra uomini e donne, che conduce alla subordinazione femminile nella sfera pubblica e in quella privata; è espressione dell'egemonia degli uomini sul piano del rapporto di forza fra i generi, in cui storicamente è stato vincente quello maschile³².

Dunque, la violenza di genere è un fenomeno sociale, legato a ruoli e comportamenti che la società stabilisce per i due sessi. Ma non è solo la società a essere messa in questione. C'è per lo meno anche la cultura, che contribuisce all'accettabilità sociale della violenza sulle donne. Perciò la violenza di genere è anche un fenomeno culturale. In forza del quale il sesso femminile (il modo di percepire e di stabilire rapporti tra i sessi) è uno dei fattori socio-ambientali che possono dar luogo a una predisposizione specifica delle donne a subire certe aggressioni e a diventare soggetti passivi di certi reati. Nel linguaggio dei criminologi è un fattore di vit-

²⁷ Sulle violenze perpetrate sulle donne nelle regioni colpite dai conflitti armati, cfr. la "Commissione 780" istituita dalle Nazioni Unite il 6 ottobre 1992 con il compito di indagare sulle violazioni del diritto umanitario nel territorio della ex Jugoslavia, che ha introdotto la nozione di "stupro etnico", inquadrando le violenze contro le donne all'interno delle specifiche fattispecie del crimine di guerra, del crimine contro l'umanità e del genocidio, perseguibili dalla comunità internazionale. Sul punto cfr. P. DEGANI, *Donne, diritti umani e conflitti armati. La questione della violenza nell'agenda della comunità internazionale*, cit., e bibl. ivi cit..

²⁸ Il documento che offre la definizione più diffusa della violenza contro le donne è la Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU con la risoluzione n. 48/104 del 20 dicembre 1993, la quale ne dà la seguente definizione: "Ai fini della presente dichiarazione "violenza contro le donne" significa ogni atto di violenza fondata sul genere che abbia come risultato, o che possa probabilmente avere come risultato, un danno o una sofferenza fisica, sessuale o psicologica per le donne, incluse le minacce di tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, che avvenga nella vita pubblica o privata" (art. 1). L'art. 2 stabilisce che "La violenza contro le donne dovrà comprendere, ma non limitarsi a quanto segue: a)La violenza fisica, sessuale e psicologica che avviene in famiglia, incluse le percosse, l'abuso sessuale delle bambine nel luogo domestico, la violenza legata alla dote, lo stupro da parte del marito, le mutilazioni genitali femminili e altra pratiche tradizionali dannose per le donne, la violenza non maritale e la violenza legata allo sfruttamento; b)La violenza fisica, sessuale e psicologica che avviene all'interno della comunità nel suo complesso, incluso lo stupro, l'abuso sessuale, la molestia sessuale e l'intimidazione sul posto di lavoro, negli istituti educativi e altrove, il traffico delle donne e la prostituzione forzata; c)La violenza fisica, sessuale e psicologica perpetrata o condotta dallo Stato, ovunque essa accada".

²⁹ Così il preambolo della Convenzione di Istanbul, cit.

³⁰ Da intendersi con il termine donna anche le ragazze di meno di 18 anni: così il Preambolo, art. 3, lett. f, della Convenzione di Istanbul, cit.

³¹ In questo senso cfr. la IV Conferenza mondiale delle Nazioni Unite (1995) e, ora, la Convenzione di Istanbul, cit.

³² M. L. FADDA, *Differenza di genere e criminalità. Alcuni cenni in ordine ad un approccio storico, sociologico e criminologico*, in *Dir. pen. cont.*, 20 settembre 2012, p. 18

timizzazione della donna rispetto ai reati a vittima personalizzata perpetrati nel circoscritto ambito del rapporto intersubiettivo tra autore e vittima³³. In quest'ottica la violenza di genere può collocarsi nella categoria di reati nella cui motivazione il soggetto passivo entra per i suoi preesistenti rapporti con l'autore.

4.

Il concetto di “violenza di genere”.

Tralasciando il tema specifico della violenza di genere nei conflitti armati, inquadrata all'interno delle specifiche fattispecie del crimine di guerra, del crimine contro l'umanità e del genocidio (e conseguentemente tra i crimini riconosciuti e perseguibili dalla comunità internazionale), che assume una rilevanza penale autonoma nella cornice del diritto internazionale; e le forme di violenza perpetrate in tempo di pace sulle donne all'interno dei singoli Paesi che integrano una delle tipologie di crimini contro l'umanità (i c.d. *gender crimes*), che possono sussistere anche in situazioni regolate dal diritto internazionale di pace e fanno riferimento a quadri teorici diversi³⁴, adotterò come punto privilegiato di osservazione le violenze contro le donne commesse dentro la cosiddetta “sfera privata”, che possono essere psicologiche, fisiche o di entrambi i tipi. (Questa delimitazione di campo a un solo contesto risponde a ovvie ragioni di opportunità: ogni discorso sulla violenza di genere rischia di essere sterile e fuorviante se prescinde dai diversi contesti in cui la violenza si manifesta, come pure dalle specificità storiche, sociali, culturali, del fenomeno, anche perché l'uso ripetuto di una parola in contesti culturali diversi può condurre a inediti accumuli di significato).

A tale riguardo la definizione dei documenti internazionali sopra richiamata designa una tipologia di violenza (fisica, sessuale, psicologica, economica), rilevante nella sfera privata come nello spazio pubblico e significativa soprattutto nelle fattispecie che colpiscono esclusivamente le donne, che si atteggia con modalità eterogenee e racchiude al suo interno una serie di fatti di reato di diverso tipo, accomunati dal contesto e dal soggetto passivo cui sono diretti, la cui causa, o una delle sue molte cause (trattandosi di un fenomeno multifattoriale che non ha un'unica causa diretta), è radicata nella condizione specifica della donna, e segnatamente nelle relazioni gerarchiche che la circondano, vale a dire nella discriminazione sistemiche tra i generi determinate da fattori di ordine storico, sociale e culturale, che si risolvono in ostacoli al riconoscimento dell'eguaglianza sostanziale tra i sessi e al pieno sviluppo della personalità e delle capacità umane delle donne³⁵.

5.

La nozione di “genere”.

Qui il termine “genere” (traduzione dall'inglese *gender*)³⁶, spesso portatore di discriminazione sessista³⁷, ha un significato più ampio rispetto alla fisionomia originaria della dicotomia “uomo-donna”, “maschile-femminile”, secondo cui genere è il sesso biologico, l'universo genitale nel quale si nasce (maschio o femmina); e viene usato con una connotazione legata al

³³ Sul concetto di vittimizzazione, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2013, p. 335: “La vittimizzazione è la nuova branca che si propone di stabilire l'incidenza della vittima, per ciò che essa è o per ciò che essa fa, nella genesi e dinamica del delitto”.

³⁴ L'art. 7 dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale adottato a Roma il 17 luglio 1998, che ha qualificato la violenza di genere, oltre che come crimine di guerra se perpetrata nell'ambito dei conflitti, anche come crimine contro l'umanità, indica, tra i crimini contro l'umanità, “i crimini di violenza sessuale (stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata o qualsiasi altra forma di violenza sessuale di analoga gravità)”. Cfr. A. LANCIOTTI, *La Corte penale internazionale e la repressione delle gravi violazioni del diritto umanitario*, 2013, Giappichelli, p. 44 ss.

³⁵ Ribadisce che la violenza contro le donne deriva da rapporti di forza impari tra uomini e donne, e costituisce un attacco ai loro diritti di persone umane e alle loro libertà fondamentali e impedisce loro, in parte o totalmente, di esercitarli, la Raccomandazione del Consiglio d'Europa Rec (2002)5, cit.

³⁶ Cfr. P. DI CORI, *Introduzione*, in id. (a cura), *Altre storie. La critica femminista alla storia*, Bologna, Clueb, pp. 9-66.1996, p. 27.

³⁷ “Il linguaggio -scrive D. SPENDER, *Man Made Language*, 1980, Routledge & Kegan Paul, p. 83- non è neutro. Non è solamente un mezzo che trasporta idee. Ma esso stesso forgia idee”. Sul problema dell'uso anche sessista (nel senso di discriminatorio) del linguaggio cioè come veicolo simbolico del dominio maschile sulle donne, e su alcuni aspetti di sessismo linguistico, ossia di uso della lingua che fa rilevare la superiorità dell'uomo con una connotazione negativa per la donna, emarginandola, riducendola, ridicolizzandola, cfr. la “*Raccomandazione della Commissione Pari Opportunità del Consiglio dei Ministri per un uso non sessista della lingua italiana*”, pubblicata nel 1986. Sulla correlazione tra genere e uso del linguaggio, v. S. LURAGHI e A. OLITA, “*Linguaggio e differenza di genere*”, Ed. Carrocci, Roma, 2006.

ruolo differenziato assegnato socialmente e culturalmente all'uomo e alla donna, prima nella famiglia (il nucleo primario di aggregazione e di convivenza), e poi, quando la donna tenta di affrancarsi dalla subordinazione familiare per conquistare un suo ruolo anche all'esterno della famiglia, nella stessa società. Ciò per indicare non solo la differenza naturale (sessuale o biologica) tra i generi, quanto piuttosto la derivazione culturale di questa differenza, non più, o non soltanto, corporea, o appartenente al regno della natura, ma di tipo storico-economico-sociale³⁸.

La differenza di genere, intesa come costruzione sociale e culturale, dunque storica, e soggetta perciò alla critica e al cambiamento; come manifestazione socialmente determinata della differenza di potere tra uomini e donne (quindi interpretata come "una questione di dominio" -del dominio maschile e della sottomissione femminile), non è misurabile solo in termini biologici, ma deve esserlo soprattutto in termini culturali, facendo capo alla specificità e alla concretezza delle diverse modalità dell'essere e dello stare nella società dell'uomo e della donna³⁹. Rifiutando le spiegazioni biologiche e psicoanalitiche della subordinazione della donna, Simone de Beauvoir, in un saggio del 1949, che suscitò critiche durissime in ogni ambiente ma che ha avuto un impatto epocale, diventando una pietra miliare per il femminismo e per lo studio sulla condizione femminile, in cui interroga filosofia, antropologia, biologia, psicologia, letteratura, in cerca delle cause dell'oppressione della donna e dei ruoli ad essa attribuiti dal pensiero maschile, ne propone una sua personale: donna, cioè essere umano in condizione di subordinazione, non si nasce ma si diventa; nessun destino biologico, psichico, economico definisce l'aspetto che riveste in seno alla società⁴⁰.

Solo con questo presupposto, partendo cioè dall'idea che il concetto di genere è un prodotto culturale e sociale soggetto a mutamento, è possibile criticare l'oppressione contenuta nelle relazioni di genere così come la tradizione le ha stabilite.

In quest'ottica, che mostra come femminile e maschile non siano identificabili mediante un insieme di categorie immutabili, di qualità considerate permanenti e intrinseche (ad esempio la disposizione della donna al materno, alla cura, alla relazionalità, alle manifestazioni emotive), secondo una definizione essenzialista della femminilità e del genere⁴¹, ma siano storicamente e socialmente costruite entro precisi rapporti di potere (senza però escludere che esistano differenze di sesso nei modi di agire e di pensare, che fanno capo ai fondamenti ontologici di due soggetti irriducibilmente diversi, anche se contestualizzati nello spazio e nel tempo: è pur vero, infatti, che l'essere donna -o uomo- è un fattore "irriducibile" della persona, una diversità di carattere "naturale")⁴², la categoria di genere, inserita entro i contesti storici del conflitto sociale per il dominio e il potere, quindi all'interno di un quadro interpretativo più ampio di quello connesso alla costituzione sessuale biologica di uomini e donne, opera come una categoria ordinatrice e organizzatrice delle relazioni sociali⁴³, e viene intesa, in linea con gli sviluppi e gli standard di protezione maturati al livello internazionale⁴⁴, come un rivestimento sociale degli esseri umani appartenenti ai due sessi, e come una struttura sociale di dominio, che investe non solo la sfera familiare, ma anche quella delle relazioni sociali, politiche ed economiche, assumendo caratteri storicamente contingenti⁴⁵; e la differenza di genere - ove per

³⁸ Al riguardo sembra opportuno segnalare che contestualmente alla firma della Convenzione di Istanbul il Governo italiano ha depositato presso il Consiglio d'Europa una nota verbale con la quale ha dichiarato che "applicherà la Convenzione nel rispetto dei principi e delle previsioni costituzionali". Tale dichiarazione interpretativa è motivata dal fatto che la definizione di "genere" contenuta nella Convenzione - art. 3, lettera c) recita: "con il termine genere ci si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini" - è ritenuta troppo ampia e incerta e presenta profili di criticità con l'impianto costituzionale italiano. Cfr., al proposito, la relazione illustrativa al disegno di legge di autorizzazione alla ratifica - A.S. 3654 - presentato dal Governo Monti l'8 gennaio 2013.

³⁹ Un concetto sostanzialmente analogo di genere è contenuto nel Preambolo (art. 3, c) della Convenzione di Istanbul, che introduce per la prima volta nell'ambito di un trattato internazionale la definizione del concetto.

⁴⁰ SIMONE DE BEAUVOIR, *Il secondo sesso*, 1949, Gallimard editore, trad. it. di R. Cantini e M. Andreose, Il Saggiatore Tascabili, 2012.

⁴¹ Sulla reazione alla posizione essenzialista "di chi considera il soggetto donna (e il soggetto uomo) passibili di mutamento, non omogenei al loro interno, plasmabili dalla storia, creativi e autonomi", cfr. S. PICCONE STELLA, *Studi di genere e pari opportunità: una rassegna critica della letteratura italiana e internazionale* (a cura di). Genere. *La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Il Mulino, 1996.

⁴² Per alcune riflessioni sul concetto di differenza tra i sessi e sulla distinzione tra il genere come categoria sociale e il sesso come differenza anatomica tra uomini e donne, cfr. J. W. SCOTT, *Gender and the Politics of History*, New York, Columbia UP, 1988, p. 42 ss.; ID., "Il genere. Un'utile categoria di analisi storica", cit., p. 307-347.

⁴³ P. DI CORI, *Introduzione*, in ID., a cura, *Altre storie. La critica femminista alla storia*, Bologna, Clueb, 1996, p. 27.

⁴⁴ Vedi la definizione di "gender-based violence" nella General Recommendation n. 19 del 29 gennaio 1992 del Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne. Cfr. A. DI STEFANO, *Gender Issues and International Legal Standards*, Catania, 2010.

⁴⁵ Cfr. MACKINNON C., *Le donne sono umane?*, a cura di Antonella Besussi e Alessandra Facchi, Roma-Bari, 2012, Laterza, p. 15.,

genere s'intende appunto il sesso e i rapporti di sesso storicamente e socialmente costruiti – è quella determinata non dalla natura, bensì dalle convenzioni e dalle dinamiche socio-culturali, e designa, in opposizione a sesso, che si riferisce al sostrato fisico e biologico delle differenze sessuali, delle distinzioni tra maschio e femmina, i ruoli socialmente e politicamente costruiti che una data società ritiene appropriati per le donne e gli uomini, e sui quali costruisce la ineguale distribuzione del potere e la posizione di subalternità delle donne, che rende possibile il mantenimento della posizione di dominio maschile e le conseguenti discriminazioni tra i sessi⁴⁶. “Nominare il genere – avverte la storica Joan Scott – significa immediatamente evocare il potere” [degli uomini sulle donne]; e – aggiungeremmo – una dimensione di violenza sulle donne è imprescindibilmente legata all'esercizio del potere maschile.

Tutto ciò è incluso nello statuto del termine “genere” e nel modello di differenza tra sessi come costruzione storica, come esito di processi di tipo sociale e politico, con i quali ogni società trasforma la sessualità biologica in prodotti dell'attività umana; come categoria simbolica utilizzata per attribuire differenti “qualità” agli uomini e alle donne⁴⁷. Ma anche come luogo in cui si consuma la lotta su ciò che appartiene al naturale oppure al sociale.

A tale riguardo c'è da dire che il concetto di genere, così come si è imposto nelle sfere internazionali come in quelle nazionali⁴⁸, ha fatto riferimento per lo più alla differenza sessuale e corporea degli esseri umani appartenenti ai due sessi, cioè è stato interpretato esclusivamente come genere femminile e maschile in riferimento ad uomini e donne⁴⁹. Il significato di genere, come radicato nell'identità sessuale biologica, maschile e femminile, esclude il riconoscimento del fatto che ci sono sessualità (e relazioni tra queste) che eccedono queste due polarità (omosessualità femminile e omosessualità maschile, transessualità, transgenderismo eccetera).

Nella conferenza mondiale delle donne di Pechino del 1995 furono espressi alcuni dubbi sull'opportunità di fare uso del termine *gender*, dato che, benché sia in sé neutro, non si può usarlo senza generare confusione. Alcuni paesi, soprattutto cattolici, e in prima linea il Vaticano⁵⁰, erano preoccupati che dire “genere” significasse legittimare l'omosessualità. Alla fine, pur in mancanza di una definizione ufficiale, si chiarì che il termine genere doveva essere inteso nel senso del “suo uso ordinario e generalmente accettato”, ossia nell'accezione in cui era usato nei documenti precedenti⁵¹, senza specificare a cosa si riferisse, aprendo in tal modo la porta a un'ambiguità di fondo che permette di usare il termine secondo le visioni antropologiche più diverse. Quanto alla citata Convenzione di Istanbul del 2011, tra i temi critici che ne hanno pregiudicato le ratifiche e la conseguente entrata in vigore, è proprio la questione relativa alla definizione di violenza di genere, che è stata oggetto di diverse proposte volte a limitarne la portata, per escludere la violenza contro soggetti di diverso orientamento sessuale rispetto alle identità maschili e femminili dall'ambito di applicazione del trattato⁵².

La definizione di genere, sotto questo profilo, è strettamente connessa con le richieste di riconoscimento giuridico della parità dei diritti delle “minoranze sessuali”: un movimento politico culturale – strettamente legato ai movimenti di emancipazione femminile – che,

⁴⁶ Sul fondamento “naturale” e “culturale” del concetto di “genere”, cfr. S. PICCONE STELLA, C. SARACENO. (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Bologna, Il Mulino, 1966, p. 11; T. PITCH, *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Giappichelli, 2004.

⁴⁷ Per la storica Joan W. Scott il genere “è un terreno fondamentale al cui interno o per mezzo del quale viene elaborato il potere []; affermatosi come un insieme di riferimenti oggettivi, i concetti di genere strutturano la percezione e l'organizzazione concreta e simbolica di tutte le forme della vita sociale. Nella misura in cui tali riferimenti determinano distribuzioni di potere (diversi gradi di controllo o di accesso a risorse materiali e simboliche) il genere viene coinvolto nella concezione e nella costruzione del potere stesso” (J. W. SCOTT, *Gender and the Politics of History*, cit., p. 34).

⁴⁸ Nel senso, però, che il concetto di genere è più ampio di quello di sesso, in quanto comprende anche la dimensione culturale della differenza tra i sessi, cfr. la decisione della Corte EDU del 2 marzo 2010 nella causa *Kozak c/Polonia*.

⁴⁹ Così, ad esempio, lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale (1998): “Agli effetti del presente Statuto con il termine “genere sessuale” si fa riferimento ai due sessi, maschile e femminile, nel contesto sociale. Tale termine non implica alcun altro significato di quello sopra menzionato” (art. 7.3).

⁵⁰ La delegazione della Santa Sede ritenne opportuno precisare che si dissociava tanto “dal rigido determinismo biologistico” sia dall'idea che l'identità sessuale sia “indefinitamente manipolabile” (cfr. MARY ANN GLENDON, *Intervention at the 49th Session of the UN Commission on the Status of Women*, New York, 7 marzo 2005).

⁵¹ Così la Dichiarazione della Presidenza della Conferenza nel Comunicato della Quarta Conferenza Mondiale di Pechino, 4-15 settembre 1995, A/Conf.177/20/Rev.1.

⁵² In particolare la Federazione Russa ha proposto, insieme alla Santa Sede, di escludere dal concetto di violenza di genere la violenza contro lesbiche, bisessuali e trans gender (sancita nell'art. 4).

reagendo a una concezione puramente fisiologica e genitale del sesso⁵³, e distinguendo tra sesso (che indica la caratterizzazione biologica) e identità di genere (la costruzione culturale di questa caratterizzazione), cerca di abbracciare con il termine genere – in polemica con lo “stereotipo di genere” che ha a che fare con il significato originario del termine identificato come “maschile” e “femminile”, e che normalmente la società e la cultura dominante impone ai due sessi – ogni ambito delle pratiche sessuali. Rivendicando l'assoluta indipendenza del sesso – cioè della differenza sessuale (ossia della natura) dall'orientamento sessuale (vale a dire l'assoluta indipendenza della persona dal proprio corpo), che non è determinato né dalla natura, né dalle convenzioni sociali, ma dalla propria individualità. E riconducendo il genere alla scelta individuale, senza per questo dover subire stigma sociale o discriminazione⁵⁴.

6.

“Violenza domestica”. “Violenza economica”. “Violenza assistita”.

Nell'ambito della violenza di genere, l'espressione “violenza domestica” (ossimoro che sovrappone l'idea di sicurezza che dovrebbe esprimere la *domus* e l'orrore dell'aggressione fisica e psicologica), differenziabile in molteplici tipi (sessuale, economica, ecc.), che non colpisce solo le donne ma anche altri soggetti (ad esempio bambini ed anziani, rientranti nelle c.d. fasce deboli della popolazione, ai quali si applicano le medesime norme di tutela), designa la violenza nella sfera familiare (e, più in generale, “affettiva”, quindi non solo all'interno della famiglia in senso stretto), o c.d. violenza intradomestica (la patologia più allarmante relativa alla famiglia), che può trasformarsi da fenomeno di normale conflittualità di coppia in un fenomeno penalmente rilevante (ad esempio, maltrattamenti fisici e psicologici, abusi sessuali). La violenza domestica rappresenta un *tabù* socio-culturale, che ha fatto sì che molti reati restassero impuniti, e rimane tutt'ora un fenomeno difficile da accertare (e perseguire), un

⁵³ Il termine sesso ha una pluralità di significati ben diversi tra loro. Nell'accezione più materiale e fisica, che concorre alla formazione dell'identità di ogni individuo caratterizzandone l'esistenza, indica l'apparato sessuale di una persona, vale a dire l'organo genitale esterno, che può essere maschile o femminile. E' il senso in cui il termine viene utilizzato dall'art. 29 del Dpr 3 novembre 2000 n. 396, che disciplina lo stato civile. In un significato più ampio, comprensivo di un insieme di fattori non soltanto fisiologici, ma anche psicologici, che determinano l'identità psico-sessuale della persona, la concezione del sesso, come dato caratteristico della personalità, è costituita – secondo la definizione fornita dal vocabolario Treccani one-line – dal “complesso dei caratteri anatomici, morfologici, fisiologici (e negli organismi umani anche psicologici) che determinano e distinguono tra gli individui di una stessa specie, animale o vegetale, i maschi dalle femmine e viceversa”. Si fonda su tale nozione, in cui il sesso di una persona, a seguito dell'evoluzione storica e culturale del termine, non è il sesso anatomico ed è identificato non solo sulla base di ciò che distingue morfologicamente e fisicamente l'uomo dalla donna (l'organo genitale) ma anche alla stregua di una valutazione di altri elementi, tra cui quelli psicologici, la disciplina di diritto positivo in tema di rettificazione di attribuzione di sesso (l. 14 aprile 1982, n. 164 e art. 31 Dlgs 1 settembre 2011, n. 150), la quale – come ha avuto modo di precisare la Corte costituzionale nella sentenza n. 161 del 1985 – presuppone l'accoglimento di un “concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero “naturalmente” evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche a elementi di carattere psicologico e sociale”, per cui il giudice nel relativo procedimento deve accertare l'identità psico-sessuale del richiedente e ove si riscontri che questa sia diversa da quella risultante dagli atti di stato civile, deve autorizzare l'adeguamento chirurgico dei caratteri sessuali e ordinare all'ufficiale di stato civile di effettuare la rettificazione nel relativo registro. Da segnalare, al riguardo, che la Corte costituzionale con la sentenza 10-11 giugno 2014 n. 170 (in *Guida al Diritto* n. 2/2014, p. 43), pur confermando il carattere eterosessuale del matrimonio, ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli articoli 2 e 4 della legge 14 aprile 1982 n. 164, nonché – in via consequenziale – l'articolo 31, comma 6, del Dlgs 1° settembre 2011 n. 150, “nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca e determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti e obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore”, il quale, pertanto, dovrà “introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminazione”. Ma il termine sesso designa anche – sempre secondo la definizione fornita dal vocabolario Treccani-on line – “i fatti e i fenomeni legati agli organi della riproduzione, soprattutto per ciò che riguarda i rapporti sessuali e più genericamente, la vita sessuale, la sessualità”, e in questa accezione il termine ha un significato sostanzialmente analogo all'espressione “atti sessuali” usata dall'art. 609-bis c.p. per descrivere il reato di violenza sessuale e a cui, come ben noto, la giurisprudenza tende a dare un'interpretazione piuttosto ampia (cfr., ad es., Cass. pen., sez. 5, 25 ottobre 2013 n. 46446, in *Guida al Diritto* n. 2/2014, p. 67).

⁵⁴ Cfr. J. BUTLER, “*La disfatta del genere*”, Meltemi, Roma, 2006, p. 2010 ss.

fenomeno sommerso, per la riluttanza delle vittime a denunciarla⁵⁵.

Essa si caratterizza per l'esistenza di una relazione – familiare appunto, o affettiva – tra autore del reato e soggetto passivo, cioè per il fatto che l'autore della violenza è il partner intimo della vittima, o altro membro del gruppo familiare (inteso in senso ampio), indipendentemente da dove si manifesta e dalla forma che essa assume.

La nozione di “violenza domestica” ha ricevuto un riconoscimento giuridico per effetto dell'art. 3, co.1, del d.l. n. 93 del 2013, confermato dalla legge di conversione, che recepisce a livello nazionale quelle tendenze e principi in materia già di larga diffusione in ambito internazionale. In particolare la norma citata, ispirandosi alla definizione contenuta nella Convenzione di Istanbul, anzi riprendendo alla lettera tale definizione⁵⁶, stabilisce che tale forma di violenza, ai fini dell'applicazione della misura preventiva extrapenale dell'ammonimento da parte del questore di chi abbia commesso, in ambito domestico, il reato di percosse (581 c.p.) o di lesioni personali lievissime non aggravato da altra previsione che le renda procedibili di ufficio (art. 582, co. 2, c.p.), è riferibile “a uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima”.

La misura è modellata sulla falsariga di quella già prevista dall'art. 8, co.1, del d.l. n. 11 del 2009 (conv. dalla l. 23 aprile 2009, n. 38) nei confronti dell'autore del delitto di *stalking*, il cui ammonimento, però, può essere disposto solo su richiesta della persona offesa, richiesta che può essere presentata fino a quando non è proposta la querela. La nuova misura di prevenzione, finalizzata a garantire una tutela rapida e anticipata rispetto al procedimento penale alle vittime di lesioni lievissime e di percosse infradomestiche (che possono sfociare in esiti più gravi e irreparabili), può essere invece disposta anche in presenza di querela, e senza richiesta della persona offesa⁵⁷.

Il concetto di violenza domestica, secondo la citata definizione, comprende, in aggiunta alla violenza fisica, sessuale o psicologica, la “violenza economica”: una forma più sottile di violenza, che consiste nel rendere la donna economicamente dipendente dal coniuge o ex coniuge o dal partner o ex partner, e che racchiude in sé ogni forma di privazione e controllo che limiti la sua indipendenza economica⁵⁸.

Dagli studi condotti sull'argomento emerge che tra la strutturale debolezza economica del soggetto femminile, privato delle risorse necessarie per garantirsi una vita dignitosa, e l'esposizione al rischio di abusi di vario tipo, tra i quali quello di natura sessuale, esiste in tutte le società una stretta relazione, per cui mi pare di ovvia evidenza la precisazione che una migliore tutela dei diritti economici e sociali delle donne costituisce – palesemente – un elemento indispensabile per la prevenzione delle violenze.

La legge n. 119/2013 attribuisce, inoltre, riconoscimento giuridico al concetto di “violenza assistita”, intesa come violenza sui minori costretti ad assistere ad episodi di violenza in danno di figure familiari di riferimento (genitori, fratelli o sorelle, ecc.), e soprattutto a quelli di cui è vittima la madre. Rinviando al capitolo successivo per una trattazione approfondita dell'argo-

⁵⁵ Le ragioni per cui la violenza endofamiliare non viene quasi mai denunciata sono molteplici: fra le altre, l'allontanamento dei/dai figli e il timore di subire rappresaglie. Rashida Manjoo, relatore speciale delle Nazioni Unite contro la violenza maschile, nel rapporto del 2012 dedicato al nostro Paese (riportato nel Rapporto Ombra, elaborato dalla Piattaforma «Lavori in corsa: 30 anni CEDAW», e presentato a New York al Comitato Cedaw, in concomitanza con il Governo italiano che era chiamato ad effettuare la periodica relazione sull'implementazione della Convenzione nel nostro paese.), riferisce che in Italia la maggior parte delle violenze non sono denunciate perché perpetrate in un contesto culturale maschilista dove la violenza domestica non è sempre percepita come un crimine, dove le vittime sono economicamente dipendenti dai responsabili della violenza e persiste la percezione che le risposte fornite dallo Stato non sono adeguate per riconoscere il fenomeno, perseguire per via legale gli autori di tali crimini e garantire assistenza e protezione alle vittime.

⁵⁶ Con due differenze: deve trattarsi di fatti gravi ovvero non episodici; in secondo luogo il riferimento al “partner” è sostituito con quello a “persone legate da relazioni affettive”. La citata Convenzione di Istanbul (art. 3, b) con l'espressione “violenza domestica” designa “tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima”.

⁵⁷ L'art. 3 d.l. n. 93/2013 stabilisce che il questore può procedere all'ammonimento dell'autore del fatto, anche in assenza di querela, nei casi in cui alle forze dell'ordine sia segnalato, in forma non anonima, un fatto che debba ritenersi riconducibile ai reati di cui agli articoli 581, nonché 582, secondo comma, consumato o tentato, del codice penale, nell'ambito di violenza domestica.

⁵⁸ Il ddl n. 724 del 29.5.2013, recante Disposizioni per la promozione della soggettività femminile e per il contrasto al femminicidio, configura come reato l'occultamento doloso delle proprie risorse patrimoniali al fine di non corrispondere quanto dovuto, a titolo di mantenimento o di alimenti, al coniuge o ai figli. Inoltre, si estende il reato di frode processuale all'ipotesi di occultamento fraudolento delle proprie risorse patrimoniali e si prevede altresì che tale comportamento rilevi ai fini dell'affidamento e della fissazione degli obblighi di mantenimento.

mento, basti qui segnalare che il legislatore, aderendo alla specifica indicazione contenuta in tal senso dalla citata Convenzione di Istanbul, ha introdotto una nuova circostanza aggravante comune (o semi-comune) per i delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale e contro la libertà personale, nonché per il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi, se il fatto è commesso in presenza di un minore degli anni diciotto (art. 61, n. 11-quinquies, c.p.).

7.

Il femminicidio.

Per esprimere la violenza esercitata dall'uomo sulla donna con un movente di genere, -cioè non come violenza occasionalmente diretta nei confronti della vittima (per ragioni contingenti, per casuali motivi passionali, per reazione impulsiva: raptus di gelosia, improvvisa follia, e simili), o come esito di devianze sociali addebitabili a una sindrome comportamentale o alla patologia del singolo individuo⁵⁹, bensì come eventi non episodici collegati con i ruoli sociali che l'uomo o la società vorrebbe imporre alle donne; come fatti non isolati ma strutturali e sistemici, che, pur in forme diverse di oppressione e di violenza apparentemente separate, sono caratterizzati da elementi e motivazioni comuni; dunque come espressione di un fenomeno sociale-, nel linguaggio corrente è in uso da qualche tempo la parola femminicidio (una parola registrata di recente anche in alcuni vocabolari della lingua italiana) approdata nella discussione sociale e politica per indicare, appunto, la violenza maschile sulle donne per motivi di genere (c.d. violenza di genere)⁶⁰.

Questo spiega perché la legge in esame - sebbene intitolata "Disposizioni urgenti... per il contrasto della "violenza di genere", e malgrado il termine femminicidio non sia usato nel testo normativo⁶¹ - sia stata salutata dall'opinione pubblica e dai media come "legge sul femminicidio"⁶², una parola secondo alcuni che offende le donne riducendole alla differenza biologica con l'uomo senza riconoscerle pari dignità e valore⁶³. Nel corso degli ultimi anni questa accezione in negativo della parola, che nella fase iniziale di interesse per il fenomeno ha dato luogo a polemiche e discussioni, è andata sfumando e si è affermata un'accezione positiva che le viene riconosciuta nella letteratura sociologica e criminologica⁶⁴.

Di legge sul femminicidio, nell'uso comune, si parla anche con riferimento ad alcuni provvedimenti legislativi aventi ad oggetto "misure cautelari contro la violenza nelle relazioni familiari". In particolare, con riguardo alla l. 4 aprile 2001, n. 154, che ha introdotto per la prima volta la misura dell'"allontanamento dalla casa familiare" (art. 282-bis c.p.p.), la cui disciplina è stata poi integrata dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito nella l. 23 aprile 2009, n. 38 (art. 282-quater c.p.p.) ed ampliata dal d.l. n. 93 del 2013 e relativa legge di conversione (artt.

⁵⁹ Citando il "Rapporto Ombra" che il governo italiano ha presentato all'ONU sullo stato di attuazione della "Piattaforma Cedaw" nel nostro Paese (New York, 2011): "I media spesso presentano gli autori di femminicidio come vittime di raptus e follia omicida, ingenerando nell'opinione pubblica la falsa idea che i femminicidi vengano per lo più commessi da persone portatrici di disagi psicologici o preda di attacchi di aggressività improvvisa. Al contrario, negli ultimi 5 anni meno del 10% di femminicidi è stato commesso a causa di patologie psichiatriche o altre forme di malattie e meno del 10% è stato commesso per liti legate a problemi economici o lavorativi".

⁶⁰ Il femminicidio, come cita il DEVOTO-OLI (2009) è "Qualsiasi forma di violenza esercitata sistematicamente sulle donne in nome di una sovrastruttura ideologica di matrice patriarcale, allo scopo di perpetuare la subordinazione e di annientare l'identità attraverso l'assoggettamento fisico o psicologico, fino alla schiavitù o alla morte". Il termine è registrato anche in ZINGARELLI a partire dal 2010 e nel Vocabolario TRECCANI on line.

⁶¹ Nessuna norma del recente provvedimento legislativo si riferisce alla uccisione di donne da parte di uomini per motivi di genere, le modifiche introdotte riguardando non le norme sull'omicidio, ma quelle relative ai maltrattamenti, alle violenze sessuali e agli atti persecutori, come vedremo meglio in seguito.

⁶² Un riferimento espresso alle parole "femminicidio" e "femmicidio" è contenuto nel d.d.l. n. 860 d'iniziativa dei senatori Fedeli ed altri, comunicato alla presidenza del Senato il 20 giugno 2013 (v. Atti parlamentari, XVII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti), avente ad oggetto la "Istituzione di una Commissione parlamentare sul fenomeno dei femminicidi e dei femmicidi". Un riferimento alla parola femminicidio è contenuto, inoltre, nel d.d.l. 17 ottobre 2013, atto senato n.724, in corso di esame in commissione, recante "Disposizioni per la promozione della soggettività femminile e per il contrasto al femminicidio", il cui art. 1 comma 3 recita: "La presente legge promuove, in particolare, i diritti e la dignità delle donne e prescrive misure volte a contrastare ogni forma di femminicidio, inteso quale negazione della soggettività femminile".

⁶³ Nel linguaggio comune il termine femmina è per lo più spregiativo: ad es., femmina disonesta, femmina di mondo, meretrice, e indica prevalentemente il sesso, ovvero "la donna che possiede in grado notevole le doti fisiche, fisiologiche e psicologiche che la rendono desiderabile all'uomo, e che sa farle valere per rendersi attraente: una donna veramente femmina". Cfr. la voce *Femmina*, in Vocabolario on line, Treccani.it.

⁶⁴ Cfr. B. SPINELLI, "Femminicidio. Dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale", 6 ed., 2014, Angeli ed.

282-bis, co. 6 e 384-bis, c.p.p.)⁶⁵.

Il problema della parola “femminicidio”, la cui accezione in negativo è connessa al carattere apparentemente autocontraddittorio del termine, che, con l’etimo femmina, rimanda a ciò che vi è di biologicamente dato nel rapporto uomo-donna, e non a ciò che vi è socialmente e culturalmente costruito, è che quando la si dice o la si sente, se ne dice o se ne sente soltanto metà, femmina, e si trascura l’altra metà, l’uccisione, dall’etimo latino “*cidio*” (un derivato di “*cædere*”: uccidere).

Questa componente semantica restituisce all’espressione linguistica il suo significato simbolico originario espressivo di una fortissima presa di posizione politica, che ha innescato il processo di internazionalizzazione delle istanze di giustizia per i crimini contro le donne.

Il termine femminicidio, al posto di quello letteralmente e politicamente “neutro” di omicidio, viene introdotto dalla letteratura criminologica e sociologica femminista, in particolare sudamericana, per “dare un nome” a un fenomeno, altrimenti senza nome, e un fondamento teorico a un problema spesso sconosciuto o del tutto ignorato, anche a livello istituzionale, e comunque difficile da inquadrare e indagare con il linguaggio tradizionale dominante, neutrale e parziale, da sempre usato dagli uomini: la violenza estrema esercitata sistematicamente dall’uomo sulla donna per il fatto di essere donna -cioè in ragione della sua appartenenza al genere femminile, per motivi di odio, gelosia, sadismo, disprezzo, passionali, o per un senso di possesso o di superiorità e di dominio sulla donna⁶⁶.

La matrice sistemica, strutturale, delle uccisioni di donne avvenute in alcuni paesi dell’America latina per ragioni di violenza di genere, e i fattori socio-politici ad essa collegati attribuiscono al problema della violenza sulle donne una dimensione sociale che travalica l’ambito della sfera privata per assumere un significato politico.

In questo quadro la parola femminicidio – una categoria concettuale politica, criminologica e giuridica inedita, che svela una faccia nuova della realtà –, nelle sue diverse accezioni di femicidio e femminicidio: la prima limitata alla condotta di omicidio, la seconda comprensiva delle altre condotte violente non incluse in quella di omicidio, viene adottata, in ambito scientifico, come categoria criminologica di analisi e, in ambito politico, per valorizzare ed approfondire un fenomeno, tradizionalmente rimosso o ignorato, in un’ottica di genere, vale a dire in termini, appunto, di femminicidio; per coglierne la matrice strutturale e rendere visibili – attraverso l’utilizzo di un linguaggio simbolico antagonista a quello egemone patriarcale – i meccanismi che contribuiscono ad occultarlo con la complicità e il silenzio delle istituzioni; per ampliarne e diffonderne la conoscenza con una parola semplice e comprensibile a tutti; per segnalare e denunciare la mancanza di volontà politica di riconoscerlo come problema denso di implicazioni culturali, sociali e politiche, che molto contribuisce alla diffusione di modelli stereotipati dei ruoli delle donne e degli uomini nella coppia e nella società e di pregiudizi legati alla giustificazione, o tolleranza, della violenza maschile sulle donne, e di conseguenza alla sua impunità non solo sul piano sociale ma anche giuridico; per richiamare, infine, l’attenzione da parte delle istituzioni, a livello nazionale e internazionale, sulla necessità di porre in essere politiche di contrasto al fenomeno.

E’ questo il lessico concettuale che dobbiamo tener presente in una prospettiva non solo sociologica ma anche giuridica funzionale alla comprensione del fenomeno.

La parola femminicidio, come uccisione misogina di donne, come ultimo atto di un *continuum* di violenza sulle donne per mano di uomini per motivi associati all’appartenenza al genere femminile, è la categoria più adatta a restituire questo quadro in continua evoluzione e va indagata perciò a partire dal suo atto di nascita.

8

Le “origini” della parola femminicidio.

Il termine femminicidio (in inglese *femicide* e in spagnolo *femicidio*) – inteso nelle sue implicazioni sociali, cioè nel senso di omicidio di donne da parte di uomini “perché donne”, dunque in un significato specifico che non include tutte le uccisioni di donne, per qualsiasi

⁶⁵ Sulle innovazioni introdotte dal legislatore con il d.l. n. 93 e relativa legge di conversione nel sistema delle misure cautelari per reati in materia di violenza di genere, cfr. C. Russo, *Femminicidio* (d.l. 14 agosto 2013, n. 93), p. 26 ss.

⁶⁶ Cfr. D.E.H. RUSSEL and J. RADFORD, *Femicide: The Politics of Woman Killing*, New York, Twajne Gale Group, 1992, p. 3.

causa e in qualsiasi contesto – è entrato nell'uso e nel senso corrente a partire dai pionieristici lavori della sociologa e criminologa statunitense Diana Russell⁶⁷ e dell'antropologa messicana Marcela Lagarde. Prima come categoria “politica” (cioè come un simbolo di lotta politica contro l'uccisione delle donne) e come strumento di indagine in ambito sociologico e antropologico, e poi come concetto giuridico, adottato in sede istituzionale e nell'ambito delle normative nazionali e internazionali per dare una definizione legislativa alla violenza maschile di cui sono vittime le donne, sia quando a compierla sono soggetti istituzionali, sia uomini a livello individuale.

Il termine femminicidio nasce da una situazione storica particolare e designa un movimento politico e una vicenda teorico-culturale legata a un particolare periodo e contesto storico-politico.

La Lagarde, tra le prime teoriche del concetto di femminicidio con una connotazione sociale, culturale e politica, aveva usato questa parola, mischiando per la prima volta femmina e omicidio, per rivolgersi a un vasto pubblico, soprattutto delle donne⁶⁸. Ma anche per indagare e ricordare, e trasportare in un linguaggio non conforme a quello ufficiale, dominante, un caso eclatante di violazione dei diritti umani delle donne, assunto a emblema a livello mondiale del fenomeno ma anche dell'impotenza istituzionale e della complicità culturale maschile nel dramma del femminicidio: la strage di Ciudad Juárez⁶⁹, una città ai confini tra il Messico e gli Stati Uniti, dove numerosissime donne che lavoravano nelle *maquinadoras*⁷⁰ furono uccise. Se non si tiene presente questo sfondo il suo significato simbolico, politico e sociale diventa incomprensibile.

Ben presto la vicenda fu portata all'attenzione globale e la parola venne introdotta nel dibattito politico e giuridico internazionale per indicare la sistematicità della violenza maschile come problema strutturale, come forma di punizione e di controllo sociale sulle donne, che va al di là degli omicidi delle donne, perchè riguarda tutte le forme di discriminazione e di violenza nei loro confronti.

Gli organismi internazionali di difesa dei diritti umani delle donne, tuttavia, hanno tradotto la categoria criminologica e sociologica di femminicidio (intesa, in origine, in termini riduttivi, come omicidio intenzionale di una donna da parte di un uomo “perché donna”) nel concetto più ampio di violenza di genere, per comprendere in un'unica sfera semantica di significato tutte quelle forme di violenza commesse sulla donna – anche quelle sociali, economiche, istituzionali – volte al suo annientamento fisico o psicologico che, non necessariamente, si concludono con la morte della donna⁷¹.

Ma la cosa notevole – che verosimilmente non è stata sufficientemente notata – è che la parola femminicidio, che ha acquistato in tempi recenti rilevanza sul piano sociale attirando l'attenzione dei media, cominciò a diffondersi nella lingua italiana solo a partire dal 2008. In quell'anno il concetto è stato ripreso e sviluppato, e ampliato nel significato semantico e politico, da Barbara Spinelli – alla quale si deve soprattutto la divulgazione del termine, cui ha fatto seguito un'attenzione per un problema che, fino a quel momento, aveva destato scarso interesse – in un libro intitolato *Femminicidio. Dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, nell'ambito di una campagna di sensibilizzazione per la promozione di politiche di contrasto alle discriminazioni di genere e alla violenza contro le donne⁷².

Il termine femminicidio – come condotta violenta contro la donna “in quanto donna”, che ne provochi la morte, nella duplice accezione socio-politica e giuridica – registra il transito

⁶⁷ D.E.H. RUSSEL and J. CAPUTI, *Femicide: Sexist Terrorism against Women*, in J. Radford e D.E.H. Russel, *Femicide: The Politics of Woman Killing*, cit., pp. 13-24. La parola femminicidio fu introdotta dall'antropologa messicana MARCELA LAGARDE (*Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas*. Coordinación General de Estudios de Posgrado, UNAM, México, Edizione 2005, 1ª Ristampa 2006) con un significato più ampio rispetto all'originario femicidio usata dalla sociologa statunitense Diana E.H. Russel, (D.E.H. RUSSEL e J. CAPUTI, *Femicide: Sexist terrorism against women*, cit., 13-24.)

⁶⁸ M. LAGARDE, *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y loca*, cit.

⁶⁹ Dal 1992 più di 4.500 giovani donne sono scomparse e più di 650 stuprate, torturate e poi uccise ed abbandonate ai margini del deserto con la complicità o nel disinteresse delle Istituzioni. Cfr. V. RONQUILLO, *L'inferno di Ciudad Juarez. La strage di centinaia di donne al confine Messico-Usa*, Baldini e Castoldi, Milano, 2006.

⁷⁰ Si tratta di stabilimenti di assemblaggio stabiliti in Messico che si dedicano all'assemblaggio e/o alla lavorazione di materie prime, sia di prodotti intermedi che di prodotti finali, importati per la quasi totalità dagli Stati Uniti e, una volta, terminato il processo di maquila, inviati a quello stesso paese. Cfr. J. CARRILLO, A. HERNÁNDEZ, *Mujeres fronterizas en la industria maquiladora*, Consejo Nacional de Fomento Educativo; Dirección General de Publicaciones de la SEP, México, 1985.

⁷¹ Sui rapporti tra femminicidio e diritti umani, vedi C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, Il Mulino, 2013, p. 69 ss.

⁷² Cfr. B. SPINELLI, *Femminicidio. Dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, cit.

semantico che tale nozione sperimenta rispetto alla definizione giuridica e normativa di omicidio e di altri tipi di uccisione di donne con movente diverso da quello di genere, per includere quelle situazioni in cui la morte della donna rappresenta l'esito o la conseguenza di atteggiamenti o pratiche sociali o condotte violente misogine o sessiste, motivate da un senso di legittimazione e/o di superiorità degli uomini sulle donne, o di una presunzione di possesso sulle stesse⁷³ (maltrattamenti, violenza fisica, psicologica, sessuale, comportamenti discriminatori, atti di violenza per motivi di avversione morbosa per le donne) e che oggi la coscienza collettiva per lo più considera il retrogrado fenomeno culturale del dominio maschile sulle donne⁷⁴.

La parola femminicidio, pur avendo acquistato una diffusione globale, è pressochè estranea alle fonti europee e alle stesse fonti internazionali, le quali – come osservato sopra – nel settore della prevenzione e repressione delle pratiche violente esercitate contro le donne hanno prevalentemente quale riferimento l'espressione “violenza di genere”. Tuttavia il femminicidio, quale omicidio di una donna basato sul genere, è citato dalla Corte interamericana per i diritti umani nella storica sentenza di «Campo Algodonero», con la quale per la prima volta, nella storia del diritto internazionale umanitario, uno Stato è stato dichiarato responsabile per non aver esercitato la dovuta diligenza per l'eliminazione di ogni forma di violenza nei confronti delle donne. Con la sentenza «Campo Algodonero», pronunciata in data 10 dicembre 2009 (giorno in cui si commemora la firma della Dichiarazione universale sui diritti umani), la Corte interamericana ha dichiarato lo Stato messicano (su cui incombe, ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione di Belém do Pará⁷⁵, l'obbligo di utilizzare la dovuta diligenza per prevenire, sanzionare e sradicare la violenza sulle donne) responsabile per i femminicidi avvenuti sul suo territorio (*supra*, p. 25)⁷⁶.

In campo criminologico questa categoria concettuale non indica esclusivamente l'appartenenza della vittima al sesso femminile, e non include soltanto l'eliminazione fisica della donna (la forma estrema di violenza di genere contro le donne) ma, con un ampliamento del suo significato originario, e nel suo senso più largo, comprende ogni forma di violenza e discriminazione esercitata dall'uomo sulla donna in quanto donna, motivata dalla volontà di dominio, di possesso, di controllo dell'aggressore sulla vita della vittima, tale da provocarle sofferenza fisica o psicologica, fino all'annientamento fisico o psichico della personalità femminile, tanto in ambito privato quanto nella socialità e nella partecipazione alla vita pubblica.

Un concetto, dunque, di portata generalissima, che esprime la matrice comune di ogni forma di violenza contro le donne, e che fa proprio (o contiene in sé) il concetto culturale di violenza di genere –socialmente favorita se non accettata e giustificata.

Un'espressione che descrive il fenomeno con riferimento alle sue basi empirico-criminologiche, ponendo in risalto la posizione o il ruolo dell'autore, animato da intenzioni misogine o sessiste, di cui mette bene in evidenza moventi e finalità o, all'interno di una pluralità di motivazioni, i motivi primari dell'agire criminoso: l'intenzione di umiliare e degradare la vittima, di ridurla a cosa, per il mancato assoggettamento fisico o psicologico alla sua volontà, e che, nell'ambito delle tipologie di autori criminologicamente fondate, benchè non esista tra le tipologie delle personalità criminali un ritratto-tipo degli autori della violenza di genere, si potrebbe classificare come delinquente dell'ambiente (*lato sensu*) familiare (tuttavia la violenza contro le donne con una motivazione di genere non comprende solo la violenza all'interno delle mura domestiche o di una relazione affettiva ma, più in generale, la violenza misogina derivante dall'odio, disprezzo e sottostima delle donne). Una figura d'autore meritevole di un interesse autonomo e speciale non solo nell'ottica di una maggiore repressione ma anche di

⁷³ La definizione del femminicidio come “l'uccisione misogina di una donna da parte di un uomo”, è di D. E.H. RUSSEL (*Femicide*, cit., p. 3), la quale però successivamente ha precisato che il concetto abbraccia “tutte le forme di uccisioni sessiste”, quindi anche quelle motivate “da un senso di legittimazione e/o superiorità [dell'uomo] sulle donne, dal desiderio passionale o sadistico e/o di una presunzione di possesso su di esse” (D. E.H. RUSSEL, HARMES A.R., *Femicide*, in *Global Perspective*, New York, Athena Series, 2001, p. 14

⁷⁴ Per un inquadramento socio-culturale e storico del fenomeno, cfr. B. SPINELLI, *Femminicidio. Dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, cit.

⁷⁵ V. nota 25.

⁷⁶ Si segnala, peraltro, che il Parlamento europeo già nel 2006 disponeva audizioni conoscitive sui femminicidi in Messico e Guatemala, e l'11 ottobre 2007 adottava una risoluzione sui femminicidi in Messico e America Centrale e sul ruolo dell'Unione europea nel contrasto di questo fenomeno. Vedi la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 ottobre 2007 sugli assassinii di donne (femminicidi) in Messico e America Centrale e sul ruolo dell'Unione europea nella lotta contro questo fenomeno (2007/2025/INI). Inoltre, nel 2008, il Consiglio d'Europa menzionava il femminicidio nelle linee guida sulla violenza nei confronti delle donne e, nell'aprile 2009, la Presidenza europea si congratulava per la sentenza di «Campo Algodonero».

quella del recupero e del trattamento.

Non a caso la legge n. 119 del 2013, tra le strategie di intervento alternative a quella penale, prevede piani di assistenza organizzati dai servizi socio-assistenziali del territorio ed elaborati dal Ministero per le Pari Opportunità, al fine di favorire il recupero psico-sociale dei soggetti responsabili di atti di violenza nelle relazioni affettive e di limitare i casi di recidiva⁷⁷ (invero la ricaduta nel reato sembra contrassegnare in maniera peculiare il “delinquente familiare” per la spiccata pericolosità che pare connotare l'autore degli atti di violenza contro le donne)⁷⁸.

Sotto l'aspetto criminologico, la parola femminicidio è orientata perciò non solo verso la vittima -cioè la donna (come il termine sembrerebbe suggerire: nell'etimologia di femminicidio “risuona” il termine femmina), ma anche verso l'autore -cioè l'uomo.

Il termine femminicidio compare, come si è detto, soltanto in età recente. E' una parola nuova per indicare un fenomeno vecchio, profondamente radicato nella storia, e spesso legittimato a livello culturale; un fenomeno sempre esistito, in tutte le culture, soprattutto in ambito familiare, ignorato o sottovalutato, e solo da poco percepito come intollerabile e oggetto di denuncia sociale in tutta la sua diffusione e drammaticità (la violenza contro le donne attraverso la storia come un fenomeno carsico, che talvolta sparisce e talaltra emerge visibile, ed è divenuto visibile in Europa a partire dagli anni '70-'80).

Un neologismo, universalmente condiviso, chiaramente frutto di una precisa rivendicazione socio-politica dei movimenti femministi⁷⁹ che, ponendo la donna al di fuori della gerarchia tradizionale, e rivendicando per le donne gli stessi diritti dell'uomo, mettono in discussione, per modificare la relazione negativa (dominio/subordinazione) e i rapporti di potere squilibrati fra i sessi, e consentire alle donne di partecipare in modo pieno alla vita economica sociale e politica del loro paese, la struttura stessa e la cornice ideologica su cui si fonda la società.

Per quanto sia apparso sgradevole (alcuni ne propongono l'abolizione anche in nome di una pretesa correttezza della lingua)⁸⁰, esso evoca - grazie al suo valore simbolico - l'idea del dominio maschile sulla donna, e richiama l'essenza stessa (o è lo specchio) di una sottocultura patriarcale legata ai tradizionali rapporti gerarchici ed affettivi sussistenti nel contesto familiare, in cui vigono norme e costumi, tradizioni, credenze, abitudini, sopravvissuti alla generale evoluzione della società moderna, che impongono certe azioni criminose (esempio: la vendetta dell'onore tradito), e da cui nasce la violenza nelle relazioni di coppia.

Si tratta di un termine e concetto, denso di significato politico oltre che criminologico, che sottintende una motivazione (o giustificazione) della violenza sulle donne che mette in evidenza la criticità di un modello socioculturale ormai arcaico che contribuisce a relegare la donna, in quanto donna, a un ruolo subordinato, cioè al ruolo coperto socialmente in ragione del genere di appartenenza (sposa, madre, figlia, sorella...), negandole, di fatto, parità di diritti con l'uomo, e sottovalutando, o minimizzando, gli atti di violenza perpetrati nei suoi confronti, reclamandone una sostanziale impunità sociale.

Forme di discriminazione inaccettabili, sulle quali tuttavia, fino a tempi recenti, la maggioranza della società sembrava ampiamente d'accordo (o quantomeno docilmente abituata), anche perchè tali forme di discriminazione si configuravano e venivano diffusamente percepite - già in tenerissima età, attraverso meccanismi di acculturazione all'interno del contesto sociale e soprattutto familiare - come elementi della normalità, convalidando l'idea secondo cui pregiudizi culturali e tradizioni rappresentano il collante, se non, come osservava Davide

⁷⁷ Al termine di programmi specifici di riabilitazione per i detenuti per reati di violenza contro le donne, la magistratura di sorveglianza, valutando la frequenza e l'applicazione del detenuto, può acquisire elementi per decidere circa la concedibilità o meno di permessi penitenziari.

⁷⁸ Cfr. l'art. 5, lett. g della l. n.119/2013: Il Ministro delegato per le pari opportunità promuove “lo sviluppo e l'attivazione, in tutto il territorio nazionale, di azioni, basate su metodologie consolidate e coerenti con linee guida appositamente predisposte, di recupero e di accompagnamento dei soggetti responsabili di atti di violenza nelle relazioni affettive, al fine di favorirne il recupero e di limitare i casi di recidiva”.

⁷⁹ I movimenti culturali e politici, organizzati e diretti da donne, volti a rivendicare i loro diritti, e aventi come scopo il raggiungimento di eguaglianza politica, sociale, economica e giuridica tra uomini e donne, sviluppatasi in Europa già a partire dagli ultimi anni del XVIII secolo, hanno influito fortemente sulla cultura e sui costumi delle società occidentali, ancorchè diversificati al proprio interno e nei diversi periodi e contesti, e sovente anche conflittuali tra loro, sia sul piano della critica teorica che su quello della critica e iniziativa politica. Sui vari femminismi presenti sulla scena storico-sociale e nella riflessione teorica (invero “la storia del femminismo non è lineare visti la varietà e l'intreccio di posizioni, avvicinamenti, distanziamenti e separazioni”: voce *Femminismo*, in *Dizionario di filosofia*, 2009, Treccani. it) e sul proliferare di specificazioni e varianti terminologiche che hanno designato il femminismo lungo tutta la sua storia (ad es. le femministe degli anni settanta si dividevano in marxiste, socialiste, radicali, a seconda del legame che stabilivano con altre tradizioni teoriche e politiche), cfr. C. SARACENO, *Femminismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1994, par. 2, Treccani.it.

⁸⁰ Sul punto, cfr. gli interventi di Adriano Sofri su Repubblica del 3 Maggio 2013 (“Femminicidio, Italia, 2012, la Spoon River della crisi”) e di Isabella Bossi Fedrigotti sul Corriere del 30 Aprile 2013 (“Donne uccise, violenza in aumento, ma non chiamatelo più femminicidio”).

Hume⁸¹. dell'intera comunità, degli ambienti sociali da cui scaturiscono, e formano una cornice ideologica che è resistente ai cambiamenti e alle trasformazioni.

Sulle condotte frutto di subculture che abbiano avuto un ruolo determinante nella genesi del reato e sulle motivazioni/giustificazioni del reato legate a una visione arcaica della convivenza familiare e della potestà maritale, è emblematica una recente sentenza della Corte di cassazione, la quale, in un caso di maltrattamenti in famiglia, accogliendo una visione "moderna" delle relazioni socio-affettive tra coniugi, in linea con i mutamenti nella considerazione sociale che i rapporti interpersonali di coppia hanno avuto negli ultimi decenni, ha escluso che l'atteggiamento sub-culturale del reato derivante da un'idea della famiglia in cui residuano concezioni ormai superate delle relazioni coniugali fondate sull'autorità assoluta ed indiscutibile del marito, che percepisce come "naturale" la sopraffazione dell'uomo sulla donna, possa determinare una attenuazione del disvalore della condotta e incidere sulla determinazione della pena, e tanto meno avere una rilevanza sul piano dell'elemento soggettivo del reato o ai fini dell'indagine sull'imputabilità⁸². Lo stesso principio è stato affermato, in relazione al fenomeno dei "reati culturali", con riferimento ai cittadini di cultura ed etnia diversa portatori di tradizioni religiose, sociologiche e antropologiche configgenti con le nostre norme penali, da una successiva sentenza della cassazione, la quale ha ritenuto che una concezione dei rapporti familiari abbracciata da una determinata religione (nella specie la religione mussulmana) tale da rendere giustificati comportamenti di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale in danno del coniuge e violazione degli obblighi di assistenza familiare, non vale ad escludere la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato⁸³. In termini sostanzialmente analoghi si è pronunciata una più recente sentenza, che ha condannato per il delitto di maltrattamenti in famiglia un testimone di Geova che voleva imporre la propria fede religiosa alla moglie e si era giustificato sostenendo che all'interno della propria confessione religiosa era riconosciuta la supremazia dell'uomo nei rapporti di coppia⁸⁴.

9.

La posizione della donna nel codice penale Rocco.

A una concezione etico-culturale della famiglia, improntata a criteri di disuguaglianza fra i coniugi e a rigidi schemi di tipo patriarcale, caratterizzati da un rapporto di coppia basato sulla supremazia dell'uomo, e in cui la famiglia rappresenta il primo luogo di organizzazione del potere maschile sulle donne e l'istituto per eccellenza dove si definisce la subordinazione femminile, si sono ispirate alcune norme penali del codice Rocco (e ancor prima del codice Zanardelli) retaggio di un'epoca normativa passata, culturalmente anacronistiche e giuridicamente insostenibili, ovviamente improponibili nelle legislazioni penali liberali e nei Paesi di civiltà occidentale, nei quali quegli schemi e modelli concettuali sono ormai ribaltati per effetto di un rovesciamento di prospettiva e di una sostanziale evoluzione culturale prima e giuridica poi. Significativo è il fatto che quegli stessi elementi ritenuti rilevanti ai fini dell'attenuazione della pena in quanto espressione dell'esercizio di un potere dell'uomo sulla donna, sono utilizzati oggi per aggravarla (un solo esempio: il rapporto di coniugio come aggravante del delitto di violenza sessuale-art. 609-ter, comma 1, n. 5-quater, c.p., introdotto dal d.l. n. 93 del 2013 e relativa legge di conversione)⁸⁵.

Un complesso di norme, quelle del codice Rocco, rimaste in vigore fino a qualche decennio addietro, che attraverso il diritto penale legittimavano, nel clima culturale dell'epoca, un sistema sociale fortemente discriminatorio nei confronti delle donne, confermando le disuguaglianze tra i generi presenti negli altri rami dell'ordinamento (diritto penale, pubblico e civile apparivano, con riferimento alle donne, strettamente connessi: discriminazioni e differenziazioni presenti in questi campi si accreditavano reciprocamente) e nella società. Soprattutto nell'ambito dei rapporti intrafamiliari legati all'affettività e alla sessualità. Nel clima culturale dell'epoca il concetto di autonomia femminile è difficile se non impossibile da elaborare e

⁸¹ DAVIDE HUME, *Storia d'Inghilterra*, 1754-1762, vol. I, trad. it. di A. Clerichetti, 1825, ed. N. Bettoni, Milano, p. 57.

⁸² Cass. pen., sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 55.

⁸³ Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 46300. In dottrina cfr., per tutti, A. BERNARDI, *Il 'fattore culturale' nel sistema penale*, Giappichelli, Torino 2010.

⁸⁴ Cass. pen., sez. VI, 2 dicembre 2009, n. 64.

⁸⁵ Una dettagliata analisi dell'aggravante sarà svolta nel secondo capitolo.

tollerare, e il controllo patriarcale sulla sessualità femminile, la cui autonomia rischiava di mettere in pericolo il dominio da sempre esercitato dai maschi, gioca un ruolo fondamentale per il legislatore del codice Rocco nel regolare e disciplinare il corpo e la sessualità delle donne⁸⁶.

Per esempio – limitando il discorso alle fattispecie criminose riconducibili all'universo familiare e alla posizione dell'uomo nella famiglia, nella sua veste di autorità maritale e di esercitante la patria potestà (ora mutata nella potestà genitoriale)⁸⁷, disciplinata dal codice civile ma immediatamente applicabile anche per la normativa penalistica –, la norma (art. 559 c.p.) che prevedeva la punizione del solo adulterio da parte della moglie (quello del marito non causava riprovazione sociale) e quella (art. 560 c.p.) che puniva il concubinato del marito (a differenza di quello della moglie) solo se teneva la sua “concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove” (norme dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale con una sentenza del 1969)⁸⁸. La norma sul c.d. “matrimonio riparatore” (art. 544 c.p.)⁸⁹, che stabiliva l'estinzione dei reati di cui agli artt. 519-526 e 530, stesso codice (violenza carnale, atti di libidine violenti, ratto a fine di libidine, seduzione con promessa di matrimonio commesso da persona coniugata e corruzione di minorenni) posti in essere nei confronti di una donna, nel caso che lo stupratore accondiscendesse a sposarla, salvando l'onore suo e quello familiare, riconosciuto come un valore socialmente rilevante. La norma sull'omicidio “a causa d'onore” (art. 587 c.p.), che più di tutte è tipicamente espressione di una forma di femminicidio, abrogata nel 1981(!), la quale, ipotizzando il corpo della donna come proprietà di un uomo, padre, marito, fratello, considerava meno grave di altre forme di omicidio di diverso movente – e sanzionava con pene molto attenuate – l'uccisione della moglie, figlia o sorella (o del marito nel caso che ad esser tradita fosse stata la donna, nonché dell'altro protagonista della illegittima relazione carnale) che avesse trasgredito a un modello di comportamento tradizionale (la fedeltà coniugale), se il fatto era commesso dall'autore nello stato d'ira (nella prassi sempre presunto) determinato dall'offesa arrecata all'onore proprio o della famiglia (di cui si doveva tener conto anche a fini giuridici, e quindi in ambito penale)⁹⁰; la stessa attenuazione di pena valeva per le lesioni personali, mentre la norma dichiarava non punibile, in nome di un preteso *jus corrigendi*, il delitto di percosse commesso, nelle stesse circostanze, contro le dette persone⁹¹. La norma sulla violenza carnale, di chiara ispirazione maschilista, inserita tra i delitti contro la morale pubblica e il buon costume, secondo una visione arcaica della violenza sessuale che impediva di tutelare la libertà della donna di compiere libere scelte in relazione alla propria sessualità, solo con la riforma del 1996 collocata nel titolo dei delitti contro la persona. Collocazione sistematica che, rispecchiando a livello normativo la mutata concezione a livello culturale e sociale della sessualità della donna, ne delinea il nuovo oggetto giuridico tutelato, da identificarsi non più nell'offesa del sentimento sociale della moralità e del buon costume, bensì nella libertà sessuale individuale che garantisce la piena tutela della volontà della donna di disporre del proprio

⁸⁶ Sulla posizione della donna nel diritto penale, cfr. M. GRAZIOSI, *Infirmis sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in *Dem. Dir.*, n. 2, 1993, p. 99 ss.; A. MANNA, *La donna nel diritto penale*, in *Indice penale*, 2005, p. 475.

⁸⁷ Con la riforma del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975, n. 151), dopo anni di lotta, in Italia non vige più la patria potestà e si passa dalla potestà maritale all'eguaglianza fra coniugi. Insieme alla potestà maritale è caduta anche la corrispondente pena accessoria (artt. 19, comma 1, n. 5, 32, comma 2, 34, commi 1-4, 98, comma 2, 140, 541, comma 1, 562, comma 1, c.p.), riformulata come decadenza o sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori.

⁸⁸ In un primo tempo, cioè solo sette anni prima, con sentenza n. 64 del 23 novembre 1961, la Corte si era pronunciata per l'infondatezza della questione, prospettata sotto gli stessi parametri degli artt. 3 e 29 Cost. (l'Avvocatura dello Stato aveva sostenuto l'impostazione tradizionale secondo cui “oggetto della tutela, nella norma dell'art. 599 c.p., non è soltanto il diritto del marito alla fedeltà della moglie, bensì il preminente interesse dell'unità della famiglia, che dalla condotta infedele della moglie è leso e posto in pericolo in misura che non trova riscontro nelle conseguenze di una isolata infedeltà del marito”). Successivamente la Corte, messo fuori causa il richiamo dell'art. 3, con sentenza n.126 del 19 dicembre 1968, dichiarò illegittimi i primi due commi dell'art. 599 perché in contrasto con l'art. 29 Cost. sotto il profilo dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, osservando che la discriminazione tra i due coniugi non garantiva affatto l'unità della famiglia, ma era solo un privilegio del marito in violazione del principio di parità. Successivamente, con sentenza n.147 del 3 dicembre 1969, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 599 nella sua interezza, dell'art. 560 relativo al concubinato e di tutto il sistema desumibile dagli artt. 559 e 560 c.p. che, osserva la Corte nella motivazione della sentenza, “reca l'impronta di un'epoca nella quale la donna non godeva della stessa posizione sociale dell'uomo e vedeva riflessa la sua situazione di netta inferiorità nella disciplina dei diritti e dei doveri coniugali”, riconoscendo tuttavia espressamente la Corte che spetta al legislatore, “nell'ambito della sua discrezionalità politica, il potere di stabilire se e in quali ipotesi la violazione del dovere di fedeltà coniugale debba costituire reato”, essendo, in ogni caso, tenuto, nel rispetto dell'art. 29, a dettare “un'eguale disciplina per il marito e per la moglie”.

⁸⁹ Abrogato dall'art. 1, l. 5 agosto 1981, n.442.

⁹⁰ Si può qui ricordare che le leggi ateniesi riconoscevano sia al marito che al padre e al fratello della donna il diritto di punire l'adulterio, considerato dalla polis per la sua gravità morale uno dei comportamenti più pericolosi e lesivi dei principi e dei valori su cui si fonda la comunità civile. Per notizie storiche, cfr. M. FUMAGALLI, *Adulterio e omicidio a causa d'onore: un'occhiata ai codici antichi e moderni*, in *Appunti*, Beccaria, 2012.

⁹¹ L'articolo 587 del Codice penale è stato abrogato dall'art. 1, l. 5 agosto 1981, n. 442.

corpo e della propria sessualità⁹².

Le norme del codice penale Rocco più sopra riportate, che, in fondo, riflettevano ampiamente le istanze normative sociali largamente diffuse e dominanti, sono la somma della cultura di un momento storico, lo specchio di un'epoca (e delle sue stesse Istituzioni, le quali sono usi accettati, ruoli stabiliti, gerarchie riconosciute), in cui la concezione patriarcale della famiglia e la differenza di sesso si risolvevano nella soggezione, di fatto e di diritto, della donna al potere maschile (l'impostazione patriarcale non tollerava l'autonomia della donna e del suo corpo) e nella sua relegazione nel ruolo domestico "naturale" di moglie e di madre.

Se tale scenario non è andato proprio in frantumi, in realtà quello che negli ultimi decenni si è andato delineando nell'ottica dell'avanzamento delle donne nella società e nel diritto appare irriducibile a tutte le formulazioni precedenti.

10. La violenza nei rapporti affettivi tra persone dello stesso sesso: la tutela penale della vittima nella coppia omosessuale.

E' appena il caso di osservare che, come risulta da numerosi fatti di cronaca, nelle diverse fenomenologie della violenza di genere s'incrociano (oltre agli atti di violenza commessi da un uomo in danno di una donna e quelli – statisticamente meno frequenti – commessi da una donna in danno di un uomo) condotte violente – anche estreme – perpetrate, con una motivazione legata alla sfera affettiva, all'interno di un rapporto tra persone dello stesso sesso (gay, lesbiche e transessuali). Così come s'incrociano atti di violenza da parte di soggetti estranei alla coppia, di cui sono vittime gay, lesbiche e transessuali, che evidenziano il doppio stigma a cui le donne omosessuali devono far fronte: quello di genere e quello di orientamento sessuale.

Ora c'è da domandarsi se vi siano buone e serie ragioni per non estendere ai membri di coppie omosessuali, le cui relazioni affettive, emotive e comportamentali e i cui rapporti intimi e consuetudini di vita presentano non solo somiglianze e analogie ma sono esattamente come le relazioni eterosessuali, lo stesso livello di protezione contro la violenza di genere che la legge penale assicura alle convivenze tra coppie "tradizionali", fondate sul matrimonio o meramente di fatto, ove i suoi membri siano uniti da un rapporto tendenzialmente stabile basato su legami di reciproca assistenza o protezione alla stessa stregua di una coppia di persone di sesso opposto. Separando così il "sesso" dal "genere". Superando cioè la visione culturale e convenzionale dell'eterosessualità, dove il genere appare rigidamente legato alle identità maschili e femminili, con esclusione dei soggetti di diverso orientamento sessuale. Naturalmente non si tratta qui di equiparare, sia pure ai soli effetti penali, la coppia omosessuale alla coppia etero "unita da matrimonio", riservato dal nostro ordinamento giuridico a persone di sesso diverso e dunque

⁹² Cfr. la legge 15 febbraio 1996, n. 66, recante norme contro la violenza sessuale, che, tra l'altro, ha introdotto l'omnicomprensiva categoria degli atti sessuali, unificando le due ipotesi della violenza carnale ex art. 519 c.p. e degli atti di libidine ex art. 521 c.p., in sintonia con la moderna concezione di violenza sessuale per la quale sono irrilevanti le concrete modalità dell'offesa arrecata all'autodeterminazione sessuale. Cfr., fra gli altri, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol II, tomo primo, Zanichelli, 2013, p. 239 ss. (anche per rilievi critici sulla scelta della riforma di impregnare la condotta incriminata sugli elementi della violenza e della minaccia quali mezzi tipici di coercizione al rapporto sessuale, anziché tutelare la libertà di autodeterminazione sessuale della donna solo sulla base del dissenso, eliminando ogni riferimento a violenza e minaccia); F. MANTOVANI, *I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale*, Cedam, Padova, 1998, p. 29; V. MUSACCHIO, *Le nuove norme contro la violenza sessuale: un'opinione sull'argomento*, in *Giust. pen.* 1996, II, p. 118; A. COLLI, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 4, p. 1163 ss.

non aperto alle unioni omosessuali, ritenute non omogenee al matrimonio⁹³, bensì di ampliare il concetto di genere e includere in esso, in polemica con le definizioni di genere originarie, gruppi di soggetti portatori di identità sessuali diverse, assimilando la coppia omosessuale, legata da vincoli di fatto di tipo familiare, alla coppia etero non unita da matrimonio, al fine di garantire le misure di protezione nei confronti delle vittime della violenza di genere a tutte le forme di convivenza che si fondano su un rapporto affettivo – e quindi ai *partner* delle coppie omosessuali – nella medesima misura prevista per le coppie di sesso diverso⁹⁴.

Del resto, dal tenore letterale del secondo comma dell'art. 612-bis c.p., che stabilisce un aumento di pena se il reato di atti persecutori è commesso da persona che sia o sia stata legata da una relazione affettiva (ancorché non formalizzata) alla persona offesa, non sembra derivino ostacoli ad estendere l'aggravante nei confronti di una persona inserita in un contesto di coppia diversamente intesa rispetto al tradizionale binomio uomo-donna, quando i *partner* si trovino in una situazione di fatto, anche non implicante (o non più implicante) convivenza, paragonabile a quella dei *partner* di una coppia eterosessuale.

A riguardo è opportuno infatti evidenziare che, ai fini del riconoscimento dell'aggravante, quindi in una prospettiva rigorosamente penalistica, non rileva il dato biologico della differenza di sesso (la formulazione della norma non opera distinzioni di genere), bensì la sussistenza di stabili vincoli affettivi tra agente e vittima, indipendentemente appunto da qualsiasi connotazione di genere; e i rapporti affettivi tra persone di sesso diverso, nel loro profilo di aggravante, sono esattamente come quelli tra persone dello stesso sesso. Naturalmente, dato il tenore “neutro” della norma in questione, e della stessa espressione rapporti affettivi, che abbraccia tutte le relazioni sentimentali, siano esse etero od omosessuali, non si tratterebbe di una soluzione frutto di una interpretazione analogica vietata dall'ordinamento.

In conclusione, l'impossibilità dell'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio, concepito necessariamente tra etero, perché la coppia legata al vincolo del matrimonio è concepita in termini necessariamente eterosessuali (anche se è molto diffusa l'aspirazione al riconoscimento del diritto al matrimonio a persone dello stesso sesso), e il rifiuto di equiparare (anacronisticamente) il concetto di famiglia a ciò che oggigiorno la società riconosce come famiglia (un consorzio di persone che assume le connotazioni di una comunità di affetti, a prescindere dal genere sessuale dei conviventi), se ha una (dubbia) valenza e può “giustificare” una differenza di trattamento sul piano civilistico, tuttavia non impedisce, in ambito penale, di assimilare la coppia di fatto omo alla coppia di fatto etero, e di estendere le misure di protezione a tutela delle vittime della violenza fondata sul genere a coloro che hanno instaurato una stabile relazione omosessuale – ancora esistente o esaurita – del tutto identica a quella delle coppie eterosessuali (ai casi, ad esempio, di violenza esercitata da una donna lesbica nei confronti della sua convivente o ex convivente, o da un uomo nei confronti del suo convivente o ex convivente omosessuale)⁹⁵.

⁹³ La Corte costituzionale ha ripetutamente sottolineato (v. ad esempio la sentenza n. 138 del 2010) che la nozione di matrimonio cui si riferisce l'art. 29 Cost. è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. Tuttavia, pur negando il riconoscimento alle persone di sesso diverso stabilmente conviventi il diritto al matrimonio, ha riconosciuto a tali persone il più limitato diritto alla formalizzazione di tali stabili convivenze e di alcuni diritti a queste connesse (così la sentenza 10-11 giugno 2014, n. 170, cit.). Sul tema delle unioni omosessuali si è peraltro formata una costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 24 giugno 2010, n. 30141, la quale, mutando in argomento la propria giurisprudenza, e ritenendo possibile una interpretazione estensiva dell'art. 12 CEDU nel senso della riferibilità del diritto di contrarre matrimonio anche alle coppie omosessuali, annuncia che “non considererà più che il diritto al matrimonio è riconosciuto solo a persone di sesso diverso, approdando ad una concezione contemporanea ed evoluta che riconosce a tutti il diritto in questione e, dunque, anche alle persone omosessuali”, e annuncia, inoltre, che “le relazioni omosessuali non saranno più comprese soltanto nella nozione di ‘vita privata’, ma nella nozione di ‘vita familiare’ pure contenuta nell'art. 8” della Convenzione. Contestualmente, però, la Corte ribadisce “che è riservato allo Stato, poi, disciplinare ed introdurre l'istituto del matrimonio omosessuale a livello statale”. Cfr. anche Corte cost. 15 aprile 2010 n. 138, che, nel ribadire che l'istituto del matrimonio è riservato esclusivamente a coppie che siano formate da due persone le quali – sul piano giuridico-formale – siano un uomo e una donna, ha dichiarato legittimo il divieto di matrimonio per le coppie omosessuali, statuendo che l'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio non è una scelta costituzionalmente obbligata per il legislatore e che, quanto alla normativa comunitaria e internazionale, la materia, con il rinvio alle leggi nazionali, risulta demandata alla discrezionalità del Parlamento. Il carattere eterosessuale del matrimonio è stato confermato di recente dalla Corte costituzionale con la sentenza 10-11 giugno 2014 n. 170, cit.

⁹⁴ Di regola i rapporti tra omosessuali ricadono nella sfera della “vita privata” e non della vita familiare. Tuttavia di recente la giurisprudenza, nel negare la trascrizione di un atto di matrimonio celebrato nei Paesi Bassi da una coppia omosessuale, ha riconosciuto il diritto delle coppie dello stesso sesso ad avere una vita familiare, anche alla luce delle pronunce della Corte europea, di atti internazionali e dell'Unione europea, chiedendo un intervento del legislatore che tenga conto degli sviluppi sul piano dell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea per garantire alle coppie dello stesso sesso una vita familiare. Cfr. Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184.

⁹⁵ Per una estensione del delitto di maltrattamenti alle coppie omosessuali, cfr. S. TIGANO, *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli ex: dall'introduzione del delitto di stalking alla recente legge n. 172 del 2002*, in *Dir. famiglia*, 2013, n. 1, p. 350 ss.

11.

Il femminicidio come delitto di omicidio (“femicidio”) e come fenomeno sociale (“femminicidio”).

Nella parola femminicidio, c'è un'antinomia che la caratterizza fin dall'origine. Essa contiene al proprio interno due significati non sovrapponibili, e anzi per certi versi contrastanti (spesso il senso comune confonde questi due aspetti, segno che la formulazione di questo termine non è eguale alla trasparenza del suo significato).

Da una parte, la totalità degli atti di violenza maschile sulle donne. Così intesa, è usata in sede di elaborazione teorica accademica (negli strumenti internazionali – come si è detto – è sostituita dall'espressione “violenza di genere”) per descrivere un fenomeno antropologico o sociologico o una categoria criminologica: cioè ogni forma di discriminazione e violenza che le donne subiscono in quanto appartenenti al genere femminile; ossia per sintetizzare un insieme di pratiche violente (fisiche o morali) esercitate sistematicamente sulle donne – in qualunque tessuto sociale, familiare o meno – da persone che hanno una stretta relazione affettiva con la vittima, e motivate (o giustificate) da ragioni legate a una concezione arcaica dei rapporti di coppia; ovvero un insieme di atti di violenza sulle donne dovuti a costumi o pratiche sociali patriarcali incompatibili con i loro diritti di persone umane (per esempio, le mutilazioni genitali femminili⁹⁶, o altre pratiche tradizionali gravemente dannose per le donne), o a motivazioni culturali (per esempio, il lasciar morire le figlie femmine per privilegiare la cura del figlio maschio)⁹⁷, o, ancora, atti violenti realizzati per fatto delle istituzioni (la violenza contro le donne non è perpetrata esclusivamente da privati e in privato tra privati), nei casi di violenza misogina generalizzata e massiva (c.d. femminicidio di Stato, che richiama la questione complessa della responsabilità degli Stati e dei suoi agenti per ciò che concerne la violenza contro le donne)⁹⁸.

Ovvero per indicare, sul piano giuridico, introducendo un'ottica di genere nello studio dei crimini “neutri”, una molteplicità di fattispecie delittuose o tipologie diverse di offese (la cui ambientazione è frequentemente, ancorché non esclusivamente, quella domestica) espressione di violenza di genere, e ricomprese entro un unico e medesimo termine

Dall'altra, la parola femminicidio non è l'insieme dei fatti violenti contro le donne: è l'uccisione di una donna con un movente di genere, definita in origine con la parola femicidio (da alcuni opposta al ginicidio, che allude all'eliminazione non della singola donna ma delle donne come genere, per fatto delle istituzioni: per esempio aborto selettivo dei feti di sesso femminile, infanticidio femminile).

Nel suo significato etimologico (il termine deriva dalle due parole latine: *femina* e *caedere*, “uccidere”), femminicidio è l'omicidio di una donna sia da parte di un uomo sia da parte di una donna: ma, restringendo il campo semantico del termine, nel senso comune viene associata all'omicidio in cui l'uomo è l'autore e la donna la vittima (la maggior parte delle donne vittime di violenza di genere lo sono “per mano maschile”)

Un'etimologia non casuale, che ha in sé il termine femmina per porre l'accento sulla specificità dell'omicidio di genere femminile, e per distinguere l'uccisione di una donna da parte

⁹⁶ Ora espressamente colpita da sanzione penale in Italia. La norma sulla repressione penale dell'infibulazione (una pratica non propriamente religiosa, quanto piuttosto in senso ampio culturale) è stata introdotta nel codice penale (art. 583-bis) dall'art. 6 l. 9 gennaio 2006, n. 7, recante disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile. Sul tema cfr. C.D. DE MAGLIE, *Premesse ad uno studio su società multiculturali e diritto penale*, in W. HASSEMER, E. KEMPF, S. MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65 Geburtstag*, München, 2009; F. CAGGIA, *Tradizione e laicità nella circolazione dei modelli giuridici: il caso delle mutilazioni genitali femminili*, in www.forumcostituzionale.it

⁹⁷ Si pensi all'aborto selettivo di feti di sesso femminile e all'infanticidio femminile, una pratica diffusa soprattutto nei paesi asiatici, dove è socialmente preferita la nascita di un maschio.

⁹⁸ Per queste pratiche sistematiche prodotte per fatto delle istituzioni, tese all'eliminazione delle donne come forza politica e culturale, con l'intento di distruggere, del tutto o in parte, le donne come genere, o di eliminare un numero significativo di donne perché donne, quindi con un significato diverso da femminicidio, in cui la violenza è esercitata contro la singola donna, è stato proposto da una scrittrice e filosofa americana MARY ANNE WARREN (*Gendercide. The implications of Sex Selection*, 1985), in correlazione con la parola genocidio, che designa genericamente il crimine commesso allo scopo di sterminare un gruppo etnico, religioso, razziale e nazionale, il termine ginicidio o gendericidio, entrambi non registrati nei vocabolari. Sull'opportunità o meno di tipizzare il ginicidio come un diverso crimine contro l'umanità rispetto al genocidio, e quali siano gli elementi di differenziazione, la discussione è aperta. Segnala l'opportunità di usare la parola ginicidio, D. DANNA, *Ginicidio. La violenza contro le donne nel mondo globale*, Milano, Eleuthera 2007, e la parola gendericidio, F. PAXI, *L'Onu: metà del mondo non è per le donne. Il “gendericidio”: una strage silenziosa*, “La Stampa” 16.06.2011. Per la nozione di genocidio, cfr. la Convenzione sul genocidio approvata dall'Onu il 9 dicembre 1948.

di un uomo dall'uccisione dell'uomo da parte di un uomo o di una donna: specificità che non emerge dalla parola "omicidio", la cui etimologia richiama l'uomo-maschio come vittima.

Così inteso, il femminicidio non è più la violenza contro le donne in tutte le sue forme (un insieme di condotte eterogenee ideologicamente o teleologicamente unificate da un pregiudizio anti-femminile), è solo una delle sue estreme conseguenze: l'omicidio di una donna commesso da un uomo.

A caratterizzare il femminicidio, però, non è soltanto il sesso, il genere femminile della vittima, e neppure il solo "dato oggettivo" di una relazione sentimentale tra autore e vittima. Sicché non tutti gli omicidi dolosi, in cui la vittima è una donna e l'autore è un uomo, rientrano nel concetto di femminicidio, bensì solo quelli in danno di una donna, che sia o sia stata in stretta relazione sentimentale con l'autore (quindi non solo la moglie e nemmeno solo la convivente), commessi con una "motivazione di genere" da mariti, fidanzati o conviventi (ma rientrano anche gli omicidi compiuti da padri verso figlie che rifiutano, ad esempio, un matrimonio combinato, o da figli verso le madri); nonché la condotta omicida di chi uccide una donna per il fatto di essere donna, indipendentemente dall'esistenza di un pregresso rapporto relazionale tra autore del reato e vittima, per motivi di odio, disprezzo, o di mera ostilità alla sua identità di genere (ad esempio, omicidio di prostitute)⁹⁹.

12. **Sull'introduzione nel codice penale di una fattispecie *ad hoc* di femicidio-femminicidio.**

Il riconoscimento giuridico del femminicidio come specifico reato, nel senso di omicidio di una donna per mano di un uomo, in un contesto o con un movente di genere (e quindi l'introduzione nel diritto penale di una fattispecie non neutra di omicidio), è contenuto nelle legislazioni di alcuni Paesi dell'America Latina, dove vi è stata una pressante richiesta di codificazione interna del reato di femicidio/femminicidio¹⁰⁰.

Il codice penale cileno, ad esempio, punisce come femminicidio l'uccisione della donna da parte del marito o ex marito o del compagno o ex compagno¹⁰¹. Per il Messico e il Guatemala l'inserimento nella legislazione nazionale del femminicidio era stata sollecitata dal Comitato CEDAW nelle Raccomandazioni rivolte ai due Stati. Invece un illecito penale *ad hoc* per il femminicidio, come sub-fattispecie del delitto di omicidio, non è previsto nel nostro codice penale (del resto, fino ad oggi, nessun Paese europeo ha introdotto una fattispecie specifica di femminicidio nella sua legislazione). Sono presenti, per contro, alcune sub-fattispecie di omicidio (aggravate) caratterizzate dal dato, "puramente oggettivo", dell'esistenza di un rapporto di matrimonio o di parentela tra autore e vittima (uxoricidio, parricidio, fratricidio, ecc.) (art. 577, co. 2 n.1 e co.2, c.p.)¹⁰².

⁹⁹ Ad es., è femminicidio anche l'uccisione di una donna che si prostituisce perpetrata dal partner occasionale.

¹⁰⁰ L'art. 6 del Decreto del Congreso de la República de Guatemala, 2 maggio 2008, n. 22, recita: "Femminicidio: Commette il reato di femminicidio chi, nel contesto delle diseguali relazioni di potere tra uomini e donne, uccide una donna, a causa della sua condizione di donna, avvalendosi di qualsiasi delle seguenti circostanze: a. Aver preteso, infruttuosamente, stabilire o ristabilire una relazione di coppia o di intimità con la vittima. b. Avere, all'epoca in cui si perpetra il fatto, o aver avuto con la vittima relazioni familiari, coniugali, di convivenza, di intimità o di fidanzamento, amicizia o fraternità o relazioni di lavoro. c. Come risultato della reiterata azione di violenza ai danni della vittima. d. Come risultato di riti collettivi usando o no armi di qualsiasi tipo. e. Con disprezzo del corpo della vittima, per soddisfare istinti sessuali o commettendo atti di mutilazione genitale o qualsiasi altro tipo di mutilazione. f. Per misoginia. g. Quando il fatto si realizzi in presenza delle figlie o dei figli della vittima. h. In presenza di qualsiasi circostanza qualificativa tra quelle indicate nell'art. 132 del Codice penale." Gli altri Stati dell'America Latina che hanno promulgato una legge che contiene una fattispecie *ad hoc* di femminicidio sono otto: Messico (2007), El Salvador (2010), Nicaragua (2012), Costa Rica (2007), Perù (2011), Cile (2010), mentre progetti di legge per la codificazione del reato di femminicidio o di femminicidio sono stati presentati a Panama, in Argentina, Colombia, Honduras.

¹⁰¹ Il codice penale del Cile, all'art. 390, stabilisce: "Chi, essendo a conoscenza delle relazioni che li legano uccide il padre, la madre o il figlio, qualunque altro dei suoi discendenti o ascendenti o chi è stato il suo coniuge o il suo convivente, sarà punito, come parricida, con la pena dal presidio maggiore in grado massimo al presidio perpetuo qualificato. Se la vittima del reato descritto nel comma precedente è o è stata la coniuge o la convivente dell'autore, il reato prenderà il nome di femminicidio". Cfr. M.E. SANTIBÁNEZ TORRES -T. VARGAS PINTO, *Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N. 20.480)*, in *Revista chilena de Derecho*, 2011, XXXVIII, n. 1, 204-205. Sulla fattispecie di femminicidio introdotta nel codice penale cileno, e per un esame critico della definizione di questa figura di reato, cfr. E. CORN., *Il "femminicidio" come reato. Spunti per un dibattito italiano alla luce dell'esperienza cilena*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2013. Analoga fattispecie è stata introdotta nel codice penale del Perù (art. 107, comma 3): "Se la vittima del reato descritto [omicidio] è o è stata la coniuge o la convivente dell'autore, o era a lui legata da una relazione analoga, il reato prenderà il nome di femminicidio".

¹⁰² G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. II, tomo primo, 2013, p. 14 e 17.

Si tratta di figure di omicidio, però, non inclusive della “differenza sessuale”, e non necessariamente legate a un “movente di genere”, sanzionate più severamente per la particolare riprovazione da parte della coscienza collettiva verso chi uccide queste persone unite all'autore da così stretti vincoli di parentela e da un legame che impone particolari obblighi di protezione. Un'altra forma di omicidio, che specifica le caratteristiche particolari della vittima, è prevista come figura autonoma di reato (non come omicidio aggravato) e prende il nome di infanticidio o feticidio (art. 578 c.p.)¹⁰³.

Ovviamente la nozione di femminicidio abbraccia un insieme più ampio di condotte rispetto a quella di uxoricidio – composto dal latino *uxor* “moglie” e da un derivato di *càedere* “uccidere” (letteralmente omicidio del coniuge di sesso femminile, che allude all'uccisione di una donna in quanto moglie e che viene esteso anche al marito, cioè all'uccisione del coniuge in generale) –, in quanto la fattispecie di uxoricidio è circoscritta (e legata) all'ambito di protezione della famiglia (di diritto)¹⁰⁴, mentre quella di femminicidio ha un ambito di applicazione più ampio perché mira a proteggere (non la famiglia ma) la donna (vittima della violenza di genere), e non solo nell'ambito della famiglia ma all'interno di qualsiasi rapporto affettivo, anche non formalizzato, dunque indipendentemente da qualsiasi vincolo familiare (in senso stretto). Per questo alla base dell'indicazione del sesso della vittima, nella parola femminicidio, e dell'implicito riferimento all'autore di sesso maschile, c'è un'autentica rivoluzione culturale: la rivalutazione giuridico-criminologica del ruolo della donna nella genesi e nella dinamica del delitto di omicidio, e la stessa storia dell'evoluzione legislativa del delitto.

Sarà bene ricordare, per rimanere in tema di fattispecie che si avvicinano a siffatta tipologia di reato, che il legislatore, per effetto di una innovazione introdotta dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. nella l. 23 aprile 2009, n. 38, a cui si è aggiunta un'innovazione di più recente introduzione apportata dalla l. 1 ottobre 2012, n.172, ha inserito nel codice penale – se non una fattispecie *ad hoc* di femminicidio caratterizzata dalla motivazione soggettiva dell'autore, e in cui l'uomo è l'autore e la donna la vittima – alcune forme aggravate di omicidio che – siano esse assimilabili o meno al c.d. femminicidio, e sebbene realizzabili anche da una donna in danno di un uomo – esprimono, in qualche misura, la volontà di riconoscimento giuridico del fenomeno.

Le nuove fattispecie di omicidio aggravato, “sessualmente neutre”, inserite nel codice penale prima della cosiddetta legge sul femminicidio del 2013, punite con l'ergastolo, si configurano in cinque ipotesi, di cui le prime tre richiamano in qualche modo il movente di genere dell'autore (sia esso donna o uomo): se l'omicidio è connesso al delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 576, co. 1, n. 5, c.p.)¹⁰⁵; se l'omicidio è commesso in occasione della perpetrazione di uno dei delitti contro la libertà sessuale (violenza sessuale, atti sessuali con minorenni, violenza sessuale di gruppo -art. 576, co. 1, n. 5, c.p.)¹⁰⁶; se l'omicidio è realizzato da un soggetto che in precedenza abbia commesso il reato di atti persecutori nei confronti della stessa vittima (art. 576, co. 1, n. 5.1, c.p.)¹⁰⁷; se l'omicidio è commesso in occasione della perpetrazione del delitto di prostituzione minorile o di pornografia minorile (art. 576, co. 1, n. 5, c.p.)¹⁰⁸.

Per quanto riguarda le prime tre figure di omicidio (aggravato), il disvalore aggiuntivo della condotta e il maggior rigore sanzionatorio può essere giustificato dal fatto che il reato è stato preceduto o accompagnato da una violenza che integra delle fattispecie delittuose (maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale e atti persecutori) che sono tra le più ricorrenti condotte perpetrate dall'uomo sulla donna (o viceversa) prodromiche alla commissione di

¹⁰³ Nell'assetto originario del codice Rocco l'art. 578 prevedeva l'infanticidio per causa d'onore, venuto meno per intervento della legge 442 del 5 agosto 1981.

¹⁰⁴ Come si è accennato, per il nostro codice penale il concetto di coniuge è quello che scaturisce dal matrimonio avente effetti civili.

¹⁰⁵ L'art. 576, co. 1, n. 5, c.p. è stato così sostituito dall'art. 4, comma 1, lett. e), n. 2, l. 1 ottobre 2012, n. 172, di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, che prevede lo stesso inasprimento di pena per l'omicidio connesso ai reati di sfruttamento sessuale dei minori.

¹⁰⁶ L'art. 576, comma 1, n. 5, c.p. è stato così sostituito dall'art. 4, comma 1, lett. e), n. 2, l. n. 172 /2012, cit.

¹⁰⁷ Il numero 5.1 è stato inserito nell'art. 576, comma 1, c.p. dall'art. 1, comma 1, lett. b, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. nella l. 23 aprile 2009, n. 38.

¹⁰⁸ L'art. 576, comma 1, n. 5, c.p. è stato così sostituito dall'art. 4, comma 1, lett. e), n. 2, l. n. 172 /2012, cit.

delitti più gravi sino al tragico epilogo dell'uccisione della vittima¹⁰⁹. Dati statistici dimostrano, infatti, che una elevata percentuale di "femminicidi" sono preceduti da altre forme di violenza nelle relazioni di coppia o di intimità con il soggetto passivo del reato.

Una forma di omicidio per motivi di genere può inoltre configurarsi in relazione all'aggravante comune prevista dall'art. 61, n. 11, c.p. ("l'aver commesso il fatto con abuso... di relazioni domestiche"), nell'ipotesi in cui il fatto sia commesso da un uomo in danno di una donna o viceversa, approfittando del rapporto sentimentale con la vittima¹¹⁰.

Malgrado il Governo abbia definito le disposizioni urgenti per il contrasto alla violenza di genere come "decreto sul femminicidio", che ha fatto sorgere e diffondere l'erroneo convincimento che la riforma riguardasse il femminicidio come delitto di omicidio, in realtà la legge n. 119 del 2013 non ha introdotto né una fattispecie *ad hoc* di femminicidio, cioè un reato di omicidio con questo nome che faccia riferimento all'uomo come autore e alla donna come vittima e al contesto o al movente di genere, quindi distinto dagli omicidi di donne con motivazioni diverse (ad esempio, uccisione di una donna da parte di un uomo durante una rapina in banca), né ha considerato il femminicidio come circostanza aggravante, prevedendo un aumento di pena per l'omicidio se perpetrato da un uomo in danno di una donna nell'ambito di una relazione coniugale¹¹¹ o semplicemente affettiva, attuale o pregressa. Aggravante che, come si vedrà, ha previsto, ma a prescindere dal sesso della vittima e da una motivazione di genere, per i delitti di violenza sessuale (art. 609-ter, co. 1, n.5-quater)¹¹² e atti persecutori (art. 612-bis, co. 2, c.p.)¹¹³, incrementandone il disvalore per la stessa ragione che è alla base delle nuove (e più sopra citate) ipotesi aggravate di omicidio (art. 577, co. 1, n. 5 e n. 5.1, c.p.), cioè in considerazione del fatto che tali fattispecie delittuose sono tra le più ricorrenti condotte prodromiche alla commissione di delitti più gravi fino all'estrema conseguenza dell'uccisione della vittima.

Del resto la citata Convenzione di Istanbul, alla quale si è richiamato il legislatore del 2013, non impone(va) agli Stati l'obbligo di introdurre una fattispecie *ad hoc* di femminicidio nell'ordinamento interno, neppure come circostanza aggravante¹¹⁴ né esistono strumenti internazionali che raccomandano agli Stati di dotarsi di specifiche disposizioni per incriminarlo, e neppure è previsto un crimine *ad hoc* nel diritto internazionale¹¹⁵.

Sull'opportunità di introdurre o meno nel nostro ordinamento il femminicidio come reato autonomo non azzardo conclusioni. Il mio intento è principalmente esplorativo: cercare di capire quali sono le questioni in gioco, e quali sono i fili conduttori e gli argomenti chiave per un dibattito sul tema, sia che ci si dichiari pro o contro, per cui le osservazioni che seguono hanno unicamente un carattere esplorativo e congetturale.

La previsione di un reato specifico di femminicidio (o femicidio), come espressione della violenza di genere che produce la morte della donna per mano maschile, per quanto ritenuta più adeguata nell'immaginario collettivo ad esprimere l'effettivo disvalore sociale dell'ipotesi criminosa in oggetto rispetto alla figura "neutra" di omicidio, modellata su di un soggetto passivo genericamente qualificato come "uomo", presenta nondimeno non poche difficoltà connesse alla tipizzazione del fatto punibile.

Non è agevole infatti tradurre in una formula dai contorni ben definiti il movente dell'au-

¹⁰⁹ Dubbio è se tra i precedenti atti persecutori ed il successivo omicidio debba sussistere una qualche connessione oggettiva, nel senso che la morte della vittima rappresenti il risultato finale di una precedente (connessa) attività di *stalking*. Sul punto, cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, p.s., vol. II, tomo primo, cit. p. 16, per i quali "se l'omicidio si verificasse proprio nell'ambito di una medesima campagna persecutoria come sbocco puntualmente programmato, si potrebbe anche ipotizzare che il disvalore del reato di *stalking* rimanga assorbito dal più grave delitto di omicidio".

¹¹⁰ Nel senso che l'aver approfittato del rapporto sentimentale con la vittima integra gli estremi dell'aggravante prevista dall'art. 61 n. 11 c.p., cfr. Cass. pen., sez. V, 9 aprile 2013, n. 34016.

¹¹¹ Ipotesi già punita dal nostro codice penale come omicidio aggravato (uxoricidio) ma in relazione ad entrambi i coniugi (art. 577, comma 2, c.p.).

¹¹² Numero aggiunto dall'art. 1, comma 2, d.l. 14 agosto 2013, n.94.

¹¹³ In realtà per quest'ultimo reato l'art. 1, n. 3, lett. a, d.l. 14 agosto 2013, n. 93, e relativa legge di conversione, ha soltanto ampliato l'ambito di applicazione dell'aggravante già prevista dall'art. 612-bis, comma 2, c.p.

¹¹⁴ La Convenzione di Istanbul impone agli Stati di prevedere un aggravante se il reato è commesso "contro l'attuale o l'ex coniuge o partner, come riconosciuto dal diritto nazionale, da un altro membro della famiglia, dal convivente della vittima o da una persona che ha abusato della propria autorità", ma solo in relazione alle fattispecie cui si riferisce la Convenzione e tra queste non è compreso il delitto di omicidio di cui sia vittima una donna per mano maschile.

¹¹⁵ Peraltro la richiesta esplicita di uno specifico reato di femminicidio è contenuta nel Rapporto sulla missione in Italia del 2012 scritto dal relatore speciale delle Nazioni Unite contro la violenza maschile, Rashida Manjoo, cit. L'inclusione di una specifica fattispecie di reato per gli omicidi di donne basati sul genere non è certo risolutiva, fa capire Manjoo, ma necessaria per dare visibilità statistica al fenomeno, visto che a tutt'oggi non esistono in Italia dati sugli omicidi disaggregati per genere.

tore (uccisione di una donna a causa della sua condizione di donna) espresso con una locuzione aperta e non chiara nel suo significato, qual è quella di violenza di genere e, soprattutto, un concetto elastico di tipo sociale o valutativo (il ricorso da parte dell'uomo alla violenza ogniqualvolta ravvisi la necessità di riaffermare il proprio potere sulla donna), e provarlo in casi concreti; quindi descrivere con precisione la condotta di chi uccide una donna con un movente – l'intenzione di sottomissione della donna “in quanto donna”, che si accompagna all'atto di aggressione – di difficile definizione e accertamento, differenziandola dalle uccisioni di donne con movente diverso.

In realtà la stessa nozione sociologica e criminologica di violenza di genere – un fenomeno sociale in evoluzione che mal si presta ad una definizione univoca ed immutabile –, se esprime da un lato una visione compiuta e inclusiva del fenomeno, al contempo è incerta, onnicomprensiva, flessibile, e ha mostrato la sua polivalenza semantica fin dal suo primo manifestarsi. Anche per questo una nozione (giuridica) diversa da quella che nel linguaggio della sociologia e della criminologia si è tracciata, e diversa dalle definizioni elaborate in sede internazionale che coprono ugualmente un'ampia gamma di violenze contro le donne, è assai difficile concipirla.

Questi larghi margini di incertezza dei criteri di imputazione oggettiva e soggettiva della fattispecie da incriminare come femminicidio, e da formulare con elementi propri che vanno al di là del sesso della vittima, ricostruibili nella prassi – almeno nei casi concreti più difficili e problematici – solo in termini ipotetici e congetturali, soprattutto per quanto riguarda il movente dell'autore, descritto come “movente di genere” (una locuzione strutturalmente indeterminata che abbraccia un ampio ventaglio di motivazioni soggettive), o con altra formula ugualmente inidonea ad esprimere un concetto sufficientemente univoco (per esempio, omicidio in cui la vittima è una donna “per il fatto di essere donna”), il cui accertamento e la cui definizione, inevitabilmente giudiziaria, non potrà che fare riferimento a quella – incerta e flessibile – elaborata nel linguaggio della sociologia e della criminologia o in sede internazionale, sembrano incompatibili con il principio garantista di determinatezza dei presupposti della responsabilità penale.

Per garantire il principio penalistico di tassatività e determinatezza della fattispecie, la via da percorrere potrebbe piuttosto essere un'altra: descrivere il femminicidio facendo riferimento all'ambito o al contesto in cui generalmente si verifica tale tipo di violenza: una stretta relazione sentimentale – coniugale¹¹⁶, di convivenza, o semplicemente affettiva – che unisce o che univa in passato autore e vittima, senza prendere in considerazione il movente di genere, stante appunto la difficoltà di formalizzare giuridicamente questa categoria in ambito penale nel rispetto del principio di legalità¹¹⁷.

Una formula, questa, che, identificando la violenza di genere unicamente con la sua connotazione in termini oggettivi, consente di attribuire rilievo penale al contesto interrelazionale tra autore e vittima, cioè al contesto in cui sorge l'esigenza di codificare il reato di femicidio/femminicidio, senza tener conto dell'interferenza esercitata sulla commissione del fatto dai fattori psicologici e dalle finalità soggettive. Non resterebbe, dunque, che modellare il reato di femminicidio sulle peculiarità delle diverse modalità di realizzazione delle condotte che possono essere viste e esaminate dalla prospettiva di genere, riconducendo nell'alveo di una fattispecie unitaria – nella quale sia assente come requisito il movente di genere – tutte le ipotesi di uccisioni che, per il contesto tipicamente più problematico della protezione dell'incolumità delle donne, o per le modalità di realizzazione del fatto, si presumono commesse in danno di una donna “perché donna”.

Certo, la previsione di un illecito penale *ad hoc* per il femminicidio, pur nelle forme e circostanze più sopra descritte, avrebbe un ben diverso spessore e una indiscutibile maggiore efficacia rispetto alla figura “neutra” di omicidio, e un forte impatto nel contesto socio-culturale di riferimento, che oscura realtà spesso più rilevanti ma più astratte nella comune percezione. Quale sarebbe l'utile funzione a cui potrebbe assolvere l'uso politico di questa categoria socio-criminologica è presto detto: una fortissima valenza per stigmatizzare in modo più efficace le frequenti uccisioni di donne legate sentimentalmente al loro aggressore (ma anche per con-

¹¹⁶ Peraltro l'ipotesi è attualmente prevista nel nostro codice penale, con riguardo ad entrambi i coniugi, come omicidio aggravato -c.d. uxoricidio, ma è limitata all'ambito di protezione della famiglia; sicché l'introduzione della fattispecie di femminicidio, che tutela le donne anche al di fuori dei rapporti familiari, dunque non la famiglia, comporterebbe la necessità di riconsiderare nell'insieme le due fattispecie di omicidio

¹¹⁷ E' questa la formula del reato di femminicidio introdotta dal codice penale peruviano, il cui testo è riportato nella nota 102.

ferire, in misura maggiore di quanto avvenga attualmente, il dovuto rilievo al fenomeno, dal momento che la mancanza di dati per la classificazione degli omicidi porta come risultato che gli omicidi di donne basati sul genere siano scarsamente identificabili, nascosti e poco visibili statisticamente).

Tuttavia, a parte la dubbia legittimità di una “mera” utilizzazione simbolico-ideologica del precetto penale, quale strumento finalizzato alla proiezione, nella coscienza collettiva, del disvalore sociale e politico della condotta descritta nella norma incriminatrice, che attribuisce al precetto non solo il compito di costruzione di limiti, ma anche di produzione e riproduzione del simbolico attraverso gli universi linguistico-normativi cui il sociale può attingere, una fattispecie di femminicidio così tratteggiata – che, rinunciando ad incentrare la polarizzazione del fatto vietato e il disvalore di azione sul requisito del movente di genere, permane nell’ambito di protezione della donna legata o già legata al suo aggressore da un rapporto affettivo – sarebbe, sì, scevra da pericoli per il principio di determinatezza, tuttavia rischierebbe di tipicizzare solo i c.d. “femmicidi intimi” (realizzati da un uomo in danno di una donna durante o al termine di una relazione sentimentale), lasciando fuori una tipologia di violenze che non si limitano ai rapporti di tipo affettivo: vale a dire gli altri omicidi compresi nella categoria criminologica del femminicidio, in tutte le sue forme e manifestazioni, che riguardano tutt’altro tipo di relazioni. Fanno parte di questa casistica, ad esempio: l’omicidio dei clienti o degli sfruttatori in danno delle prostitute; l’omicidio delle vittime di tratta; l’omicidio di donne a causa del loro orientamento sessuale; l’omicidio di chi ha preteso, infruttuosamente, di stabilire una relazione di coppia o di intimità con la vittima; l’omicidio (da parte di persona diversa dal padre o dal fratello) di una donna che rifiuta un matrimonio imposto. Altri casi relativi alle uccisioni di donne per motivi di genere che non si collocano all’interno di un rapporto affettivo ancora esistente o esaurito si potrebbero citare¹¹⁸, ma ci sembra che quelli esaminati siano un esempio sufficiente.

E’ questa la formula del femminicidio introdotta nel codice penale dalla Repubblica del Guatemala. La quale, infatti, pur definendo il reato di femminicidio come il fatto di chi, nel contesto delle diseguali relazioni di potere tra uomini e donne, uccide una donna, a causa della sua condizione di donna, solo apparentemente contiene una fattispecie *ad hoc* di femminicidio polarizzata sul concetto di uccisione di donna per mano di un uomo perpetrata “con un movente di genere”.

Essa, infatti, essendo la nozione normativa di femminicidio (“uccisione di una donna, nel contesto delle diseguali relazioni di potere tra uomini e donne, a causa della sua condizione di donna”) strutturalmente indeterminata e quindi inadatta ad esprimere un concetto sufficientemente univoco, configura il femminicidio come reato solo se il fatto è commesso in presenza di alcune circostanze descritte dalla norma incriminatrice con un elenco tassativo (dunque non integrabile dalla giurisprudenza). In tal modo la formula adoperata dimostra, in realtà, la volontà del legislatore di costruire il reato di femminicidio non, come sembrerebbe a prima vista, come fattispecie *ad hoc* fondata sul movente dell’autore, bensì come uccisione di una donna da parte di un uomo in una serie di contesti specifici che “si suppongono” legati a una motivazione di genere, la cui esistenza, ai fini della configurabilità della fattispecie, deve ritenersi presunta, nel senso che non occorre di volta in volta la prova della sua esistenza concreta.

Questa formula normativa utilizza, per così dire, un parametro “misto”, nel senso che accanto a una costruzione del reato attorno a una nozione astratta di femminicidio, come condotta di chi uccide una donna in ragione del suo genere di appartenenza, la quale consentirebbe, di per sé, di conferire rilievo alle sole condotte nelle quali “risulti provato” un movente di genere, si sono affiancate, in un’unica fattispecie, specifiche previsioni, quali modalità tipiche di realizzazione della condotta incriminata, che lasciano solo “supporre” il movente di genere

¹¹⁸ Cfr., ad esempio, i numerosi casi elencati nella definizione di “violenza di genere” contenuta nella Raccomandazione Rec(2002)5 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa agli Stati membri sulla protezione delle donne dalla violenza, definizione che, come stabilisce la stessa Raccomandazione, si applica, ma non è circoscritta alle azioni indicate. V. *supra*, nota 27.

dell'autore¹¹⁹. Per quanto si tratti di supposizioni plausibili, si tratta sempre di ipotesi, supposizioni o congetture. E qui bisogna intenderci con molta chiarezza. La contrapposizione tra femminicidio e omicidio comune – l'essenza del fenomeno e la sua differenza dalle altre forme di omicidio – perde, così, la sua connotazione soggettivo-psicologica, per tramutarsi in una contrapposizione di tipo oggettivo.

Malgrado i pur pregevoli sforzi definitivi del legislatore, un primo inconveniente dunque è la carenza di tassatività del concetto di femminicidio (“uccisione di una donna, nel contesto delle diseguali relazioni di potere tra uomini e donne, a causa della sua condizione di donna”). Altro limite della formula normativa, nonostante la sua finezza dommatica, risiede nel fatto che, pur valorizzando all'inizio il requisito della motivazione di genere, nell'elencare poi – in una prospettiva precipuamente oggettivistica, che prescinde dunque dalla considerazione del movente dell'autore – i casi di omicidio che si suppone legati a una motivazione di genere, non è esaustiva di tutte le situazioni contemplate dal fenomeno del femminicidio. Essa descrive infatti, in sede di definizione delle categorie di riferimento (che, come si è detto, non sono meramente esemplificative ma tassative), una tipologia di situazioni che, sebbene costituiscano la cornice dell'allarmante fenomeno del femminicidio, e rappresentino la casistica statisticamente più significativa di violenze contro le donne riconducibili ad una condotta criminosa tipica, non coprono, sul piano prasseologico, tutti gli innumerevoli contesti teatro di omicidi per motivi di genere.

Del resto, l'eterogeneità delle condotte che connotano gli omicidi di donne basati sul genere, cioè il femminicidio come fenomeno sociale, peraltro caratterizzate da gradi diversi di offensività che ne determinano un indebito ed irragionevole livellamento *quoad poenam*, rende difficoltosa – se non impossibile – l'elaborazione di una elencazione onnicomprensiva, di un elenco esaustivo, in grado di offrire tutti i parametri di oggettivazione dell'omicidio commesso con movente di genere, vale a dire una base descrittiva capace di catturare una realtà così variegata quale quella espressa dal concetto di femminicidio. Un concetto dai confini incerti, che non si limita come si è detto, ai rapporti sentimentali intercorrenti fra autore e vittima, ma assume proporzioni assai più rilevanti.

Tutto ciò, per quel che concerne il piano tecnico-giuridico, il rispetto del principio di legalità. C'è, però, ancora un punto, forse il più discusso tra gli argomenti che saltano fuori nel dibattito su vantaggi e svantaggi della introduzione del femminicidio come reato autonomo.

La previsione di una fattispecie *ad hoc* di femminicidio, autonoma e più grave rispetto a quella di omicidio, in funzione di maggior tutela della donna, a parte le segnalate difficoltà di tecnica legislativa, pone inquietanti interrogativi di legittimità costituzionale, oltre che di opportunità, in ragione della violazione dell'uguaglianza formale del bene vita per l'omicidio dell'uomo e della donna. (Oggi è previsto un aggravamento di pena per l'omicidio, se il fatto è commesso in occasione di violenza sessuale, maltrattamenti e atti persecutori – art. 577, co. 1, n. 5 e n. 5.1, c.p., tuttavia, sia se la vittima è una donna che un uomo; analoghi dubbi di costituzionalità potrebbero sorgere se questa forma di violenza che aggrava l'omicidio fosse prevista in funzione di tutela esclusiva della donna).

A meno che la nuova previsione non lasci inalterato il trattamento sanzionatorio previsto per l'identica fattispecie, “sessualmente neutra”, di omicidio, nel qual caso si tratterebbe di una disposizione “meramente” simbolica, con funzioni considerate generalmente estranee al diritto penale: quale quella ad esempio di rafforzare l'attenzione della società e delle istituzioni sul problema della discriminazione tra i generi e della violenza maschile sulle donne (ben lontano dall'essere risolto, ma difficilmente risolvibile attraverso lo strumento penalistico), oppure di contribuire alla raccolta di dati più affidabili per monitorare il fenomeno. Ma non è tutto. L'introduzione del femminicidio come reato a sé stante (spiegabile sul piano dell'impatto sociale della nuova previsione), a parte i profili di legittimità costituzionale, dal punto di vista politico-criminale manca di un solido e ragionevole fondamento che la sostenga. Non sembra,

¹¹⁹ Le circostanze di cui deve avvalersi l'autore del reato, secondo la formula normativa, sono le seguenti: a). Aver preteso, infruttuosamente, stabilire o ristabilire una relazione di coppia o di intimità con la vittima. b. Avere, all'epoca in cui si perpetra il fatto, o aver avuto con la vittima relazioni familiari, coniugali, di convivenza, di intimità o di fidanzamento, amicizia o fraternità o relazioni di lavoro. c. Come risultato della reiterata azione di violenza ai danni della vittima. d. Come risultato di riti collettivi usando o no armi di qualsiasi tipo. e. Con disprezzo del corpo della vittima, per soddisfare istinti sessuali o commettendo atti di mutilazione genitale o qualsiasi altro tipo di mutilazione. e. Per misoginia. g. Quando il fatto si realizzi in presenza delle figlie o dei figli della vittima. h. In presenza di qualsiasi circostanza qualificativa tra quelle indicate nell'art. 132 del Codice penale”.

infatti, che una speciale protezione offerta alla donna attraverso la costruzione di una fattispecie di omicidio sulla specificità della soggettività femminile possa trovare giustificazione nell'esistenza di dati che comprovano l'incidenza statistica rilevante di casi di femminicidio, dunque nel fatto che la questione fondamentale è la violenza maschile sulle donne.

13. Diritto penale e femminicidio.

Quanto al femminicidio come fenomeno sociale nella sua globalità, quindi con un significato ben più complesso di "omicidio di genere femminile" (o femicidio), a cui sono riconducibili un'ampia gamma di comportamenti violenti nei confronti della donna che infliggono a quest'ultima acute sofferenze fisiche o psichiche, e ne offendono la stessa dignità umana, riducendola a cosa, la ragione per cui non è riconosciuto come reato a sé stante dipende dalla impossibilità di costruirlo come concetto giuridico, cioè di tradurre un fenomeno sociale, storico e culturale in una fattispecie penale (da notare che il termine femminicidio è pressoché assente nello stesso linguaggio della dottrina penalistica, mentre è penetrato da qualche anno nel linguaggio dei criminologi)¹²⁰.

E' davvero impensabile, infatti, che un fenomeno caratterizzato da una spiccata indeterminatezza di contorni come quello di femminicidio (o di "violenza femminicida"), che racchiude sul piano criminologico una variegata molteplicità di pratiche violente esercitate da un soggetto di sesso maschile in danno di una donna in quanto donna, e unificate da una matrice culturale comune (il disprezzo verso le donne, l'intenzione di umiliarle e degradarle), possa assumere i caratteri di una specifica figura di reato che comprenda tutte le condotte violente misogine che meriterebbero di rientrare nell'ambito di protezione di tale reato, e che al contempo sia compatibile con il principio di stretta legalità e tassatività della fattispecie penale.

Del resto, il femminicidio, come fenomeno, come problema sociale e culturale, richiede azioni di contrasto a livello politico e istituzionale. Non richiede una forma di risposta penale. Il compito del diritto penale è di frammentarlo (la stessa indagine criminologica non rinuncia a frammentarlo e così a spiegarlo) e di ridurlo a singoli fatti aggressivi dai contorni ben definiti. Gli stessi strumenti internazionali definiscono varie tipologie di violenza contro le donne, precisando i corrispondenti obblighi statali di criminalizzazione delle relative fattispecie negli ordinamenti interni (*gender-based crimes*).

Ora, come vedremo, già esistono "frammenti sparsi" della violenza nei confronti delle donne nel nostro codice penale, o meglio figure criminose (in primis, le classiche fattispecie di reato a tutela della persona) nelle quali inserire l'ampia gamma di condotte violente realizzate in una "prospettiva di genere", e riconducibili a tale fenomeno, idonee ad assicurare effettiva tutela alle vittime. Sicché non sembra che il diritto penale vigente sia (o si sia dimostrato) incapace di fronteggiarlo adeguatamente.

Si potrebbe pensare alla formulazione del femminicidio come aggravante di reati connotati per lo più in maniera neutra dal punto di vista della persona offesa e dell'aggressore (per esempio, omicidio, maltrattamenti, *stalking*, percosse, lesioni, ecc.). Tuttavia la costruzione del femminicidio come aggravante di altre figure delittuose, riproporrebbe, in aggiunta alle accennate perplessità di ordine costituzionale, il problema della delimitazione della condotta punibile, il problema cioè connesso alla difficoltà di formalizzare giuridicamente la categoria "violenza di genere" in ambito penale nel rispetto del principio di tassatività e, quindi, di delimitare il reato aggravato rispetto alle figure di reato connotate in maniera neutra dal punto di vista della vittima e dell'aggressore, cioè per differenziare il reato di femicidio/femminicidio rispetto alle altre forme di violenza già tipizzate.

¹²⁰ Sottolinea la difficoltà di formalizzare giuridicamente la categoria del femminicidio in ambito penale nel rispetto del principio di tassatività, B. SPINELLI, *Il riconoscimento giuridico dei concetti di femicidio e femminicidio*, in AA.VV., *Femicidio: dati e riflessioni intorno ai delitti per violenza di genere*, Regione Emilia Romagna – Assessorato Promozione Politiche Sociali, a cura di C. Karadole e A. Pramstrahler, 2011, p. 140.

14.

Diritto penale e condizione femminile.

In materia di violenza di genere, emerge la tensione tra eguaglianza e differenza come modelli alternativi ispiratori di norme giuridiche¹²¹, e sono chiamati in causa i rapporti tra diritto penale e condizione femminile¹²². Si pone in altre parole un problema di equilibrio e di compatibilità tra specificità femminile e norme penali. Se sia configurabile, e quale diffusione debba avere, un “diritto penale della differenza”, un nuovo diritto di genere diversamente modulato in base al genere di appartenenza della vittima, è materia di discussione.

Dato che non esistono beni giuridici specificamente delle donne (eccetto i limitati casi in cui non è possibile argomentare i loro diritti in termini neutri rispetto al sesso -nel qual caso declinare i diritti a seconda del sesso non infrange in alcun modo il principio di uguaglianza: ad esempio, il diritto all'autodeterminazione in materia di maternità e dunque di aborto)¹²³, difficilmente, a me pare, troverebbe spazio, in una futura politica criminale della violenza di genere, sia pure con il lodevole intento di una più incisiva tutela delle donne, un “diritto penale femminile”, ossia una rifondazione e ridefinizione di certi reati riconducibili al fenomeno della violenza maschile contro le donne che si faccia carico delle differenze della condizione femminile e della loro concreta rilevanza nei rapporti sociali. Vale a dire la costruzione di uno statuto giuridico-penale speciale per la soggettività femminile, che imponga una specificazione di certi delitti - pensati e costruiti con riferimento a un soggetto “neutro” e a prescindere da, se non contro, la specificità femminile, ma di cui di fatto le vittime sono di solito le donne e ad opera quasi sempre degli uomini - in base al genere di appartenenza del soggetto passivo.

In realtà i beni oggetto di atti di violenza per motivi di genere non appartengono, di regola, solo all'identità femminile ma anche a quella maschile, non sono beni solamente delle donne. Tuttavia il discorso non si ferma qui, anzi, si potrebbe dire che da qui solo comincia. E cioè: se è vero che, in linea di massima, il diritto penale rimane (e deve rimanere) neutrale rispetto ai sessi (in osservanza del principio di uguaglianza formale), in relazione ad alcuni specifici reati

¹²¹ In particolare secondo il femminismo della differenza, che si sviluppò anche come critica alla pretesa neutralità del diritto come strumento di emancipazione (così M.L. FADDA, *Differenza di genere e criminalità*, cit. p. 17) che si riferisce genericamente ad un soggetto neutro, autonomo, indipendente, senza distinzioni di sesso, razza, ceto sociale ma che in realtà ha caratteristiche e interessi ben individuati e che sarebbero soltanto quelli propri del maschio della classe dominante (così G. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Cortina, Milano, 1999, p. 2), “il diritto...dovrebbe tener conto della differenza tra i sessi, non solo formalmente, ma anche concretamente, dotandosi di strumenti idonei che siano grado di favorire la rimozione delle discriminazioni” (M.L. FADDA, *Differenza di genere e criminalità*, cit. p. 18), e si è manifestato ad esempio nella richiesta di “trattamenti speciali”, volti a compensare gli oneri gravanti sulle donne, che devono affrontare gravidanza e maternità. La rivendicazione di diritti a quei trattamenti, specifici delle donne e diversi da quelli degli uomini, che realizzassero un'uguaglianza sostanziale attraverso la valorizzazione delle differenze, non si è fermata ai trattamenti assistenziali, estendendosi presto al diritto di esercitare scelte strettamente pertinenti alla sessualità femminile e alla maternità (contraccezione, aborto eccetera). Sull'articolazione, anche conflittuale, di teorie e politiche femministe e, in particolare, sui modi diversi di porre la questione della costruzione politica e della rappresentanza del soggetto femminile v., tra gli altri, L. BOCCIA-I. PERETTI, *Il genere della rappresentanza*, (a cura di), *Materiali e Atti*, n. 10, Editori Riuniti Riviste, 1988; G. BONACCHI-A. GROPPI, *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?*, (a cura di), *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Roma-Bari, Laterza, 1993.

¹²² Secondo una teoria giuridica femminista, la rivendicazione di trattamento speciale in base al genere può tradursi in nuove forme di politiche di tutela delle donne duramente combattute dal femminismo dell'uguaglianza e della parità. Non è estranea al primo modello, che pure ricerca nella reale condizione di vita delle donne e degli uomini che è disuguale e diversa punti comuni, la consapevolezza che per raggiungere l'uguaglianza di diritti e di condizione è necessario riconoscere e valorizzare la differenza del genere maschile e femminile; valorizzare dunque l'esperienza, la cultura, i valori di cui le donne sono portatrici oltre alle reali condizioni di vita delle donne che sono appunto diseguali e diverse. Tuttavia entrambi i modelli, una volta trasferiti in norme giuridiche, hanno mostrato i loro limiti. Come osserva Chiara Saraceno: “A parere di alcune studiose (K. OFFEN, *Defining Feminism: A Comparative Historical Approach*, in “*Signs*”, 1988, XIV, 1, pp. 119-157; B. BECCALLI, *La divisione sessuale del lavoro*, in “*Il bimestrale*”, 1989, I, 1, pp. 59-63) il dilemma tra uguaglianza e differenza ha caratterizzato l'intera storia del femminismo, in un'oscillazione irrisolta, ancorché fortemente conflittuale, tra rivendicazioni di uguaglianza e affermazioni di differenza, tra la richiesta di ‘diritti uguali’ (agli uomini) e quella di ‘diritti delle donne’. Tale dilemma rappresenterebbe non solo posizioni politiche storicamente forti e irriducibili l'una all'altra, ma due posizioni teoriche insieme divergenti e ineludibili: rischiose nella loro parzialità, ma altrettanto se non più rischiose se trascurate l'una per l'altra, come la storia più o meno recente testimonia ripetutamente, allorché l'affermazione della differenza si risolve in emarginazione politica e sociale, o viceversa allorché l'affermazione dell'uguaglianza costringe le donne a comportamenti e attese sviluppate a partire dall'esperienza maschile -dagli orari di lavoro, ai ritmi delle carriere, fino alla sessualità”. “Per uscire da questo dilemma [...] - prosegue l'A - occorre non tanto opporre differenza a uguaglianza, e strategie della differenza a strategie dell'uguaglianza, quanto pensare diversamente i due termini di questa apparente dicotomia, e la loro relazione, a partire da un'analisi critica di come i due termini sono costruiti”. C. SARACENI, *Femminismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1994, par. 4.

¹²³ Per Ferrajoli il diritto alla maternità volontaria quale autodeterminazione della donna sul proprio corpo è l'unico diritto spettante unicamente alle donne, l'unico diritto per il quale “la differenza sessuale deve tradursi in diritto disuguale o, se si vuole, ‘sessuato’”. Diritto rispetto al quale peraltro mette in evidenza “che non solo esso non è ancora riconosciuto come tale in nessuna legislazione, ma che di solito il suo esercizio non è neppure interamente depenalizzato, ma è al massimo sottoposto a forme di legalizzazione più o meno controllate”. Cfr. L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, in *Dem. Dir.*, 1993, p. 63 ss.

ad autore prevalentemente maschile di cui le donne sono vittime privilegiate vi possono essere motivi ragionevoli per non fare astrazione dalla differenza sessuale, cioè per riconoscere la differenza propria della condizione giuridica e sociale della donna, e adottare misure positive per realizzare un'uguaglianza effettiva (l'uguaglianza sostanziale). A tale proposito è importante ricordare che è insegnamento consolidato della Corte costituzionale che il principio di uguaglianza può e deve essere declinato anche nel senso che situazioni diverse non possono legittimamente essere disciplinate in modo identico. Ad esempio, vi è una ragione sufficiente per richiedere delle garanzie differenziate in base al sesso, imposte da costruzioni sociali dei rapporti di sesso asimmetrici e a dominio maschile, e riconoscere, in piena coerenza rispetto alla realtà criminologica, la prerogativa di “uno specifico *habeas corpus* della donna” la cui tutela impone “specifiche garanzie sessuate”¹²⁴, in tema di violenze e molestie a sfondo sessuale¹²⁵, un settore del diritto penale “prettamente femminile”¹²⁶, che tocca la sede più ovvia della specificità femminile: il corpo e la sessualità e che tutela il diritto (come già detto, prevalentemente femminile) alla libertà di autodeterminazione sessuale delle donne, in cui vittime della violenza sessuale – considerata uno dei segni più forti del potere maschile sulle donne (la subordinazione sessuale delle donne all'uomo è culturalmente presente come naturale e consensuale e si riflette anche in altre relazioni sociali) – sono storicamente, e normalmente, donne ad opera principalmente degli uomini, anche se teoricamente il diritto alla inviolabilità del corpo è un diritto fondamentale a titolarità anche maschile¹²⁷.

Più in generale, chi aderisce a questa impostazione, che nasce dalla presa di coscienza di una disuguaglianza tra i sessi a livello sociale, sostiene, in relazione ad alcuni specifici settori, che per conseguire l'uguaglianza (sostanziale) nei rapporti uomo/donna, cioè per rivendicare l'uguaglianza dei diritti, servono garanzie preferenziali, cioè disuguali sul piano formale, a favore delle donne (in nome del carattere specifico della soggettività femminile che si intende appunto tutelare e valorizzare)¹²⁸, che abbia come scopo quello della “elaborazione e dell'implementazione di garanzie, che ben potremmo chiamare garanzie sessuate, idonee a ridurre la divaricazione che sempre sussiste tra norme e fatti, tra normatività ed effettività, tra valori giuridici e realtà effettuale”, e che si traduce nell'elaborazione di un “garantismo della differenza che valga di fatto a garantire l'uguaglianza”¹²⁹.

Tornando al tema della violenza di genere, la cosa che ci interessa maggiormente è la creazione o meno di una nuova fattispecie di femminicidio, ma possiamo parlare in generale. È vero che in taluni casi l'applicazione uniforme del diritto è una delle molte facce che può assumere la discriminazione. E che essa determina una disuguaglianza che può essere riequilibrata solo attraverso specifiche previsioni a favore delle donne anche in deroga al generale principio di formale parità di trattamento, stabilito nell'art. 3, comma 1, Cost. (“i cittadini sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso...”). Le discriminazioni fra soggetti che si trovino in situazioni intrinsecamente eterogenee sono possibili, anzi necessarie, perché ad esse offre

¹²⁴ Cfr. L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, cit., p. 62. Cfr. anche A. MANNA, *La donna nel diritto penale*, in *Donne, civiltà e sistemi giuridici. Femmes, civilisation et systèmes juridiques. Raccolta di testi dal Master Internazionale Congiunto*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 475 ss.

¹²⁵ La violenza sessuale è il terreno paradigmatico sul quale si era aperta la discussione sul rapporto tra diritto penale e condizione femminile in occasione della riforma dei reati sessuali e dove si era avvertita l'esigenza di una tutela “forte” della libertà di autodeterminazione sessuale e della inviolabilità del proprio corpo da violenze e molestie a sfondo sessuale, inteso come un diritto principalmente femminile per il fatto che vittime della violazione di tale diritto sono soprattutto donne ad opera esclusivamente degli uomini. Sul dibattito attorno alla legislazione sulla violenza sessuale e sull'aborto, v. L. ALCOFF, *Cultural feminism versus post-structuralism*, in “*Signs*”, 1988, XIII, 3, pp. 405-497; L. BOCCIA, I. PERETTI (a cura di), *Il genere della cittadinanza*, in “*Quaderni di democrazia e diritto*”, 1988, XXVIII, 1; C. SARACENO, *Il genere della cittadinanza*, ivi, pp. 273-275.

¹²⁶ Per un esame del dibattito sulla differenza sessuale nell'ambito del diritto, vedi L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, cit., p. 50 ss.; A. CAVARERO, *Per una teoria della differenza sessuale*, in *Diotima, Il pensiero della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milano 1987; ID., *L'ordine dell'uno non è l'ordine del due*, in *Il genere della rappresentanza*, a cura di M. L. Boccia e I. Peretti, Editori Riuniti, Roma 1988, pp. 67-80.

¹²⁷ Cfr. A. MANNA, *La donna nel diritto penale*, cit., p. 487.

¹²⁸ Per una nozione di uguaglianza compatibile con la valorizzazione delle differenze, cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Identity, Equality, Similarity and the Law*, in “*Rechtstheorie*”, Beiheft 15 (Recht, Gerechtigkeit und der Staat, a cura di M.M. Karlsson, O.P. Jónsson e E.M. Brynjarsdóttir), Berlin, Duncker & Humblot, 1993, vol. 15, pp. 121-34; versione it. *L'identità, l'uguaglianza, la somiglianza e il diritto*, in L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995; ried. in L. GIANFORMAGGIO, *Uguaglianza, donne e diritto*, Bologna, il Mulino, 2005. Sul dibattito tra uguaglianza e differenza e sull'origine e gli sviluppi di questa divergenza di vedute nel movimento delle donne, cfr. B. BECCALI, “*Disuguaglianza Differenza*”, in A. Melucci. (a cura di), *Fine della modernità?*, Guerini, Milano, 1998.

¹²⁹ L. FERRAJOLI, op. loc. ult. cit.

copertura costituzionale l'art. 3 secondo comma cost.¹³⁰, strumento principe di attuazione del principio di uguaglianza sostanziale, il quale chiede di discriminare per rimuovere gli ostacoli di ordine sociale. La stessa Corte costituzionale non ha escluso che la nostra Costituzione possa ammettere differenziazioni di genere (e il discorso vale per tutte le distinzioni soggettive menzionate al primo comma dell'art. 3) e ha indicato nei trattamenti preferenziali per le donne uno strumento diretto ad evitare che “diversità di carattere naturale o biologico si trasformino arbitrariamente in discriminazioni di destino sociale”¹³¹. E anche questo è innegabile.

Ma, tornando al discorso sul femminicidio, questa volta – a me sembra – le cose stanno in termini diversi. Ciò non tanto perché la diversità di trattamento in deroga al principio di uguaglianza formale non sarebbe ammissibile quando riguarda un diritto fondamentale (nella specie, il diritto alla vita)¹³², quanto per il fatto che non vi sono motivi ragionevoli per graduare la tutela del bene della vita in relazione al genere ma, al contrario, vi sono motivi ragionevoli per ritenere l'irrilevanza giuridica e “l'indifferenza del sesso” ai fini considerati.

Se è vero che l'imperativo di razionalità impone al legislatore di equiparare il trattamento giuridico di situazioni analoghe e, al contrario, di differenziare il trattamento delle situazioni diverse, tuttavia lo stesso principio di uguaglianza richiede che la diversità di trattamento corrisponda a una diversità di situazione obiettivamente rilevante (tanto più nel settore del diritto penale che, tra i rami del diritto, è il più lontano, nella nostra coscienza moderna ed egualitaria, da ogni ipotesi di differenziazione) e, dunque, che le garanzie preferenziali a favore delle donne in nome del carattere specifico della soggettività femminile non siano arbitrarie, ossia irragionevoli o discriminatorie, cosa che accadrebbe potenziando l'efficacia della risposta punitiva per il femminicidio. Cioè in caso di tutela differenziata del bene vita per l'omicidio dell'uomo e della donna (fattispecie eguali o simili e rappresentanti lo stesso grado di disvalore), in ragione delle differenze biologiche tra i sessi e/o della specificità degli omicidi di donne con motivazioni che poggiano su una cultura discriminatoria tipica delle società patriarcali. Non può infatti considerarsi ragionevole – cioè una deviazione giustificata dall'uguaglianza formale – la deroga al principio sancito dall'art. 3 cost. ai fini considerati, sol perché il femminicidio riguarda una categoria di persone che hanno subito in passato discriminazioni di ordine sociale e culturale e, tuttora, sono soggette al pericolo di analoghe discriminazioni. Non sembra in altre parole che il femminicidio, come reato *ad hoc*, possa trovare giustificazione nel fatto che viene usato – e continua ad essere usato – come forma di punizione e controllo sociale sulle donne, o nelle particolari caratteristiche della violenza di cui sono vittime che la distinguono da altri tipi di violenza per la specificità della condizione (o la situazione di fatto svantaggiata) in cui si sono storicamente ritrovate – in ambito familiare o nella società nel suo complesso – in quanto appartenenti al genere femminile. Vale a dire nel fatto che la violenza che subiscono le donne, con modalità e moventi che di rado toccano gli uomini, costituisce l'espressione di un rapporto di dominanza di un sesso sull'altro, e che in larga misura i soprusi di cui sono vittime sono di natura misogina e spesso tollerati dalla società. In definitiva: nel fatto che quantitativamente il fenomeno della violenza della donna sull'uomo è scarsamente rilevante e, qualitativamente, non è così grave come nel caso di violenza compiuta dall'uomo sulla donna.

In realtà, dietro l'atteggiamento di chi propone (al di là di specifici ambiti: ad es., aborto) uno “statuto penale speciale” per le donne, o un “diritto penale della differenza” connotato dal genere femminile del soggetto passivo che miri a riconoscere alle donne maggiore protezione di quella degli uomini in relazione ai reati che si collocano nell'area della violenza maschile verso il genere femminile, c'è una visione di una società sessista e patriarcale cui, consapevolmente o inconsapevolmente, aderisce, e si nascondono antichi pregiudizi, contraddizioni e luoghi comuni: la presunta inferiorità della donna rispetto all'uomo, una sorta di perpetua minorazione delle donne che è alla base della subalternità femminile; la donna, “per natura”, a causa

¹³⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 15 del 1960; sent. n. 96 del 1980; sent. n. 171 del 1982; sent. n. 349 del 2004. In riferimento alle c.d. *affirmative action* (azioni positive che garantiscono trattamenti privilegiati a categorie deboli), la Corte Costituzionale (sent. n. 349 del 2004) ha affermato che: “Trattandosi di misure dirette a trasformare una situazione di effettiva disparità di condizioni in una connotata da una sostanziale parità di opportunità, le azioni positive comportano l'adozione di discipline giuridiche differenziate a favore delle categorie sociali svantaggiate, anche in deroga al generale principio di formale parità di trattamento, stabilito nell'art. 3, comma 1, Cost.”

¹³¹ C. Cost. 24-26 marzo 1993, in *Gazzetta Ufficiale*, n. 14.

¹³² Così Corte cost., sent. n. 422 del 1955, in tema di “quote rosa”. Sulla questione, cfr. *La parità dei sessi nella rappresentanza politica: in occasione della visita della Corte costituzionale alla Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara: atti del seminario*, Ferrara, 2002, a cura di Roberto Bin, Torino, Giappichelli, 2003; E. PALICI DI SUNI PRAT, *Tra parità e differenza: dal voto alle donne alle quote elettorali*, Torino, 2004, p. 175.

della differenza di sesso e del suo carattere originario e insuperabile, e non per la sua posizione culturale e giuridica, soggetto debole, in cui trovano legittimazione comportamenti di controllo e sopraffazione delle donne e del loro corpo. (Può essere interessante ricordare che la cultura giuridica del diciannovesimo secolo, richiamando l'antico principio della *infirmas sexus* -le incapacità e gli impedimenti dovuti al sesso femminile, era ferma nel convincimento che alle donne spetterebbe una pena più mite in ragione della sua scarsa razionalità, se non addirittura che alle donne si dovesse riconoscere un livello ridotto di imputabilità, connesso al paradigma "scientifico" della inferiorità naturale delle donne, cioè alla fisiologia del corpo femminile e alle sue implicazioni emotive e comportamentali, incidenti sulla capacità di giudizio e sulla comprensione e conoscenza delle norme¹³³, coerentemente, del resto, con il diritto civile che ne limitava la capacità d'agire e con il diritto pubblico che ne negava l'elettorato attivo e passivo)¹³⁴.

E c'è l'idea che ogni atto di violenza sulla donna (omicidio, violenza privata, maltrattamenti, minaccia...) legata da un rapporto affettivo, attuale o pregresso, all'aggressore, produca effetti ulteriori rispetto a quelli provocati dalla singola aggressione; si proietti dalla piccola dimensione sulla scala vasta della vita sociale, diventando scontro di ruoli e di identità di generi, quali categorie culturalmente e socialmente orientate; quindi incorpori un disvalore di azione o di evento che va al di là della lesione dei beni di natura spiccatamente individuale concretamente tutelati dalle singole fattispecie (integrità fisica, libertà di agire, tranquillità) per colpire la totalità delle donne (come a dire, la donna che uccide un uomo, uccide un uomo, mentre l'uomo che uccide una donna uccide tutte le donne), cioè un ulteriore e nuovo bene giuridico, di carattere collettivo, che è di esclusiva titolarità femminile¹³⁵.

Tale opzione comporta la costruzione dei delitti in materia di violenza maschile sulle donne in chiave pubblicistica, finalizzati cioè alla tutela di un interesse che va ben oltre la protezione della singola donna: accanto a questa si colloca un interesse che è proprio di tutte le donne come gruppo sociale, il diritto alla vita e ad una vita libera dalla violenza e da ogni forma di vessazione discriminatoria basata sul sesso.

Considerare ogni atto di violenza subito da una donna "per essere donna" come lesivo non solo dei beni giuridici individuali che la riguardano, ma di tutto il genere femminile; come offesa non tanto nei confronti della singola donna oggetto di violenza quanto del genere al quale appartiene, sul fondamento di una supposta esperienza e destino comune di vittimizzazione¹³⁶, a parte la questione della effettiva idoneità della singola condotta a recarvi pregiudizio, comporta l'idea che le donne, complessivamente considerate, per lo meno dal momento in cui sono legate sentimentalmente al loro aggressore (mogli o compagne anche senza convivenza), si trovano in una posizione di subordinazione all'uomo, non solo nella sfera familiare ma anche in quella delle relazioni sociali, politiche ed economiche, cioè proprio in quella condizione in cui tradizionalmente la cultura maschilista imperante nella società ha posto la donna e contro la quale hanno duramente combattuto i movimenti femministi¹³⁷.

Nella prospettiva del femminismo dell'uguaglianza e della parità, che considera le donne come soggetti dotati di piena autonomia che rifiutano regole protezionistiche, la lotta per porre fine alla violenza maschile sulla donna è incompatibile con l'idea di un diritto penale al femminile, di un regime "speciale" di protezione penale delle vittime in ragione del genere al quale appartengono, accusato di perpetuare una visione convenzionale del femminile e del maschile, cioè affine agli stereotipi e ai codici tradizionali. Per molta critica femminista¹³⁸,

¹³³ Cfr. G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Milano, 1863, p. 67: "Nelle femmine la midolla spinale è più debole e delicata, che non nei maschi, laonde esse hanno più deboli le forze dello spirito, e più tenui i mezzi naturali di acquistare le idee. Ciò posto, anche il sesso femminile è una giusta causa perché il delitto venga meno imputato".

¹³⁴ Cfr. M. GRAZIOSI, *Infirmas sexus*, op. loc. cit.

¹³⁵ Cfr. ad esempio, in questo senso, P. LAURENZO COPELLO, "La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal", in *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* (RECPC 07-08/2005), in <http://criminol.ugr.es/recpc.1>, p. 18. P. FARALDO CABANA, "Reflexiones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", in *Revista Penal*, 2006/17, p. 91.

¹³⁶ Sul punto, cfr. T. PITCH, *I diritti fondamentali*, cit., p. 174.

¹³⁷ Sul femminismo originario (quello del suffragio universale) e sulle posizioni rivendicative degli anni Settanta cui dobbiamo i diritti (divorzio, contraccezione, aborto, pari opportunità e discriminazione positiva), e per un'analisi storica dell'emancipazione della donna europea nei diversi contesti politici e culturali (quello religioso, quello illuministico e quello moderno), cfr. G. LIPOVETSKY, *La terza donna* (trad. it. di A. Mori), Frassinelli, Milano 2000.

¹³⁸ Su alcuni nodi della riflessione femminista attuale, sui limiti del femminismo tradizionale e dominante e sulle modalità attraverso le quali il sistema "patriarcale" ha reagito alle conquiste femministe, riposizionando i meccanismi di dominazione, vedi i contributi raccolti nel volume collettaneo *La soggettività politica delle donne. Prospettive per un lessico critico*, a cura di Orsetta Giolo e Lucia Re, Aracne editrice, 2014.

piuttosto che una politica di valorizzazione del “penale”, richiede azioni e iniziative sul piano pratico-politico, efficaci misure politiche e istituzionali mirate alla rimozione delle ragioni sociali, economiche e culturali che tuttora sorreggono il dominio maschile, cioè interventi di sradicamento delle cause socio-culturali del fenomeno, le quali hanno a che fare non con l'identità delle persone ma unicamente con le molteplici discriminazioni, di diritto e di fatto, tra uomini e donne e con le loro disparità di condizioni sociali.

Inoltre, la strutturazione dei c.d. reati di genere in una dimensione pubblicistica, cioè a tutela di un soggetto impersonale (la collettività delle donne, un corpo amorfo e indifferenziato), o di un bene superindividuale di carattere macrosociale, peraltro di dubbia configurabilità come bene giuridico appartenente al genere femminile, in quanto la violenza alle donne, come fenomeno collettivo, non integra solo un delitto ma costituisce un ostacolo allo sviluppo di una società democratica, allontana le finalità di tutela dalle esigenze concrete delle vittime oggetto delle singole aggressioni, considerando, rispetto alla violazione di beni giuridici spiccatamente individuali, più significative le macro-conseguenze sul piano delle rilevanti ricadute sulla società. Laddove lo svincolamento da soggetti collettivi (per esempio, dalla famiglia) è uno dei principali passaggi nel percorso di conquista dell'autonomia femminile.

Paradigmatica espressione di questa tendenza a concepire la violenza contro le donne come problema ed offesa sociale, e non in funzione del pregiudizio subito dalla vittima, lontana dunque dai confini del suo dramma individuale, è apparsa l'introduzione da parte della legge n. 119 del 2013 della irrevocabilità della querela per il delitto di *stalking* (sia pure limitatamente ai casi più gravi)¹³⁹. La scelta operata dal legislatore è, secondo l'opinione più diffusa, un compromesso tra le opposte esigenze di sottrarre la vittima al rischio di ulteriori intimidazioni finalizzate ad ottenere il ritiro della querela (per alcuni la irrevocabilità della querela è anche un modo per evitare che la vittima la ritiri per ripensamenti legati a meccanismi psicologici di giustificazione) e il rispetto della libertà di autodeterminazione della persona offesa¹⁴⁰. E' in quest'ottica che il legislatore avrebbe stabilito che la querela è irrevocabile nei casi più gravi, e revocabile negli altri casi, e che la remissione della querela può essere soltanto processuale, cioè – come sembra debba interpretarsi la norma – può essere fatta solo davanti all'autorità giudiziaria, al fine di garantire appunto la libera determinazione della vittima.

Malgrado la dichiarata intenzione di proteggere la vittima da non improbabili ricatti e intimidazioni, in quanto il soggetto passivo, il più delle volte, si trova in stato di soggezione nei confronti dell'agente (che peraltro – ancora una volta – sottintende una concezione della soggettività femminile come debole, e confina le donne in un ruolo prodotto dalla cultura maschile), in realtà la scelta legislativa è apparsa un'indebita ingerenza dell'autorità nella dimensione privata della vita individuale e, in ogni caso, è sembrata giustificata da interessi estranei a quelli della donna e in contrasto con i suoi interessi specifici, che potrebbero indurla a valutare l'opportunità di non consentire la punizione del colpevole e rimettere la querela per comporre la vicenda all'interno delle mura domestiche. Una questione, dunque, che, sebbene vista dall'esterno tutto sommato marginale, è ritenuta dai soggetti in essa coinvolti di pertinenza esclusiva dell'autodeterminazione femminile, perché mette la donna davanti ad angosciosi dilemmi di coscienza, scelte tragiche ecc., la cui soluzione richiede delicati giudizi di bilanciamento, affidati alla libera scelta della vittima. La possibilità di non consentire la punizione del colpevole agevola infatti la definizione concordata dei rapporti di coppia, e un possibile riavvicinamento tra i partner che l'intervento penale potrebbe irrimediabilmente compromettere¹⁴¹.

Questa lettura della violenza maschile sulle donne, presuntivamente esercitata su un “soggetto debole”, su un essere diverso e bisognoso di un trattamento speciale per motivi connotati alla sua stessa “struttura fisiologica”, o comunque legati alla “condizione sociale e storica”

¹³⁹ Cioè se il fatto è stato commesso mediante minacce nei modi di cui all'art. 612, comma 2, c.p.: ad es., con armi, da più persone riunite, ecc. La procedibilità d'ufficio – sostenuta da qualcuno in considerazione delle difficoltà della vittima nel denunciare le violenze subite a fronte di possibili condizionamenti e pressioni psicologiche da parte dell'autore della violenza – è invece prevista dalla legge in esame solo nei casi di cui all'ultimo comma dell'art. 612-bis c.p..

¹⁴⁰ La questione della procedibilità si era posta già per il reato di violenza sessuale. Sul tema, cfr. A. MANNA, *La donna nel diritto penale*, cit., p. 509 ss.

¹⁴¹ E' da segnalare che l'art. 55 della Convenzione di Istanbul in relazione alle violazioni più gravi (i reati stabiliti ai sensi degli articoli 35, 36, 37, 38 e 39 della Convenzione) stabilisce la procedibilità d'ufficio e la continuazione del procedimento anche qualora le denunciati ritirino l'accusa precedentemente presentata.

di subalternità rispetto all'uomo¹⁴², e la pretesa di adeguare a tale condizione la disciplina penale di specifici delitti ad autore prevalentemente maschile di cui le donne sono le vittime privilegiate (ancorchè non esclusive), producono – in un settore della riflessione femminista che tende a sfuggire al paradigma di donna debole bisognosa di protezione e che parte da visioni e ragioni diverse di regolazione del fenomeno – effetti sicuramente controproducenti per una politica di liberazione femminile, soprattutto sul piano simbolico-ideologico; rafforzano la tesi, aprioristica e sessista, dell'artificiosa “riduzione” della donna ai suoi ruoli tradizionali funzionali al mantenimento dell'idea dell'irriducibile eterogeneità della condizione giuridica e sociale femminile rispetto a quella maschile, tale da diminuire nell'inconscio collettivo il senso di legittimazione della donna a ricoprire altri ruoli di rilevanza sociale. E rischia di perpetuare, col ribadire la separazione dell'ambito maschile da quello femminile, una cultura discriminatoria e della subalternità della donna che giustifica la sua aggressione¹⁴³.

Nell'ottica della riflessione femminile, che rivendica al soggetto donna la qualità di soggetto altrettanto forte, a livello simbolico oltre che sociale e politico, del soggetto uomo, l'opzione di conseguire la legittimazione del proprio *status* pubblico e sociale mediante il ricorso a norme ispirate al modello della differenza in ragione della condizione femminile intrinsecamente bisognosa di una tutela rafforzata, e allo strumento penale come forma di approccio privilegiato nel contrasto alla violenza di genere, finisce per indebolire il potere delle donne come gruppo, l'immagine del proprio esistere come soggetto politico, lasciando poco spazio a considerazioni relative al peso dei fattori socioeconomici e culturali nel determinare il fenomeno.

Tutta l'attenzione, in questa linea teorica, è volta all'azione di mobilitazione delle coscienze per trasformare modi di pensare e istituzioni costruite sull'assunto dell'inferiorità femminile e per modificare la realtà sociale ancora organizzata su una bipartizione di generi che avvantaggia gli uomini e mantiene le donne discriminate o escluse. E per invertire la rotta – nella sfera del diritto e delle politiche legislative – su piani d'intervento diversi da quello repressivo che raggiungano la radice antropologica del fenomeno, rimuovendo gli ostacoli di ordine economico, sociale e culturale che in concreto producono le tante discriminazioni – le “disuguaglianze anti-giuridiche”¹⁴⁴– delle donne nella vita sociale, che impediscono alle donne l'esercizio e un effettivo godimento dei loro diritti e che il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione prescrive di rimuovere. In realtà, i casi di discriminazione, nel senso di previsione normativa di differente trattamento tra uomini e donne, sono sempre più rari (anche se a riguardo la fase rivendicativa del femminismo è tutt'altro che finita), e talvolta introdotti per assicurare un'uguaglianza di fatto. Tuttavia non ci può essere uguaglianza formale se l'uguaglianza sostanziale viene impedita o limitata da ostacoli di ordine economico e sociale. Perciò la parità di diritti delle donne si risolve in una ipocrita finzione se poi mancano i mezzi per esercitarli e assicurarli. Dunque piani d'intervento che, riconoscendo la stridente discrasia tra i diritti garantiti alle donne in linea astratta e la loro reale possibilità di esercitarli, sembrano più adatti a dare ingresso alle istanze di protezione delle donne contro forme persistenti e sistematiche di violenza maschile. Essi, infatti, sono in grado di prevenire i fattori di rischio (di tipo sociale, economico, culturale e ambientale) agendo a livello strutturale, cioè sulle cause profonde che costituiscono un terreno fertile per il diffondersi e il persistere della violenza nei confronti delle donne.

E' in questa prospettiva, legando appunto il tema della violenza di genere a quello dei diversi fattori di rischio che ne favoriscono l'insorgere, che vanno lette le raccomandazioni del 2011 del Comitato CEDAW al nostro paese che, nel rilevare le numerose e gravi mancanze imputabili allo Stato italiano nell'adempiere alle obbligazioni internazionali in materia di di-

¹⁴² Sul punto, cfr. E. LARRAURI, “Control formal: y el derecho penal de las mujeres”, in EAD (comp), *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, S.A., Madrid, 1994, p. 100 ss

¹⁴³ Non a caso nel Rapporto sulla missione in Italia della relatrice speciale dell'ONU del 2012 (cit.) si rileva che in Italia gli stereotipi di genere sono profondamente radicati e predeterminano i ruoli di uomini e donne nella società. Analizzando i dati concernenti la presenza nei media, il 46 per cento delle donne appare associato a temi quali il sesso, la moda e la bellezza e solo il 2 per cento a questioni di impegno sociale e professionale.

¹⁴⁴ L'art. 3 Cost. prevede al suo primo comma il principio di uguaglianza “statico” o di uguaglianza formale, mentre prevede al secondo comma un principio di uguaglianza “dinamico” e sostanziale. “Le discriminazioni sono appunto le disuguaglianze anti-giuridiche perché consistenti, in violazione del principio di uguaglianza stabilito dall'art. 3 comma 1° della nostra Costituzione, nel disuguale trattamento delle differenze da esso tutelate e valorizzate. Sono dunque le discriminazioni che devono essere analizzate e riconosciute quali prodotti illegittimi di quegli “ostacoli” di ordine sociale e culturale che, come dice il 2° comma, “limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini””. Cfr. L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, cit., p. 61 ss.

scriminazione e violenza nei confronti delle donne, in particolare quelle sancite dalla ratifica della CEDAW¹⁴⁵, e nel sottolineare la preoccupazione per «l'elevato numero di donne uccise dai propri partner o ex-partner, che possono indicare il fallimento delle Autorità dello Stato nel proteggere adeguatamente le donne» al punto che, stando alle evidenze raccolte, potrebbe sussistere una responsabilità dello Stato per i femmicidi in aumento¹⁴⁶, indica evidentemente la necessità e possibilità di prevenire questi delitti grazie ad un'azione efficace sulle cause strutturali e profonde che determinano le discriminazioni e la violenza nei confronti delle donne.

La politica, pur prestando attenzione all'indubbia necessità di prevedere strumenti più efficaci tendenti alla protezione e tutela delle vittime e al perseguimento degli aggressori, sembra finalmente decisa a mettere mano al fenomeno riconoscendo che la risposta deve essere, anzitutto, politica, sia nel senso che deve riguardare la ricostruzione di un patto sociale tra donne e istituzioni dello Stato, sia nel senso che deve coinvolgere attivamente i decisori politici. In questo senso si esprime la Relazione al d.d.l. n. 860 comunicato alla Presidenza del Senato il 20 giugno 2013, che ha proposto la istituzione di una Commissione parlamentare che «risponda al dovere istituzionale, oltretutto internazionale, di domandarsi se è stato fatto tutto quello che si poteva fare o se occorre un cambiamento più strutturale nelle azioni di contrasto alla violenza sulle donne» (art. 1). In particolare, preso atto tanto delle raccomandazioni del Comitato CEDAW del 2011 quanto del Rapporto sulla missione in Italia della relatrice speciale dell'ONU del 2012, da cui emergono «profili di responsabilità istituzionale per l'incapacità di aver realizzato misure adeguate a modificare in concreto la cultura alla base di queste violenze e per non aver protetto da ulteriori rivittimizazioni le donne che hanno chiesto aiuto alle istituzioni nei casi di violenza in famiglia», e considerato che la stessa ratifica della Convenzione di Istanbul «costituisce un passo fondamentale, ma un primo passo» affinché uno Stato sia esente da responsabilità internazionale, la Commissione si propone «di elaborare un progetto specifico» rivolto «a garantire in concreto alle donne, in quanto donne, il godimento dei loro diritti fondamentali, primo tra tutti il diritto alla vita, ed a una vita libera da qualsiasi forma di violenza». Tra l'altro, e a tale scopo, la Commissione «controlla ed indirizza la concreta attuazione delle Convenzioni e degli accordi sovranazionali e internazionali e della legislazione nazionale relativi ai fenomeni di femmicidio e di femminicidio» (art. 2, n. 1), ed «effettua, anche in collegamento con analoghe iniziative in ambito sovranazionale e internazionale, ricerche, studi e osservazioni concernenti i fenomeni di femmicidio e femminicidio» (art. 2, n. 1, lett. d).

Del resto la stessa legge n. 119 del 2013, come si vedrà più avanti, si muove (sia pure timidamente) in un quadro normativo che vuole eliminare il fenomeno affrontando le cause strutturali della violenza.

Si aggiunga che questa lettura della violenza maschile sulle donne postula, a monte, una criminalizzazione del genere maschile (tutti gli uomini si caratterizzano per l'esercizio di un potere di dominio assoluto sulle donne, per un senso di possesso della donna) e, a valle, una vittimizzazione del genere femminile (la configurazione delle donne come gruppo sociale storicamente soggiogato e oppresso da quello maschile), che è una delle cause più importanti della subordinazione delle donne agli uomini¹⁴⁷. Laddove le Convenzioni internazionali in materia di diritti umani delle donne, per esempio la citata Convenzione di Istanbul, raccomandano agli Stati e alle loro Istituzioni di tutelare i diritti delle donne non in quanto vittime, in ossequio allo stereotipo socio-culturale ancorato all'idea della donna caratterizzata dall'appartenenza ad un sesso globalmente ed univocamente definito dalla vittimizzazione¹⁴⁸, dunque in ragione dell'asserita, strutturale debolezza delle donne, ma in quanto vittime della violenza maschile.

Alla base delle raccomandazioni contenute nei documenti internazionali c'è, quindi, l'idea

¹⁴⁵ Sulla responsabilità degli Stati per le inadempienze relative alla predisposizione di adeguati meccanismi di prevenzione della violenza sulle donne e di protezione delle donne sopravvissute alla violenza, cfr. B. SPINELLI, «Un'analisi sulla violenza di genere in Italia alla luce delle Raccomandazioni del Comitato CEDAW», relazione al Convegno «Pari opportunità e uguaglianza di genere: esperienze in Italia e in Turchia», Ankara, 2010.

¹⁴⁶ Quest'ultimo rilievo e le raccomandazioni del Comitato CEDAW indirizzate all'Italia e contenute nel rapporto del 2011 scritto da Rashida Manjoo a seguito della sua missione ufficiale nel nostro Paese, sono riportate dettagliatamente nel Rapporto Ombra, elaborato dalla Piattaforma «Lavori in corsa: 30 anni CEDAW» presentato a New York al Comitato Cedaw, in concomitanza con il Governo italiano che era chiamato ad effettuare la periodica relazione sull'implementazione della Convenzione nel nostro paese.

¹⁴⁷ M. ACALE SANCHEZ, *La discriminazione per motivi di "genere" verso le donne nel codice penale spagnolo*, in *Critica del diritto*, 2007- Fascicolo 1, p. 17 ss.

¹⁴⁸ Cfr. T. PITCH, *I diritti fondamentali*, cit., p. 153.

che non è la condizione biologica ma la cultura a determinare nel corso dei secoli l'inferiorità della donna nella società e che, pertanto, a giustificare la protezione delle donne e dei loro diritti attraverso l'intervento della sanzione penale, non è una posizione di fisiologica inferiorità delle donne ma, al contrario, la loro posizione di conflitto con gli uomini, sul piano politico, culturale ed economico-sociale, a causa delle persistenti e molteplici forme di discriminazione sessista e degli atti di violenza maschile che ne derivano.

Per chiudere il discorso, e anche in qualche modo arricchirlo, vorrei chiamare in causa la prospettiva dell'autore del reato. Nella prospettiva dell'autore del reato, il di più che sosterebbe l'aggravamento di pena, cioè il fatto che la violenza maschile è espressione della discriminazione, della situazione di disuguaglianza e delle relazioni di potere degli uomini sulle donne, comporta che l'autore della violenza dovrà rispondere non solo per il singolo atto (lesioni, maltrattamenti, ecc.), ma per la sua appartenenza a un *continuum* di violenza di carattere fisico-psicologico o economico perpetrata dagli uomini sulle donne per motivi associati al genere femminile; cioè che sarà punito per la piaga sociale del maschilismo – perché storicamente gli uomini hanno sottoposto a discriminazione le donne¹⁴⁹. Dunque non solo per il concreto atto di violenza che subisce la singola donna, ma per tutte le colpe del genere maschile che per anni hanno usato la violenza per ottenere la sottomissione delle donne; se non, addirittura, per le responsabilità istituzionali per il perdurare, ancora oggi, di una situazione di diffusa subordinazione delle donne a causa della mancata rimozione dei fattori culturali, sociali ed economici che le rendono soggetti discriminabili e vittime di violenza, insomma per il disinteresse storico delle Istituzioni per la protezione della vita e dell'integrità delle donne.

E' una giustificazione dell'aggravamento sanzionatorio che, da un lato, si fonda sulla mera appartenenza dell'autore al genere maschile, evocando un diritto penale "d'autore", e, dall'altro, sottintende una ipotesi di responsabilità puramente oggettiva, basando l'aumento di pena per il singolo soggetto sulla sottomissione storica della donna all'uomo; dunque una giustificazione che non reggerebbe alla critica sotto il profilo del principio di colpevolezza costruito con riferimento ai fatti concretamente realizzati dall'autore.

15. Violenza di genere e diritto penale.

Quanto al nostro codice penale, non troviamo un solo caso interamente e propriamente riguardante la violenza di genere, nel senso più pieno; tuttavia le ipotesi di reato riconducibili a questa tipologia di violenza permeano vaste aree del codice penale. Sicché, pur non esistendo fattispecie penali in cui si distingua in base al sesso, o si faccia espresso riferimento alla violenza contro le donne, ciò non significa – come vedremo – che il nostro codice penale non sia preparato a far fronte a tale fenomeno.

Nondimeno caratteristica delle norme collegate alla violenza di genere è che esse danno una risposta unitaria per tutte le vittime, senza fare distinzione in ragione del sesso: nessuna fattispecie incriminatrice (ad eccezione delle norme sull'interruzione della gravidanza e della norma sull'infanticidio) contiene, infatti, discriminazioni relative al sesso del soggetto attivo che commette la violenza o del soggetto passivo che la subisce.

Considerando – come si è detto – che alcuni Paesi dell'America latina hanno incluso nel loro codice penale una espressa visione di "genere", viene da domandarsi se sia possibile – e utile, o addirittura necessario – incorporare una prospettiva di "genere" nel diritto penale, introducendo ad esempio un titolo speciale: "Dei delitti di genere".

L'idea di differenziare la risposta punitiva in questa materia incorporando una prospettiva di genere nel codice penale, cioè distinzioni riguardanti il sesso, delineando ad esempio un sottosistema caratterizzato da discipline derogatorie volte a intensificare la protezione delle donne contro la violenza di genere, vale a dire un complesso di norme che assicurino alla donna, legata o già legata sentimentamente all'aggressore, una tutela penale speciale basata sul sesso dei soggetti coinvolti e sulla particolare relazione che li unisce o che li univa in passato, mi sembra difficilmente praticabile per le ragioni di tipo garantistico e costituzionali in larga

¹⁴⁹ Sui meccanismi che regolano il potere maschile e la subordinazione femminile nella società e sui processi psicologici e sociali che sorreggono il fenomeno, cfr. C. VOLPATO, *Psicosociologia del maschilismo*, Laterza, 2013. V. anche G. BRIGITTE, *Breve trattato sul sessismo ordinario. La discriminazione delle donne oggi*, Castelvechi, 2010.

misura già da noi esposte in precedenza con riguardo alla questione se introdurre o meno nel codice penale come figura di reato autonoma l'uccisione della donna per mano maschile commessa con una motivazione di genere e che conviene qui rapidamente riassumere.

Deve – in primo luogo – evidenziarsi che la protezione della donna contro la c.d. violenza di genere risponde ad un'esigenza di tutela diffusamente avvertita oggi ma, per colpirla con norme penali *ad hoc*, introducendo ad esempio il femminicidio come figura di reato autonomo, ovvero per introdurre un'aggravante di reati connotati in maniera neutra dal punto di vista della persona offesa e dell'aggressore, è necessario costruire dogmaticamente questa nuova categoria, che risulta tuttora empiricamente afferrabile sul piano sociologico e criminologico ma non come concetto giuridico, come categoria concettuale funzionale alle esigenze di disciplina penale di una attività umana da inquadrare in una fattispecie incriminatrice, date le non poche difficoltà connesse alla trasposizione dei concetti socio-crimino-antropologici di femminicidio e di femmicidio in ambito penale.

Sotto un secondo profilo, c'è da far notare – anzi ribadire – che una tutela penale speciale delle donne è una scelta politico-criminale che può dar luogo a problemi di ragionevolezza del trattamento punitivo perché discriminante nei confronti degli uomini. Cioè lascerebbe aperta la porta alla dichiarazione di incostituzionalità della nuova disciplina avente ad oggetto la tutela di diritti a titolarità non esclusivamente femminile (la violenza contro le donne, come si è accennato, è una *species* del più ampio *genus* della violenza di genere, suscettibile di colpire anche gli uomini) per disparità di trattamento rispetto all'uomo vittima di violenza realizzata dalla donna con lo stesso movente o in analogo contesto, giacché il principio di uguaglianza – come si è detto più sopra – vieta un trattamento diverso degli uguali senza motivi ragionevoli.

UNO SGUARDO 'OLTREMANICA': STRATEGIE DI CONTRASTO DEL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO NEL MODELLO INGLESE

Chiara Mancuso

ABSTRACT

Il rifiuto da parte del Regno Unito di una richiesta di estradizione italiana – per effetto della nota sentenza Toreggiani – stimola delle considerazioni di natura comparata. Il presente contributo propone una panoramica delle tecniche e strategie di contrasto del sovraffollamento penitenziario adottate negli ultimi anni in Inghilterra, paese con uno tra i più elevati tassi di popolazione carceraria in Europa. Lo studio del modello inglese, pur tra le presenti antinomie e specificità di quel sistema, può offrire degli interessanti spunti di riflessione al vivace dibattito italiano tuttora in corso in questa materia.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Variazioni nel calcolo della popolazione penitenziaria inglese in relazione al sistema di misura adottato. – 3. Recenti interventi in materia penitenziaria: la custodia cautelare. – 4. Sentenze custodiali come rimedio residuale del sistema e generalizzato ricorso a misure alternative o sospensive della pena. – 5. Automatica operatività della scarcerazione preventiva come principio generale dell'esecuzione della pena. – 6. Interventi di edilizia penitenziaria e privatizzazione delle carceri.

1.

Premessa.

Com'era da aspettarsi, le ricadute internazionali della sentenza Torreggiani non si sono fatte attendere. E infatti, nel marzo 2014 la *Westminster Magistrates' Court* di Londra¹ ha respinto la richiesta di estradizione inoltrata, sulla base di un Mandato di Arresto Europeo, dalle autorità italiane nei confronti del boss Domenico Rancadore. Motivo della decisione la sentenza, pronunciata qualche giorno prima, dall'Alta Corte Inglese (*High Court of Justice, Queen's Bench Division Administrative Court*) nel caso *Badre v Italy*². La vicenda ispira, allora, qualche considerazione di natura comparatistica. E, a tale proposito, un interessante spunto di riflessione sembrerebbe poter essere offerto proprio dal sistema inglese. Il Regno Unito³ – e in particolare l'Inghilterra⁴ – rappresenta infatti un singolare caso di studio nel settore in esame in quanto pur detenendo attualmente il più alto tasso di detenzione carceraria in Europa, dopo Ucraina e Turchia, al contrario del nostro paese, non è però mai stato (almeno finora) bacchettato dai giudici di Strasburgo relativamente a situazioni di *prison overcrowding*⁵. Secondo i dati elaborati nell'ambito del Progetto SPACE I (*Statistiques Pénales Annuelles du Conseil de l'Europe*)⁶ alla fine del dicembre 2012 il numero totale dei detenuti (inclusi coloro in attesa di giudizio) nelle prigioni inglesi era uguale a 83.757⁷, rispetto ad una capacità ufficiale massima (*useable operational capacity*) nazionale pari a 90.442. Nello stesso periodo, invece, vi erano in Italia 65.701 detenuti per una capienza massima di 47.040.

Anche tenuto conto degli eventuali limiti della comparazione giuridica tra sistemi diversi⁸

¹ *Westminster Magistrates' Court*, 17 marzo 2014, *The Court of Appeal, Palermo, Italy v Domenico Rancadore*. Per completezza, si indica che nel febbraio 2015 la stessa Corte aveva poi accolto la nuova richiesta italiana e concesso l'estradizione del boss, affermando che, considerate le garanzie offerte dallo Stato italiano e preso atto delle riforme intraprese a seguito della condanna europea, il trasferimento di Rancadore in Italia non costituiva violazione dell'art.3 della CEDU. Tuttavia, nel marzo 2015, la Corte di Appello di Palermo, su richiesta dei legali della difesa, ha dichiarato estinta per prescrizione la pena originariamente inflitta dall'Italia al boss Rancadore (artt.172 e 173 c.p.). La vicenda è, pertanto tuttora aperta, in attesa della decisione dell'autorità italiane di ritirare a questo punto il Mandato di Arresto o, al contrario, di proporre ricorso per Cassazione.

² *Badre v Court of Florence, Italy* [2014] EWHC 614 (*Admin*), 11 marzo 2014.

³ Dal punto di vista politico, in seguito agli interventi riformatori del 1998 (*Government of Wales Act 1998; Scotland Act 1998; e Northern Ireland Act 1998*), il Regno Unito costituisce un sistema semi-federale, composto da tre diversi ordinamenti giuridici: Inghilterra e Galles, Scozia ed Irlanda del Nord. Pertanto, anche con riguardo alla politica criminale il rapporto tra le varie parti del Regno è oggi improntato a principi di coordinazione piuttosto che di subordinazione. Sulle origini storiche e sulla pratica attuazione del processo di *devolution* cfr. BARNETT, *Constitutional and administrative law*, Oxon, 2011, 319; BURROWS, *Devolution*, Londra, 2000, 1-ss.; PRAKKE, *The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, in PRAKKE-KORTMANN (eds.), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Deventer, 2004, 63.

⁴ Come sopra menzionato, l'Inghilterra e il Galles costituiscono, dal punto di vista penale, un unico ordinamento giuridico. Per comodità nel corso della esposizione ci si riferirà alla sola Inghilterra.

⁵ Le uniche condanne europee ricevute dal governo di Londra in materia penitenziaria si riferiscono, rispettivamente, alla violazione dell'art. 8 CEDU in relazione al diritto alla (segretezza della) corrispondenza medica dei detenuti (*Szuluk v. the United Kingdom*, del 2 Giugno 2009); alla violazione dell'art. 3 CEDU con riferimento sia al trattamento di detenuti disabili (*Price v. the United Kingdom*, del 10 luglio 2001 e *M.S. v. the United Kingdom*, del 3 maggio 2012) che al trattamento dei detenuti con dipendenza da droghe (*McGlinchey and Others v. the United Kingdom*, del 29 aprile 2003). Da segnalare, tuttavia, con riferimento all'art.5 e agli scopi riabilitativi della pena, la condanna inflitta al Regno Unito con riferimento alle *indeterminate sentences*, ossia quelle sentenze di condanna, comprensive dell'ergastolo, ove non è specificato il termine detentivo massimo da scontare (di cui si dirà successivamente). Da ricordare infine, l'importante sentenza *Hirst v. United Kingdom* (n. 2 del 6 ottobre 2005) ove la Corte europea ebbe modo di affermare come la privazione generalizzata del diritto di voto per coloro che sono sottoposti a pena detentiva, a prescindere dalla natura del reato o dalla durata della pena, costituisce una violazione generale, automatica ed indiscriminata non compatibile con il diritto di voto di cui all'art.3 del Primo Protocollo della CEDU. La mancata attivazione della Gran Bretagna a seguito della condanna ricevuta, determinò la pronuncia, il 23 novembre 2010, di una sentenza pilota (analoga, pertanto, alla Torreggiani) nei ricorsi *Greens e M.T. v. United Kingdom*, ove veniva concesso al governo britannico un termine di sei mesi per attuare le necessarie riforme interne per garantire il rispetto delle norme convenzionali. Al momento attuale il *Voting Eligibility (Prisoners) Bill 2012* non ha ancora ricevuto approvazione finale.

⁶ Lo studio conclusivo del Progetto SPACE I condotto su base annuale, per conto del Consiglio d'Europa, dall'Istituto di Diritto Penale e Criminologia dell'Università di Losanna, fornisce un quadro d'insieme della popolazione carceraria in Europa. Le statistiche cui ci si riferisce nel testo sono disponibili su <http://www3.unil.ch/wpmu/space/space-i/test/>.

⁷ Nello stesso periodo la popolazione carceraria dell'Irlanda del Nord era pari a 1.691 unità per una capienza operativa massima di 1.885 posti, mentre vi erano in Scozia 7.639 detenuti su un totale di 7.820 posti disponibili.

⁸ La compilazione, nell'ambito del Consiglio d'Europa, di statistiche penali europee sulla popolazione carceraria, anche attraverso la distribuzione di specifici questionari inviati ai singoli governi nazionali, ha rivelato profonde difficoltà circa l'attendibilità degli studi comparatistici condotti e dei relativi risultati. Ciò in quanto, in molti casi, l'analisi delle risposte ricevute ha evidenziato l'uso di categorie diverse da Stato a Stato quali, per esempio, le condizioni dei detenuti con problemi psichiatrici o tossico-dipendenti. Occorre considerare, inoltre, come la capacità dei sistemi penitenziari europei sia misurata in modo diverso da paese a paese. Ad esempio, mentre in Italia, per legge, ogni detenuto avrebbe diritto ad un alloggio di 9 mq, la misura equivalente in Lettonia è pari a 2,5 mq. Inoltre, e di conseguenza, non esiste una definizione unica, a livello internazionale, di 'sovraffollamento' carcerario. In argomento cfr. il documento *Guidance Note 4: Dealing with Prison Overcrowding*, analisi condotta dall'*International Centre for Prison Studies*, Kings College Londra (2004) ed il *Fact Sheet 4: The Statistics of Prison Overcrowding in the EU*, pubblicato dalla *European Federation of Public Service Unions*, Londra, 2008.

in relazione alla correttezza e attendibilità dei risultati ottenuti, non è verosimile ritenere che la più efficace gestione della vasta popolazione carceraria inglese sia esclusivamente imputabile ad una maggiore disponibilità del numero di celle. Certo, è innegabile che con una capacità quasi doppia rispetto a quella delle carceri italiane il sistema inglese possieda delle risorse neanche lontanamente paragonabili alle nostre. Tuttavia, ad un esame più ravvicinato, appare evidente come il contenimento di fenomeni di sovraffollamento sia solo in parte ascrivibile ai sia pur significativi interventi di edilizia penitenziaria attuati negli scorsi anni. A conferma di ciò basti osservare come, nel corso dell'ultimo ventennio, nonostante la costruzione di nuove e più moderne strutture detentive, il numero di detenuti inglesi sia progressivamente e costantemente aumentato (fino quasi a raddoppiare)⁹. Ed infatti, neanche la creazione, tra il 1997 e il 2010, di 26.000 nuovi posti detentivi per una spesa pubblica di circa 4 miliardi di sterline all'anno, è riuscita a prevenire quello che è stato efficacemente definito il moderno "cancro del sistema penitenziario"¹⁰. L'inarrestabile crescita della popolazione carceraria inglese è da ascrivere a molteplici e concorrenti fattori tra i quali, soprattutto, il maggiore e frequente ricorso a sentenze custodiali immediatamente applicabili¹¹; la irrogazione di pene più severe e quindi quantitativamente più lunghe; la crescente imposizione di *indeterminate sentences* in cui (come si vedrà successivamente) non è specificato il termine di durata massima della pena da scontare; l'eccessivo uso della custodia cautelare; l'aumento dei casi di *recall to prison*, a seguito della violazione delle eccessive condizioni imposte durante il periodo di prova, e la conseguente maggiore permanenza in carcere da parte dei detenuti richiamati¹².

A differenza dell'Italia, però, in Inghilterra la volontà politica di contrastare la inarrestabile espansione del numero di detenuti è testimoniata dall'attuazione, pur tra non poche critiche e frequenti 'ripensamenti', di significative riforme trasversali di giustizia penale e politica criminale che hanno inciso profondamente sia sui presupposti d'ingresso che sulle condizioni di uscita del reo dal circuito penitenziario.

2.

Variazioni nel calcolo della popolazione penitenziaria inglese in relazione al sistema di misura adottato.

Prima di procedere al vaglio di detti interventi riformatori occorre precisare che seppure i numeri della popolazione carceraria inglese non appaiono, almeno in base alle stime europee, attualmente così allarmanti come quelli italiani, i dati ufficiali interni rivelano la presenza di numerosi casi *borderline* (con molte strutture detentive utilizzate quasi al massimo od oltre il limite della loro capacità) e la esistenza, in generale, di un allarme rosso in materia penitenziaria. L'assenza all'interno del modello in esame di patologie sistemiche nel settore carcerario (del tipo di quelle riscontrate nel caso Torreggiani) non deve, infatti, trarre in inganno. Il sovraffollamento delle strutture detentive e la necessità di fronteggiare problematiche sempre più complesse e di assicurare l'adeguamento delle carceri agli *standards* europei hanno costituito e costituiscono tuttora una spina nel fianco per la giustizia penale inglese. Secondo i dati pubblicati dalla *Prison Reform Trust*¹³, alla fine dello scorso anno (con riferimento alla sola Inghilterra), due terzi delle prigioni risultavano contenere circa 7.000 detenuti in più rispetto

⁹ Un bollettino relativo al numero dei soggetti detenuti è pubblicato online, ogni settimana, a cura del Ministero della Giustizia sul sito <https://www.gov.uk/government/statistics/prison-population-figures-2014>.

¹⁰ Così Lord Woolf, già *Lord Chief Justice*, definì il fenomeno del sovraffollamento carcerario nel Rapporto conclusivo dell'inchiesta relativa alla rivolta scoppiata nella prigione Strangeways (ribattezzata *Manchester Prison*) tra il 1 ed il 25 aprile 1990 (*UK Parliament, 7 Feb 2001: Column 294WH*). I gravi disordini, in conseguenza dei quali il penitenziario fu irreversibilmente danneggiato, furono essenzialmente una conseguenza delle precarie condizioni dei detenuti e del sovraffollamento della struttura, in teoria idonea ad ospitare 970 persone, ma effettivamente contenente 1.647 soggetti.

¹¹ Come sarà successivamente illustrato gli effetti delle sentenze inglesi di condanna ad una pena detentiva possono essere immediati (*immediate sentences*) o venire temporaneamente sospesi (*suspended sentences*).

¹² A riguardo appare interessante l'analisi contenuta nell'*Home Affairs Committee Report 'Rehabilitation of Prisoners: First report of Session 2004-2005'*, Vol. 1., Londra, 2005, ove è chiaramente affermato che il progressivo incremento del numero dei detenuti durante l'ultimo decennio non è imputabile ad un aumento delle azioni delittuose commesse, ma è per lo più dovuto al crescente ricorso alla pena detentiva ed alla maggiore durata media delle condanne inflitte, in linea con la linea dura adottata dall'Esecutivo inglese a partire dalla fine degli anni novanta. Si possono qui richiamare, ad esempio, il *Crime (Sentences) Act 1997*, il *Criminal Justice Act 1988*, il *Crime and Disorder Act 1998* e, per certi aspetti, il *Criminal Justice (CJA) Act 2003*.

¹³ Tali dati sono disponibili anche online su <http://www.prisonreformtrust.org.uk/ProjectsResearch>.

alla capienza ufficiale. Al momento in cui si scrive (maggio 2014) il numero di detenuti nelle carceri inglesi è pari a 85.158 unità (di cui 81.266 uomini e 3.892 donne)¹⁴, in rapporto ad una capacità operativa massima (*useable operational capacity*) di 86,333 posti letto, territorialmente distribuiti all'interno di 123 penitenziari.

Tuttavia, come si vedrà, le cifre sopra riportate variano considerevolmente in relazione alla scelta dei parametri impiegati per calcolare il numero totale di soggetti detenuti. Il quadro legislativo nazionale di riferimento circa la identificazione dei criteri di determinazione relativi al tetto massimo di carcerati ospitabili all'interno di ogni struttura ed al tipo e dimensione di cella prescritti per prevenire situazioni di *overcrowding* è costituito, rispettivamente, dal *Prison Act 1952* (e successive modificazioni) per i detenuti di età superiore a 18 anni e dalle *Prison Rules* e dalle *Young Offender Institution Rules* per i detenuti minori di 18 (o in alcuni casi di 21) anni. I principali parametri delineati dalle citate fonti legislative sono: la *certified normal accommodation* (CNA)¹⁵, la *operational capacity* e la *useable operational capacity*. Il primo rappresenta un valore ideale inteso a garantire condizioni di detenzione volte alla salvaguardia della dignità e della sicurezza dei detenuti e si estrinseca a livello pratico nella puntuale previsione di livelli minimi di certificazione delle celle (*measurable standards for the certification of cells*). La *operational capacity*, risultante in una cifra superiore rispetto alla CNA, è riferita invece al numero massimo di *inmates* ospitabili contemporaneamente in uno stesso complesso carcerario, in modo da garantirne il buon funzionamento e da assicurare il rispetto di esigenze di ordine e sicurezza. Analogamente, la *useable operational capacity*, calcolata per mezzo di un aggiustamento strutturale in base a cui viene sottratto al numero totale dei posti letto disponibili in una data struttura un 'margine operativo' pari a 2.000 unità, riflette l'obbligo delle autorità penitenziarie di adeguare il modello gestionale teorico previsto dall'ordinamento alla organizzazione interna del singolo istituto, avendo riguardo alle condizioni soggettive ed oggettive delle diverse classi di detenuti (i.e. sesso, età, *status* giudiziario, condizioni di salute, livello di pericolosità, etc.). Da ultimo, la *cell or cubicle maximum capacity* si riferisce al numero massimo di persone che possono essere sistemate all'interno della stessa cella o ambiente equivalente.

Un'attenta lettura delle *Prison Population Figures* pubblicate dal *Ministry of Justice* rivela una evidente antinomia a seconda che vengano presi come valori di riferimento, rispettivamente, la *certified national accommodation* o la *useable operational capacity*. La prima unità di misura – efficacemente definita anche come '*uncrowded capacity*' o 'capienza tollerabile' – è un valore nettamente inferiore rispetto alla *useable operational capacity*, o 'capienza regolare', normalmente utilizzata come ufficiale strumento di calcolo statistico per la stima del popolo carcerario. Considerando, per esempio, i dati nazionali relativi al 28/12/2012 (riferiti, cioè, allo stesso periodo esaminato nelle citate compilazioni statistiche del Consiglio d'Europa) si osserva come il numero totale dei detenuti, allora pari a 83.205 unità¹⁶, risulti ben inferiore ai 91.574 posti disponibili nelle celle inglesi calcolati utilizzando come valore di riferimento la *useable operational capacity*, ma in eccesso rispetto ai 'soli' 78.716 posti identificati avendo riguardo invece alla *certified national accommodation*¹⁷. In ogni caso, è stato da più parti denunciato come una struttura carceraria dovrebbe considerarsi 'sovraffollata' (*overcrowded*) quando il numero dei detenuti superi il relativo livello di CNA (riferito, come ricordato, al rispetto degli adeguati standard di vivibilità che dovrebbero essere assicurati all'interno di ogni struttura di detenzione), e non quanto essa ecceda la sua capienza operativa massima, e come pure la stessa *useable operational capacity* sia un valore incapace di garantire l'equo e umano trattamento di coloro che sono privati della libertà. L'effettivo sovraffollamento di molte carceri, con riferimento al superamento della CNA è stato, inoltre, spesso oggetto di doglianze da

¹⁴ Si ricorda, solo per inciso, che diversamente dall'Italia, la responsabilità penale nel sistema inglese si acquista al compimento del decimo anno di età.

¹⁵ Cfr. il *Prison Service Order 1900* (come successivamente modificato), secondo cui una struttura penitenziaria (*Certified Prisoner Accommodation*) può considerarsi legittima se soddisfa i requisiti previsti dal *Prison Act 1952*, dalle *Prison Rules* e dalle *Young Offender Institution Rules* sopra citati.

¹⁶ La leggera variazione dei dati in esame è dovuta alla esistenza di differenze nel periodo di tempo durante il quale gli stessi dati sono stati calcolati.

¹⁷ Cfr. le *Prison Population Figures, Monthly Bulletin, December 2013* pubblicate su <https://www.gov.uk/government/statistics/prison-population-figures>. Se si prende come misura di riferimento la capacità penitenziaria regolamentare (CAN) anziché quella tollerabile (*useable capacity*), nel periodo considerato, più della metà delle carceri inglesi risultavano essere sovraffollate, tra le quali 14 registravano un tasso di sovraffollamento pari o superiore al 140%.

parte degli *Independent Monitoring Boards*, sorta di osservatori laici indipendenti, nominati dal Ministro di Giustizia, incaricati di monitorare le condizioni di vivibilità all'interno delle singole strutture e di offrire sostegno ai detenuti nella gestione dei problemi quotidiani relativi al soggiorno in carcere (reperimento di oggetti smarriti o rubati, visite da parte di familiari o amici, particolari esigenze di natura culturale, alimentare, religiosa, sociale, etc.)¹⁸, nonché di una pletera di stimate organizzazioni non governative da anni impegnate nella difesa dei diritti dei carcerati quali il *Prison Reform Trust*, il *Prisoners' Advice Service*, *Liberty*, l'*Howard League for Penal Reform*, solo per citarne alcune.

Per inquadrare meglio i termini del fenomeno occorre considerare come tra il 1993 e il 2008 la popolazione carceraria abbia registrato in Inghilterra una crescita annuale media del 4%, raggiungendo nel giugno 2012 più di 86.000 unità, con un aumento superiore al 100% rispetto ai 41.800 soggetti detenuti nell'anno 1993¹⁹. Una decisa inversione di tale trend si inizia a notare, seppure con qualche eccezione, a partire dalla metà del 2008, in virtù delle scelte di politica criminale concretizzatesi tra l'altro nell'adozione del *Criminal Justice and Immigration Act* (CJIA) 2008 e del *Legal Aid Sentencing and Punishment of Offenders Act* (LASPO) 2012, cui si devono profonde modifiche, rispettivamente, in relazione al tipo e durata della pena e al rilascio dei detenuti ed alla riduzione nell'uso della custodia cautelare. Ulteriori motivi di riduzione del numero di *prisoners* (specialmente tra il 2012 ed il 2013) sono riconducibili, inoltre, all'aumento delle sentenze alternative al carcere, c.d. *community sentences*.

3.

Recenti interventi in materia penitenziaria: la custodia cautelare.

La strategia di 'contenimento' della popolazione carceraria in Inghilterra sembra operare su molteplici ed interrelati livelli così identificabili:

con riferimento alla fase relativa alla determinazione della pena:

a) stringenti disposizioni circa la definizione in tempi brevi dei procedimenti penali (decisamente inferiori rispetto all'Italia); limitazioni ed alternative al ricorso alla custodia cautelare;

b) limiti nell'uso delle sentenze custodiali (concepite come *extrema ratio*); previsione di efficaci misure punitive diverse dalla pena detentiva (soprattutto nel caso di *first-time offenders* e di imputati minori di 18 anni) e meccanismi di sospensione o rinvio dell'esecuzione della pena;

con riferimento alla fase di esecuzione della pena:

a) generale automatica operatività della scarcerazione anticipata e previsione di adeguati ed efficaci sistemi di gestione e controllo dei soggetti rilasciati;

b) attuazione di mirati interventi di edilizia penitenziaria volti alla creazione di nuove carceri ed alla ottimizzazione delle strutture già esistenti.

Procedendo con ordine, proprio la necessità di ridurre i livelli di *prison overcrowding* ha ispirato la recente riforma del sistema di custodia cautelare (*pre-trial custody*) nel processo penale inglese. L'uso della *pre-trial custody* è stato così notevolmente ridotto in seguito alla emanazione del LASPO Act 2012. Ed infatti, in base al "no real prospect" test introdotto da tale legge, è inibito l'impiego della misura ogni qual volta non appaia verosimile che all'imputato condannato venga imposta al termine del processo una sentenza custodiale²⁰. Inoltre, non si può non considerare come l'ambito della detenzione cautelare non corrisponda *in toto* a quello nostra carcerazione preventiva, data l'esistenza nel sistema inglese dell'istituto del *Bail*, ovvero, della liberazione temporanea su cauzione²¹. La s.4 del *Bail Act* 1976 (così come successivamente modificato), principale cornice normativa dell'istituto, prevede una generale presunzione relativa a favore dell'imputato il quale, in principio, ed a prescindere dalla gravità del fatto

¹⁸ Gli *Independent Monitoring Boards* sono composti da membri laici, non retribuiti che prestano un servizio a favore della comunità (alla stregua dei *lay judges* operanti all'interno delle *Magistrates' Courts*). Essi hanno accesso illimitato nelle prigioni di competenza e sono autorizzati ad avere incontri confidenziali coi detenuti.

¹⁹ Così in base ai dati e alla ricostruzione storica del fenomeno in esame offerti dal documento *Story of the Prison Population: 1993-2012, England and Wales*, pubblicato nel gennaio 2013 dal Ministero della Giustizia.

²⁰ Così la s.8 del LASPO Act 2012 che ha modificato la s.240ZA del CJA 2003. Tra le numerose novità introdotte, la citata legge del 2012 ha riformato incisivamente gli ambiti del *bail* (liberazione su cauzione) e della custodia cautelare, eliminando altresì la competenza giurisdizionale circa il computo della custodia cautelare, settore ora affidato invece alla competenza delle autorità penitenziarie.

²¹ Ci si riferisce, in questo caso, esclusivamente, al *Court Bail* e non invece al *Police Bail*, concesso appunto dagli organi di polizia durante la fase investigativa.

commesso, potrà evitare l'applicazione della custodia cautelare dietro pagamento, anche da parte di terzi, di una garanzia monetaria. La concessione della libertà temporanea può essere o meno soggetta a condizioni (*conditional or unconditional bail*) – quali l'obbligo di comparizione alla data e luogo fissati per il processo, di presentazione presso gli uffici di polizia, di residenza o astensione dalla frequenza di determinati, luoghi, di consegna del passaporto, etc.²² – il mancato rispetto delle quali determinerà di regola la revoca del *bail* ed il successivo *remand in custody* del soggetto²³.

L'operatività del *bail* contribuisce, indubbiamente, alla riduzione del numero dei detenuti in attesa di giudizio costituenti oggi, come è noto, una parte considerevole della popolazione carceraria europea. A tale proposito, allora, appare interessante la recente proposta di autorevole dottrina circa la (re-)introduzione anche in Italia del regime di libertà su cauzione, mediante l'aggiunta di un nuovo articolo 283-*bis* c.p.p. E' chiaro, comunque, che qualsiasi tipo di intervento nella materia non possa essere valutato isolatamente, ma vada necessariamente inserito all'interno di una strategia di snellimento del processo penale, i cui tempi di definizione sono in Italia ancora troppo lunghi e lontani dagli standard fissati dal Consiglio d'Europa. Utile risulta, a riguardo, il riferimento al modello inglese circa l'attuazione, rispettivamente nel 2007 e nel 2012, di due programmi di iniziativa giudiziaria, rispettivamente denominati CJ-SSS (*Simple Speedy Summary Criminal Justice*) e SDJ (*Stop Delaying Justice*), volti alla rapida risoluzione delle *summary offences* di competenza delle *Magistrates' Courts*. Entrambi gli schemi sono diretti alla implementazione dei principi generali stabiliti nella Parte 1.1. e) delle *Criminal Procedural Rules*, l'equivalente inglese del nostro codice di procedura penale²⁴, in base a cui a '*all criminal proceedings must be dealt' ... 'efficiently and expeditiously'*. Nella pratica giudiziaria ciò si traduce nell'obbligo delle Corti di definire i procedimenti sommari nell'arco di due udienze o, massimo, di sei settimane, limitando la concessione di rinvii ai casi di assoluta necessità. Accusa e difesa devono, perciò, essere in grado, sin dalla prima udienza di esporre le proprie posizioni e di presentare le prove a carico ed a favore dell'imputato, così da permettere una rapida conclusione del caso. Ed in effetti, anche in virtù dell'elevato numero di imputati che si dichiarano immediatamente colpevoli (in base al meccanismo del *plea-bargaining* cui si accennerà successivamente), nonché al principio di oralità del processo inglese – ove le prove vengono presentate e discusse oralmente davanti al giudice (ed eventualmente ad una giuria) – molti dei reati minori giudicati dai *Magistrates* (ad es. le c.d. *drink driving offences*) vengono decisi (e la relativa sentenza applicata) lo stesso giorno della comparizione in udienza. Del resto, anche nelle *Crown Courts*, dove i tempi del processo sono più ampi in corrispondenza della maggiore gravità dei reati giudicati, numerosi procedimenti vengono definiti nel corso di un paio di settimane. Ed in ogni caso, secondo le statistiche generali pubblicate dal Ministero di Giustizia relative al primo quadrimestre del 2013 (escludendo i casi di *guilty pleas*), i tempi processuali medi di definizione dei reati sono pari a sole 20 settimane nelle corti inferiori (*Magistrates' Courts*) ed a 42 nelle *Crown Courts*²⁵. Vale cioè a dire che un caso di omicidio volontario o di violenza sessuale è, in media, deciso dai giudici inglesi in meno di un anno (fatti salvi, ovviamente, i procedimenti particolarmente complessi o per i quali la sentenza di primo grado venga appellata in un successivo grado di giudizio).

4.

Sentenze custodiali come rimedio residuale del sistema e generalizzato ricorso a misure alternative o sospensive della pena.

Andando a considerare il secondo dei punti sopra esposti, la centralità assunta dal problema penitenziario nell'ambito della giustizia penale inglese si coglie anche in relazione alla fondamentale materia del *sentencing*, ossia alla scelta da parte del giudice della sanzione ap-

²² La proposta è avanzata da FIORIO, *Il Bail nel Sistema Inglese*, in *Archivio Penale*, 2013, 1 e ss.

²³ Quest'ultima è regolata, principalmente, dalla s.22 del *Prosecution of Offenders Act* (POA) 1985.

²⁴ Le *Criminal Procedure Rules* introdotte nel 2005 ma soggette a revisione periodica, sono elaborate dal *Criminal Procedure Rule Committee*, e si riferiscono ai procedimenti di competenza delle *Magistrates' Courts*, delle *Crown Courts* e della Corte di Appello.

²⁵ Cfr. le *Court Statistics Quarterly January to March 2013*, a cura del Ministero di Giustizia, pubblicate su https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207804/court-stats-q1-2013.pdf

plicabile in concreto. Basti pensare che l'istituzione, nel 2010, del *Sentencing Council*²⁶, ente pubblico non governativo deputato alla individuazione di linee-guida relative alla determinazione di parametri e indici di commisurazione della pena in relazione alle singole tipologie delittuose, è scaturita dalla implementazione delle raccomandazioni elaborate dalla "Review of the Prison System in England and Wales"²⁷, commissionata dal governo Blair nel 2007. Tra le varie soluzioni proposte per fronteggiare l'annoso problema della espansione carceraria, oltre al potenziamento ed alla ottimizzazione delle strutture carcerarie, assume rilievo centrale l'innalzamento dei livelli di trasparenza, prevedibilità ed uniformità nella scelta delle sentenze e delle pene, in un'ottica di decisa razionalizzazione della giustizia penale.

Secondo una breve panoramica, il corredo sanzionatorio del diritto penale inglese comprende, oltre alla pena pecuniaria (*fine*)²⁸, qui non considerata, la pena detentiva (*custodial sentence*) e le pene alternative al carcere (*community sentences*). Le *custodial sentences* si dividono in *determinate* ed *indeterminate*. Con le prime, le quali rappresentano il tipo di sentenza detentiva più comune, il giudice impone al condannato un periodo 'determinato' di reclusione, mentre con le seconde (inclusive dell'ergastolo) il soggetto viene condannato a scontare un pena non specificata, con ricadute applicative assai diverse in tema di liberazione condizionale. Le *indeterminate sentences* furono introdotte nel 2003 nell'ambito della politica di tolleranza zero invocata dall'esecutivo di Londra nei confronti delle azioni delittuose più efferate e dei criminali più pericolosi. Ed infatti, con tali provvedimenti il giudice condanna il reo ad un periodo detentivo non calcolabile *a priori*, ma non inferiore comunque a ventiquattro mesi (c.d. *notional minimum term*), stabilendo allo stesso tempo non il termine finale della predetta pena, ma la data a partire dalla quale, dopo aver effettivamente scontato in carcere il *notional minimum term*, il reo potrà inoltrare un'istanza di rilascio anticipato²⁹. Come si vedrà, infatti, in eccezione al principio generale secondo cui la concessione della liberazione condizionale nel sistema inglese opera automaticamente, nel caso di *indeterminate sentences* essa è, invece, rimessa ad una serie di valutazioni discrezionali da parte delle autorità penitenziarie e del *Parol Board*, organo amministrativo indipendente, di cui si dirà successivamente, cui è attribuita competenza decisionale nell'ambito della scarcerazione anticipata.

L'ordinamento inglese distingue, inoltre, tra casi obbligatori (*mandatory life sentences*) e discrezionali (*discretionary life sentences*) di applicazione dell'ergastolo, rispettivamente disciplinati dalla s.224A e dagli Allegati 15B e 21 (comprendenti l'omicidio volontario (*murder*) e gli altri reati o circostanze ivi indicati, e dalla s.225 del *Criminal Justice Act* (CJA) 2003.

Le sentenze custodiali si distinguono, rispettivamente, in *immediate* o *suspended sentences* a seconda che abbiano o meno efficacia immediatamente esecutiva. Le *custodial sentences* pari od inferiori ai 12 mesi possono essere sospese (*suspended sentences*) per un periodo di durata compresa tra i 6 e i 24 mesi (*operational period*), durante il quale il reo sarà sottoposto alla supervisione di un *probation officer* (o *responsible officer* secondo la denominazione più recente) e dovrà rispettare le condizioni eventualmente stabilite dal giudice (corrispondenti per lo più a quelle

²⁶ Le funzioni del *Sentencing Council* – che ha sostituito il *Sentencing Guidelines Council* (SCG) precedentemente istituito dal *Criminal Justice Act* 2003 – sono descritte dal *Coroners and Justice Act* 2009. La creazione di tale organo, composto da 8 magistrati professionali e 6 rappresentanti del mondo accademico o di organismi coinvolti nel settore della giustizia penale, risponde alla esigenza di assicurare la trasparenza e l'uniformità del processo di determinazione delle pene applicabili, nel rispetto della indipendenza della magistratura, mediante lo sviluppo, l'aggiornamento e il pratico monitoraggio di *sentencing guidelines*. I giudici dovranno, pertanto, attenersi alle linee guida fissate, pur potendosene discostare qualora ritengano che un reato sia così grave da meritare una sanzione più elevata (ma sempre nei limiti previsti dalla legge) di quella altrimenti indicata. Qualora non siano (ancora) disponibili delle linee di indirizzo con riguardo ad una particolare tipologia delittuosa, le corti potranno trarre indicazioni utili circa i livelli della pena imponibile dall'esame di casi simili precedenti. Il 'peso giuridico' delle *sentencing lineguides* varia in relazione al tempo di commissione del reato. Per i reati compiuti dopo il 6 aprile 2010 i giudici saranno vincolati al rispetto delle indicazioni del *Sentencing Council* (a meno che l'aderenza a tali principi non sia contraria agli interessi di giustizia), mentre nel caso di illeciti compiuti prima del 6 aprile 2010 essi dovranno solo 'tenerne conto' prima di pronunciare la sentenza finale.

²⁷ Cfr. il 'Lord Carters' *Review of Prisons Securing the future, Proposals for the efficient and sustainable use of custody in England and Wales*, del Dicembre 2007.

²⁸ La pena pecuniaria rappresenta la sanzione penale più comune in Inghilterra. Con riferimento al 2013, per esempio, le pene pecuniarie hanno rappresentato il 69% del totale delle sentenze di condanne imposte (soprattutto con riguardo ai procedimenti di competenza delle *Magistrates Courts* dove una *fine* è stata applicata nell'85% dei casi). Cfr. a riguardo le *Criminal Justice Statistics, Quarterly Update to September 2013, England and Wales* pubblicate nel Febbraio 2014 e disponibili anche su https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/282982/criminal-justice-stats-sept-2013.pdf

²⁹ Il *notional minimum term* rappresenta la frazione di pena che dovrà essere scontata effettivamente in carcere, prima che una eventuale istanza di scarcerazione anticipata possa essere presentata all'esame del *Parole Board*. La previsione legislativa di riferimento è la s.225(3B) del CJA 2003, che esclude, in deroga alla regola generale, l'operatività di un *automatic early release* per coloro che sono condannati ad una pena detentiva indeterminata per ragioni di pubblica sicurezza (*public protection*).

previste per le *community sentences* tra cui, pertanto, anche il lavoro di pubblica utilità). La durata della messa in prova (*supervision period*) potrà essere inferiore o uguale rispetto a quella dell'*operational period*, qualora ciò sia giustificato anche dal generale comportamento positivo del soggetto in base alle periodiche relazioni inviate alla corte dagli organi del *Probation Service* (di cui v. *infra*). La commissione di un nuovo reato o la mancata adesione alle prescrizioni imposte durante l'*operational period* comporterà, di regola, la successiva ri-attivazione (in tutto o in parte) della sentenza precedente, in aggiunta all'eventuale sentenza comminata per il nuovo reato commesso e l'immediato rientro in carcere³⁰. Il ricorso alle *suspended sentences* è aumentato considerevolmente nel corso dell'ultimo decennio proprio in virtù della necessità di prevenire il sovraffollamento delle carceri. Si consideri, così, come a fronte delle circa 2.126 *suspended sentences* disposte nel 2002-2003, nel corso del 2012-2013 tali provvedimenti sono stati ben 31.656 (inclusi i casi di irrogazione a soggetti recidivi), in rapporto ad un totale di circa 85.000 detenuti.

Diversi dalle *suspended sentences* sono l'*absolute discharge* ed il *conditional discharge*³¹ con i quali il giudice, tenuto conto del carattere del reo oltre che delle circostanze e della natura del reato, rilascia l'imputato, nonostante la sua accertata responsabilità penale, astenendosi dal pronunciare la condanna. I casi di *absolute discharge* (ove il rilascio del colpevole è immediato ed incondizionato) sono abbastanza rari e corrispondono per lo più a reati di particolare tenuità; mentre con un *conditional discharge* il reo evita l'applicazione di una pena a condizione che si astenga dal compimento di successivi reati durante il periodo di tempo (massimo di tre anni) stabilito dal giudice. Pertanto, diversamente dalla *suspended sentence*, che è a tutti gli effetti una *prison sentence* seppur temporaneamente sospesa, il *discharge* (assoluto o condizionale) equivale ad una non condanna, anche se la relativa decisione verrà, però, annotata nel casellario giudiziale.

Nelle prerogative degli organi giudicanti inglesi rientra anche la facoltà di rinviare la determinazione della pena fino ad un massimo di sei mesi dalla conclusione del processo, qualora ciò risponda ad esigenze di giustizia sociale (le c.d. *deferred sentences*)³². Due sono le condizioni previste dalla legge a garanzia della legittimità di tale procedimento: l'acquisizione dell'espresso consenso del condannato e la sua chiara dichiarazione circa il rispetto degli obblighi eventualmente imposti dal giudice. Il compimento di una nuova azione delittuosa durante il *deferment period* attrarrà la contestuale imposizione di una pena unica maggiore riferita sia vecchio che al nuovo reato. In aggiunta, il reo potrà essere convocato dal giudice ai fini dell'imposizione della sentenza anche prima della scadenza del termine dilatorio in precedenza indicato, qualora non abbia rispettato le condizioni impostegli³³. Tali imposizioni non necessariamente coincidono con i *requirements* fissati dalla legge per le *community sentences*, lasciando al giudice, in materia di *deferred sentences*, un più ampio spazio di azione così da permettere un maggiore adattamento del castigo penale alla situazione personale del soggetto. I provvedimenti in esame permettono in sostanza al reo di evitare la pena detentiva qualora egli dimostri di volersi astenere in futuro dal compimento di ulteriori illeciti (ad esempio frequentando programmi di disintossicazione o recupero) o qualora siano mutate le sue circostanze personali (per es. abbia trovato una occupazione fissa o una dimensione familiare stabile) in una chiara ottica di recupero sociale dell'*offender*.

Nella prassi giudiziaria l'irrogazione di una pena custodiale o di una pena alternativa al carcere è di regola preceduta dalla richiesta da parte del giudice di una relazione (*pre-sentence report*) ad opera di un rappresentante del *Probation Service*³⁴, organo pubblico preposto alla supervisione dei detenuti scarcerati preventivamente o di coloro che sono condannati ad una misura alternativa o ad una sentenza sospensiva della pena detentiva. Il *pre-sentence report* è volto all'acquisizione di notizie relative sia alla personalità ed al carattere del condannato (come per esempio la esistenza di eventuali precedenti penali o l'esame del comportamento tenuto dal reo nei confronti della vittima dopo la commissione del reato) che al suo contesto sociale e familiare (condizioni economiche, livello di istruzione, etc.). Con riferimento ai reati

³⁰ Cfr. la s.8 dell'Allegato 12 del CJA 2003.

³¹ Ss.12-14 del *Powers of Criminal Courts (Sentencing) (PCC(S)) Act 2000*.

³² Ss.1 e 2 del PCC(S)A 2000 citato alla nota precedente.

³³ Così l'allegato 23 del CJA 2003.

³⁴ Il *Probation Service* è organizzato amministrativamente su base territoriale sotto la direzione di *Probation Boards* locali ed è regolato dall'*Offender Management Act 2007* (che ha profondamente modificato il *Probation Service Act 1993*).

minori, di competenza delle *Magistrates' Courts*, tali relazioni possono essere preparate solo qualche ora prima rispetto alla scelta del tipo e livello affittivo del castigo applicabile, dopo un breve colloquio tra *probation officer* (la cui presenza è sempre richiesta in aula) e imputato in un'apposita *interview room* annessa o poco distante dall'aula processuale, mentre nelle *Crown Courts*, chiamate a giudicare i reati più gravi, la determinazione della pena è in genere rinviata ad un'udienza successiva fissata a distanza di settimane rispetto alla data della pronuncia di colpevolezza.

La s.152 (2) del CJA 2003 prevede, come principio generale, l'uso residuale della pena detentiva, da irrogare solo qualora il giudice ritenga che il reato "*was so serious that neither a fine alone nor a community sentence can be justified for the offence*" (c.d. *custody threshold test*).³⁵ Secondo, inoltre, quanto disposto dalla successiva s.174 (1), le ragioni della scelta di una *custody sentence* devono essere chiaramente espone in una *open court*, al momento della pronuncia della sentenza. Tale approccio restrittivo è chiaramente ispirato ad esigenze di contenimento del sovraffollamento carcerario come confermato anche dalla giurisprudenza. Così in *Seed v Stark*³⁶ la Corte di Appello, oltre a ribadire il dovere del giudice che contempra l'irrogazione di un castigo detentivo, di procedere ad una attenta valutazione circa la possibile applicazione di valide alternative sanzionatorie, ha affermato chiaramente come "*the length of the sentence should reflect the additional penal effect of overcrowded and unsatisfactory prison accommodation*". Non stupisce, quindi, che negli ultimi anni, sia stato notevolmente ampliato il ricorso alle sanzioni alternative³⁷. Si pensi, ad esempio, che con riferimento alle *indictable offences*³⁸, nel corso del 2013, le *community sentences* hanno rappresentato ben il 24% del totale delle condanne irrogate, a fronte del 27% di sentenze detentive ed al 19% di pene pecuniarie. Diversamente però dalle misure alternative regolate dal diritto italiano, tali tipologie sanzionatorie possono essere imposte solo con riferimento a reati gravi per i quali sia prevista, almeno in astratto, una pena detentiva e non, pertanto, in relazione a reati minori (s.150 del CJA 2003). Nella pratica, il destinatario di tale misura si vedrà applicato dal giudice uno o più tra i dodici *requirements* (positivi o negativi) indicati dalla legge quali l'obbligatoria astensione da certe attività, la frequenza di un programma di riabilitazione terapeutica o lo svolgimento di lavoro non retribuito a vantaggio della comunità. Le *community sentences* risultano per certi aspetti simili alle *suspended sentences*. In entrambi i provvedimenti, il reo viene sottoposto a particolari condizioni prescrittive, la violazione delle quali potrà giustificare l'ingresso in carcere. Tuttavia, mentre la *suspended sentence* costituisce, a tutti gli effetti, una *prison sentence* (con la conseguenza che il mancato rispetto anche di uno degli obblighi imposti determinerà, *almost certainly*, la riattivazione della pronuncia custodiale³⁹) e potrà essere applicata esclusivamente nei casi previsti dalla legge, la *community sentence* è irrogata nel caso di reati puniti con la reclusione, qualora essa appaia un rimedio proporzionato ed adeguato al tipo ed alla gravità dell'azione delittuosa commessa.

E' da menzionare, infine, che nel caso di detenuti condannati a scontare una pena detentiva compresa fra tre mesi e quattro anni (ad eccezione di alcuni reati gravi⁴⁰) potrà essere disposta, inoltre, la detenzione domiciliare (*Home Detention Curfew* o HDC). Nel diritto inglese, tuttavia, tale beneficio, non rappresenta una misura alternativa alla reclusione in carcere (o una

³⁵ La s.152 del CJA 2003 prevede letteralmente che "*The court must not pass a custodial sentence unless it is of the opinion that the offence, or the combination of the offence and one or more offences associated with it, was so serious that neither a fine alone nor a community sentence can be justified for the offence*".

³⁶ [2007] *Crim LR* 501. Lo stesso principio era stato affermato negli anni ottanta in *R v Bibi* (1980) 2 Cr.App.R.(S) 177.

³⁷ Disciplinate dalle ss.147 e 148 del CJA 2003.

³⁸ La linea di demarcazione tra le *indictable* e le *summary offences* risiede non tanto in una presunta ontologica differenza tra i due tipi di reato, quanto nel diverso tipo di procedimento giudiziale ad esse corrispondenti, più complesso per le prime, più rapido e semplificato per le seconde. Così, mentre le *summary offences* corrispondono ai reati giudicabili solo dalle *Magistrates' Courts* (competenti per il 97% degli illeciti totali commessi) composte di regola da tre giudici laici, i reati *triable on indictment* vengono giudicati dinanzi alla presenza di una giuria. La distinzione è, pertanto, soprattutto processuale. Tra le maggiori differenze tra i due tipi di procedimenti si ascrive il diverso potere dell'organo giudicante circa la determinazione della tipologia sanzionatoria applicabile. E, infatti, secondo quanto disposto dal *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act* 2000 (ss.78 e 131) e del *Magistrates' Court Act* 1980 (ss.32, 33 e 133), i *Magistrates* possono applicare una pena detentiva massima di sei mesi (o di dodici mesi nel caso di commissione di più reati) o una pena pecuniaria massima di £5.000 (salvo, in entrambi i casi, sia previsto diversamente dalla legge statutaria). Di contro, i giudici delle *Crown Courts*, nell'irrogazione della sanzione, si imbattono solo nel limite massimo della pena stabilita per i diversi reati.

³⁹ HANNIBAL-MOUNTFORD, *Criminal Litigation Handbook*, 2012-2013, Oxford, 2012, 368 e ss.

⁴⁰ L'elenco dei reati esclusi dal beneficio in esame è indicato, oltre che nelle previsioni del *LASPO Act* 2012, anche nel *Prison Service Order* 6700.

modalità della pena detentiva), ma costituisce, piuttosto, un'anticipazione della scarcerazione preventiva in quanto permette al reo di lasciare il carcere fino a 135 giorni prima della data di *automatic release* altrimenti per lui prevista. In particolare, lo schema, diretto ai *'low risk' prisoners*, è regolato dalla s.34A del *Criminal Justice Act 1991* (così come modificato dal *Crime and Disorder Act 1998*) e prevede che i detenuti in possesso dei requisiti indicati dalla legge possano essere rilasciati dopo aver scontato un periodo minimo di detenzione la cui durata dipenderà dalla lunghezza della originaria sentenza imposta. Tutti i detenuti ammessi a godere del regime di HDC sono, inoltre, controllati tramite dispositivi elettronici di sorveglianza (*electronic tag*) nonché sottoposti a regime di libertà vigilata, il cui termine di scadenza varia a seconda che l'originaria sentenza custodiale sia inferiore o meno ai 12 mesi. La decisione circa la concessione degli arresti domiciliari ha natura discrezionale e viene in concreto assunta dai direttori o soprintendenti delle strutture penitenziarie⁴¹, dopo aver acquisito il parere del *Probation Service*, sulla base della pericolosità sociale e del pericolo di recidiva del candidato, tenendo conto delle sue eventuali pregresse condanne e della disponibilità di un alloggio adeguato. La misura, il cui scopo è quello di facilitare il reinserimento sociale del reo, sarà di regola concessa a tutti i detenuti in possesso dei requisiti di eleggibilità, a meno che non sussistano chiari motivi che indichino il probabile mancato rispetto delle condizioni imposte. L'eventuale diniego della misura dovrà essere motivato e potrà essere oggetto di riconsiderazione amministrativa da parte del Direttore del penitenziario. Il rilascio del detenuto è condizionato alla firma di un documento scritto, una sorta di 'patto' tra il reo e lo Stato, contenente la dettagliata descrizione delle prescrizioni imposte durante il *curfew*, la violazione delle quali potrà determinare la revoca del beneficio (da parte del *Parole Unit*) ed il re-ingresso del soggetto in carcere. Il reo ha diritto di 'appellare' la decisione di revoca mediante una procedura amministrativa di reclamo. In ogni caso, il detenuto, cui viene revocata la detenzione domiciliare sarà automaticamente ri-scarcerato dopo aver scontato la metà della pena originariamente inflittagli (o ad una data successiva, qualora durante il periodo di libertà vigilata e di HDC abbia commesso un altro reato).

5.

Automatica operatività della scarcerazione preventiva come principio generale dell'esecuzione della pena.

Radicalmente diverso dal nostro si presenta il complesso dei meccanismi di scarcerazione preventiva operanti nel sistema inglese. In particolare, il rilascio anticipato costituisce in Inghilterra non un mero beneficio invocabile dai detenuti più virtuosi, ma la 'seconda fase' dell'esecuzione di ogni pena. La maggiore differenza col diritto italiano si ravvisa, così, nell'operatività di un "ordinario" sistema di *automatic release* in base a cui, secondo quanto disciplinato dal capitolo 6 del CJA 2003, in generale i detenuti condannati ad una *determinate* o *fixed sentences* vengono automaticamente rilasciati (e sottoposti o meno a un periodo di 'messa in prova' a seconda che la pena carceraria sia inferiore o no a 12 mesi) dopo aver scontato in carcere un periodo pari alla metà della pena imposta (*halfway of the sentence*)⁴². Siffatto automatismo legislativo non vige, come si è visto, nei casi di irrogazione di *indeterminate sentences* o di ergastolo, ove tuttavia il reo potrà fruire della liberazione condizionale dopo aver scontato un *quantum (tariff)* fissato dal giudice e qualora ottenga una valutazione positiva circa la sua eleggibilità da parte delle *Prison authorities* e, successivamente, del *Parole Board*. A tal proposito vale la pena ricordare come un'altra fondamentale differenza col nostro sistema si pone in relazione alla gestione della fase di esecuzione delle pene, non rimessa alla competenza di un organo giurisdizionale equivalente alla nostra magistratura di sorveglianza (e di esecuzione), ma invece attribuita al più volte richiamato *Parole Board*. Quest'ultimo, originariamente istituito nel 1968 con mere funzioni consultive, ha progressivamente visto aumentare i propri poteri

⁴¹ A riguardo l'*Offender Management Act 2007* ha equiparato i poteri dei direttori (*directors*) degli istituti di pena a quelli delle relative autorità penitenziarie (*governors*) delle carceri pubbliche (*HM Prison Service*).

⁴² Da segnalare, tuttavia, le numerose modifiche contenute in materia nel *Criminal Justice and Courts Act 2015*, approvato dal Parlamento inglese nel febbraio 2015, successivamente al completamento del presente lavoro, tra le quali la eliminazione del rilascio anticipato automatico in relazione ad alcune categorie delittuose di particolare gravità.

e competenza decisionale⁴³ in materia di rilascio anticipato, suscitando l'allarme ed i dubbi di buona parte della dottrina.⁴⁴ Il *Parole Board* è un ente amministrativo indipendente dotato di piena autonomia decisionale nei settori di competenza le cui relazioni col Ministero di Giustizia sono ispirate alla collaborazione reciproca.⁴⁵ In concreto, spetta a tale organo il compito di esaminare, nei casi previsti dalla legge, l'ammissibilità di un detenuto al beneficio della liberazione condizionale sulla base di un giudizio prognostico relativo ai rischi di reiterazione del reato (*level of reoffending*) ed al livello di pericolosità del reo. La supervisione ed il controllo dei detenuti rilasciati preventivamente sono, invece, come si è visto, delegate al *Probation Service*.

Il forzato soggiorno in carcere costituisce, pertanto, solo la prima parte della pena imposta, poiché la reclusione viene concepita come idealmente composta da due elementi: uno prevalentemente afflittivo, in cui il soggetto colpevole viene privato completamente della libertà ed uno prevalentemente riabilitativo ove il reo viene reinserito nella comunità e sottoposto (o meno) ad un periodo di 'osservazione' probatoria. Come è intuibile, tale meccanismo rappresenta una immensa valvola di sfogo per il sistema carcerario, permettendo l'(automatica) uscita dal circuito penitenziario di un numero assai elevato di soggetti⁴⁶. Si consideri, ad esempio, come tra il 1999 e il settembre 2013 abbiano usufruito del beneficio della liberazione condizionale ben 640.000 detenuti!

I presupposti applicativi e le procedure di rilascio anticipato differiscono a seconda del tipo di sentenza custodiale irrogata. In particolare, e con riferimento alle *determinate sentences*,⁴⁷ nei casi di applicazione di condanna a pena superiore ai 12 mesi ed inferiore a 4 anni di reclusione il detenuto verrà automaticamente rilasciato dopo aver scontato in carcere metà della pena e sarà sottoposto ad un regime di libertà vigilata (*parole*, letteralmente libertà sulla parola) per il restante periodo della pena da scontare, tenuto altresì conto di eventuali periodi di custodia cautelare (c.d. *automatic conditional release*). Durante tale periodo di prova egli sarà oggetto alla supervisione di un *Offender Manager* il quale dovrà vigilare sulla adesione del reo alle condizioni imposte dal *Parole Board*. La violazione di tali obblighi o la commissione di un nuovo reato da parte di un soggetto che si trovi *on licence* comporteranno la revoca del beneficio e l'immediato re-ingresso in carcere.

Diversamente, nei casi di applicazione di pena detentiva inferiore ai 12 mesi, il detenuto, automaticamente rilasciato dopo avere scontato metà della pena, non si vedrà sottoposto ad alcuna particolare condizione o restrizione (c.d. *automatic unconditional release*). Tuttavia, il compimento di uno o più reati comporteranno oltre alla revoca della libertà provvisoria anche la condanna alla pena imposta per il nuovo reato in aggiunta alla frazione di pena residua.

Con riguardo, invece, alle *indeterminate sentences* per le quali, come ricordato, il giudice al momento dell'imposizione della sentenza non specifica la durata massima della pena custodiale imposta, ma solo la data a partire dalla quale il detenuto diventa potenzialmente *eligible for parole*, il rilascio dal carcere non è mai automatico ed è, invece, rimesso alla valutazione discrezionale (relativa alla pericolosità sociale del soggetto) del *Parole Board*. Vale la pena notare che, come era prevedibile, la legittimità delle sentenze indeterminate, ed in particolare la loro compatibilità con l'art. 5 della CEDU con riferimento agli scopi riabilitativi della pena, è stata già posta al vaglio della Corte di Strasburgo la quale, in *James v. United Kingdom*⁴⁸, ha dichiarato tali sanzioni *arbitrary and unlawful* nella misura in cui al detenuto non venga consentita (per mancanza di risorse o altri motivi) la frequenza od il completamento entro tempi adeguati dei corsi di riabilitazione richiesti dal *Parole Board* come condizione necessaria per la fruizione della libertà condizionale. La pronuncia europea non ha, tuttavia, posto la parola fine

⁴³ Le funzioni e lo status giuridico dell'organo, originariamente regolato dal *Criminal Justice Act 1967* (emendato per effetto dei successivi *Criminal Justice Act 1991* e del *Criminal Justice and Public Order Act 1994*), sono oggi disciplinate, rispettivamente, dalla s.239 e dall'Allegato 19 del CJA 2003.

⁴⁴ Per tutti PADFIELD, *The Parole Board in transition*, in *Criminal Law Review*, 2006, 3-22.

⁴⁵ Secondo quanto stabilito dal paragrafo 1.2. del *Framework Document between the Parole Board and the Ministry of Justice*, pubblicato nel luglio 2012.

⁴⁶ Con l'espressione *early release* ci si riferisce all'istituto corrispondente alla nostra liberazione condizionale. Ovviamente, sono previsti anche in Inghilterra, provvedimenti che permettono la scarcerazione temporanea dei detenuti e che costituiscono forme di *temporary release* (es. permessi premio, semilibertà, etc.) disciplinati, per lo più, dalla *Prison Rule 9*.

⁴⁷ Le previsioni di riferimento sono contenute nel CJA 2003 e successivi emendamenti.

⁴⁸ Cfr. il caso *James v. United Kingdom*, del settembre 2012, ove la Corte europea considerò come seppure il considerevole ritardo nella possibilità di partecipazione ad un *rehabilitation courses* fosse imputabile ad una mancanza di risorse (come sostenuto dal governo britannico), tuttavia proprio tale assenza di risorse derivasse da una carenza gestionale del sistema e costituisse diretta conseguenza della draconiana legislazione inglese in materia di *indeterminate sentences*.

alla vicenda come dimostra l'esistenza di un procedimento simile a quello deciso dai giudici europei attualmente pendente dinanzi alla *Supreme Court* (ex *House of Lords*)⁴⁹. Ciò in quanto, nonostante l'intervenuta sostituzione nel 2012 delle *Imprisonment for Public Protection sentences* (IPP) e delle *Extended Sentence for Public Protection* (EPP) con le nuove *Extended Determinate Sentence* (EDS)⁵⁰, alla modifica normativa non è stato riconosciuto effetto retroattivo con la conseguenza della sua inoperatività nei confronti di coloro (circa 5.500 detenuti) che stanno attualmente scontando una IPP o una EPP imposta anteriormente al 3 dicembre 2012.⁵¹

Infine, nel caso in cui venga disposta la pena della reclusione a vita, il giudice, all'atto della lettura della sentenza dovrà specificare il periodo di tempo minimo che l'imputato dovrà scontare in carcere prima di poter fruire del regime di *parole*. Una eccezione restrittiva si avrà qualora la sentenza di condanna all'ergastolo sia accompagnata dalla pronuncia di un *whole life order*, in base a cui viene preclusa ogni possibilità di rilascio. Qualora il *lifer* (ergastolano) abbia completato il periodo detentivo minimo impostogli, sarà il *Parole Board* a decidere l'eventuale ammissione al beneficio della liberazione condizionale, sulla base di un giudizio relativo alla sua pericolosità sociale. Le condizioni di rilascio imposte a soggetti condannati all'ergastolo sono in genere caratterizzate da un elevato carattere affittivo nella durata e nei contenuti. Il reo rimarrà in stato di *licence* per il resto della sua vita e potrà essere richiamato in carcere alla minima violazione commessa (e, quindi, indipendentemente dalla commissione di un nuovo illecito) o qualora ritorni ad essere considerato un pericolo per comunità.

La revoca della liberazione condizionale opera diversamente, a seconda del tipo di sentenza ricevuta, secondo una procedura di tipo amministrativo e non giurisdizionale, azionata dal *probation officer* e rimessa alla decisione finale del *Parole Board*. Il diritto inglese prevede essenzialmente tre tipi di *recall*: i *Fixed-term recalls* (FTR)⁵², gli *Standard recalls* ed i casi di *extended sentences*. In base al sistema di *Fixed-term recall*, il detenuto che abbia violato gli obblighi impostogli durante il periodo di liberazione condizionale sarà richiamato in carcere per un periodo fisso di 28 giorni, al termine dei quali potrà essere nuovamente rilasciato. Nei casi di *standard recalls* invece, il detenuto richiamato potrà essere nuovamente ammesso al beneficio della liberazione condizionale qualora il *Parole Board* (chiamato ad esaminare il caso dopo 28 giorni dal rientro in carcere del reo) esprima una valutazione positiva: in tal caso egli potrà essere rilasciato immediatamente o ad una data successiva non superiore ai 12 mesi. Lo stesso procedimento si applica nei casi di *extended sentences*, con la sola eccezione che i termini di valutazione del caso si riducono della metà (14 giorni anziché 28). L'unico rimedio giudiziale (di natura amministrativa e non penale) contro le risoluzioni del *Parole Board*, le cui decisioni non sono appellabili, è costituito dalla *Judicial Review*⁵³, un istituto di *common law*, in base a cui è ammessa la revisione delle decisioni e degli atti di un'autorità pubblica qualora essi appaiono viziati da incostituzionalità (*illegality*), irragionevolezza (*unreasonableness*) o irregolarità procedurali (*procedural impropriety*). Tale procedimento, celebrato dinanzi alla *Administrative Court* è, però, abbastanza complesso oltre che costoso e non facilmente azionabile. Le limitazioni nella contestazione dei provvedimenti di revoca della liberazione condizionale assumono particolare riguardo anche in virtù del numero assai elevato di soggetti richiamati in carcere ogni anno⁵⁴. A questo riguardo la riduzione dei livelli di *re-offending* è divenuta, in questi ultimi anni, una priorità nell'agenda politica inglese, come testimoniato dall'importante progetto di riforma delineato nel documento governativo "*Transforming Rehabilitation. A re-*

⁴⁹ Il caso in esame è *R (on the application of Robinson) (Appellant) v The Governor of HMP Whatton ad Another (Respondent)*, UKSC 2014/0030. Successivamente al completamento del presente lavoro, è stata pubblicata (nel dicembre 2015) la decisione della *Supreme Court* inglese che seppure non aderendo pienamente alla tesi della Corte europea, ha tuttavia parzialmente accolto le doglianze della difesa circa l'esistenza di un '*ancillary duty on the Secretary of State to facilitate prisoners' rehabilitation and release*'. La violazione di tale obbligo, secondo la Corte di Londra, pur non intaccando la '*lawfulness of the detention*' è, però idonea a generare una richiesta di risarcimento da parte dei detenuti.

⁵⁰ Le nuove misure sono disciplinate dalle ss.226A and 226B del CJA 2003, in seguito all'avvenuta modifica operata dalla s.128 del LASPO Act 2012.

⁵¹ Per meglio specificare, le IPP e le EPP potranno essere altresì imposte nei confronti degli imputati che al 3 dicembre 2012 erano stati condannati, ma nei confronti dei quali non era stata ancora determinata la pena da scontare. Ciò in quanto, specialmente con riguardo ai reati più gravi, il momento della formulazione del verdetto di condanna da parte della giuria di regola non coincide con l'imposizione della relativa sanzione da parte del giudice, la quale viene il più delle volte deferita ad un'udienza successiva.

⁵² Introdotti dal *Criminal Justice and Immigration Act 2008*.

⁵³ Gli aspetti procedurali della *Judicial Review* (ma non la base giuridica dell'istituto che, come ricordato, fa parte del "Diritto Comune" (*Common Law*) inglese) sono regolati dalla Parte 54 delle *Civil Procedural Rules* (CPR).

⁵⁴ Sulle ragioni e pratica del *recall* nel diritto inglese, cfr. PADFIELD, cit., p. 39.

volution in the way we manage offenders”, del gennaio 2013⁵⁵. La riforma si propone di incidere significativamente sul sistema penitenziario attraverso l'introduzione e la riorganizzazione dei servizi e degli organi adibiti alla supervisione dei detenuti scarcerati. In pratica, il principio ispiratore del progetto si identifica nella necessità, da parte dello stato, di affiancare il soggetto preventivamente scarcerato nel suo percorso riabilitativo, per mezzo di una strategia di supporto effettivo e continuato capace di operare la reale re-integrazione del reo nella comunità. Secondo la nuova linea operativa, gli organi del *probation* dovranno costituire un saldo punto di riferimento per gli *offenders* che vengono rilasciati dal carcere, aiutandoli concretamente, per esempio, nella ricerca di una occupazione o di una abitazione.

6. Interventi di edilizia penitenziaria e privatizzazione delle carceri.

Un ulteriore fronte su cui si sono mossi i recenti governi britannici nell'opera di contenimento dell'emergenza del sistema penitenziario è stato, inoltre, quello del potenziamento delle strutture carcerarie mediante la costruzione di nuove carceri e la riorganizzazione di quelle già esistenti. L'intenzione di procedere ad un decisivo ampliamento della capienza del sistema fu annunciata dal governo laburista nel corso del 2007, anche sulla base degli esiti della già citata *“Review of the Prison system”* del 2007. In questa analisi venivano raccomandati l'immediata creazione di 6,500 posti letti e l'avviamento di un programma volto alla costruzione di “maxi-complessi carcerari”, le c.d. *Titan prisons*, in grado di contenere fino a 2,500 posti alla volta, in sostituzione delle strutture ormai datate e non più rispondenti alle esigenze di efficienza e di efficacia del sistema. In particolare, la proposta relativa alla realizzazione di maxi-prigioni, più volte rilanciata ma successivamente abbandonata dal governo nel 2009 in seguito alle forti critiche ricevute è stata recentemente ripresa anche in conseguenza della chiusura di varie strutture detentive per effetto dell'attuale crisi economica. Lo scorso gennaio l'attuale ministro della Giustizia Chris Grayling ha annunciato il raggiungimento di un accordo da parte della coalizione di governo per la edificazione di quella che diventerebbe la più grande prigione del Paese, in grado di ospitare fino a 2,000 detenuti. In aggiunta sono in cantiere quattro ulteriori strutture più piccole, caratterizzate da una capienza massima di 1,000 posti ciascuna, che andrebbero così ad aggiungersi alle 28 carceri, già esistenti, caratterizzate da analoga capacità.

Degna di menzione è, inoltre, la detenzione da parte del Regno Unito del più alto livello di privatizzazione carceraria in Europa. Le principali tappe del processo di privatizzazione degli istituti di pena, avviato sin dagli anni novanta, sono state rappresentate rispettivamente dall'istituzione nel 2008 del *National Offender Management Service* (NOMS), una agenzia esecutiva del Ministero di Giustizia, con funzioni ispettive e di controllo su tutto il territorio nazionale, responsabile sia dei servizi penitenziari (*Prison Services*) che della gestione dei detenuti sottoposti a misure alternative (tramite il *Probation Services*), e dall'entrata in scena delle organizzazioni senza scopo di lucro (*charities*) il cui ruolo nel settore ha conosciuto una progressiva e salda espansione.

Infine, non si può non accennare a due ulteriori fattori interni al sistema inglese capaci di esercitare una influenza contenitiva del sistema penitenziario, quali il principio di non obbligatorietà dell'azione penale e la generalizzata esistenza del sistema di *guilty plea*. La previsione di un potere discrezionale circa la instaurazione dei procedimenti penali (da parte del *Crown Prosecution Service* composto, come è noto, non da magistrati ma da funzionari civili o *civil servants*) permette di operare una prima scrematura circa il reale livello di offensività dei reati commessi oltre che della pericolosità e meritevolezza della pena da parte degli autori degli stessi. Gli organi di accusa inglesi hanno, inoltre, il potere/dovere di esplorare, qualora opportuno oltre che giustificato da ragioni di interesse pubblico, l'adottabilità di *alternatives to prosecution*. Queste ultime comprendono una serie di misure come la *simple caution* o la *conditional caution* dirette ad agevolare la riabilitazione del reo, specialmente nei casi di *first-time*

⁵⁵ Il documento citato è pubblicato su www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228580/8517.pdf

*offenders*⁵⁶.

Analogamente il sistema di patteggiamento o *plea bargain*, di cui alla s.144 del CJA 2003, secondo cui l'imputato che ammetta la propria colpevolezza in fase pre-dibattimentale o dibattimentale ha sempre diritto ad uno sconto di pena (da 1/3 ad 1/10) tanto maggiore quanto più tempestiva sarà la propria ammissione di colpa, si rivela essenziale strumento di controllo della popolazione carceraria.

Alla luce della ricostruzione finora offerta, appare chiaro come anche nel sistema inglese il tema del sovraffollamento carcerario costituisca una materia magmatica ed in continua evoluzione. Seppur in termini diversi dall'emergenza italiana, la crisi delle carceri colpisce anche l'Inghilterra e spinge gli operatori del diritto ad una seria riflessione circa il raggiungimento di un accettabile equilibrio tra esigenze di politica criminale, rieducazione dei condannati e tutela dei diritti dei detenuti. Lo studio ed, eventualmente, il trapianto di istituti e pratiche adottati dal modello straniero, qualora sottoposti ad apposita opera di 'purificazione giuridica' in modo da essere adattati al tessuto del nostro ordinamento, possono rivelarsi assai utili nella gestione e nel contenimento di un fenomeno che ben supera i confini nazionali.

⁵⁶ Cfr. il paragrafo 7.2 del *Code for Crown Prosecutors* (edizione del gennaio 2013). La *caution*, applicabile esclusivamente nel caso in cui il reo ammetta la propria responsabilità e con riferimento a reati minori, pur non costituendo una condanna penale, viene tuttavia annotata nel casellario giudiziale e potrà essere utilizzata come prova del *bad character* del reo in un successivo procedimento penale.



www.penalecontemporaneo.it